

Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers



PD Dr. FRANCO LORANDI,
LL.M., Lehrbeauftragter an
der Universität St. Gallen
(HSG), Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Paulianische Anfechtung
 - A. Allgemeines
 - 1. Insolvenz des Sicherungsgebers
 - 2. Art des Insolvenzverfahrens
 - 3. Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung
 - 4. Folgen der Anfechtung
 - B. Schenkungsanfechtung
 - 1. Tatbestand
 - 2. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung
 - 3. Relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung des Missverhältnisses
 - 4. Keine frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Drittsicherheit
 - C. Überschuldungsanfechtung
 - 1. Tatbestand
 - 2. Die zu sichernde Forderung
 - 3. Sicherheiten
 - 4. Bestellung der Sicherheiten
 - 5. Nachträgliche Bestellung für bereits bestehende Verpflichtungen
 - 6. Keine frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherheit
 - 7. Überschuldung
 - 8. Keine Erkennbarkeit der Überschuldung durch den Sicherungsnehmer
 - D. Absichtsanfechtung
 - 1. Tatbestand
 - 2. Verschlechterung des Vollstreckungssubstrats der Gläubiger
 - a. Sicherheiten für eigene Schulden
 - b. Drittsicherheiten
 - 3. Absicht des Schuldners
 - 4. Erkennbarkeit des Begünstigten
 - 5. Finanzielle Situation des Schuldners
 - 6. Massgeblicher Zeitpunkt
- III. Sicherheiten während der Nachlassstundung
 - A. Bestellung neuer Sicherheiten während der Nachlassstundung
 - B. Wirkungen auf generelle Debitorenzessionen

I. Einleitung

Das Kreditgeschäft ist ohne Sicherheiten nicht denkbar. Sicherungsgeschäften kommt deshalb im täglichen Kreditgeschäft eine überragende Bedeutung zu. Dies zeigt sich mit aller Deutlichkeit in der Insolvenz. Die Praxis lehrt, dass ungesicherte Drittklassgläubiger in der Generalexekution (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) in aller Regel nicht mit mehr als einer einstelligen Dividende rechnen können. Der Umfang der Befriedigung der Drittklassforderungen hängt damit vorrangig vom Umfang und der Rechtsbeständigkeit von Sicherheiten ab.

Die nachfolgenden Ausführungen erfassen *sämtliche Arten* von Sicherheiten. Zur Sicherung eigener Schulden stehen (nach schweizerischem Recht) die Realsicherheiten (Pfand- und Retentionsrecht, Grundlast und Realobligationen [Art. 959 ZGB]) und die Sicherungsübereignung bzw. -zession im Vordergrund. Werden Schulden eines Dritten sichergestellt, kommen auch alle Arten von Personalsicherheiten hinzu (Bürgschaft, Garantieverprechen, Schuldbeitritt, Schuldübernahme). Vor allem in Konzernverhältnissen sind Drittsicherheiten eine häufige Realität des Wirtschaftslebens.

Die Bestellung von Sicherheiten unterliegt verschiedenen Voraussetzungen. Diese richten sich nach dem anwendbaren materiellen Recht und hängen von der Art der Sicherheit ab. Darauf soll nachfolgend nicht eingegangen werden. Die zivilrechtliche Gültigkeit der Sicherheit wird vielmehr vorausgesetzt¹.

Unabhängig vom Recht, welches auf die Sicherheit Anwendung findet, kann die Rechtswirksamkeit bzw. die Durchsetzbarkeit von Sicherheiten auch aufgrund der Person des Sicherungsgebers bzw. der ihm obliegenden Schranken in Frage gestellt sein.

Zum einen ist die Schranke von *Art. 27 Abs. 2 ZGB* zu erwähnen. Gemäss dieser Bestimmung kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Diesem Schutz sind auch juristische Personen teilhaftig (*Art. 53 ZGB*)². In Bezug auf Sicherungsgeschäfte kann *Art. 27 ZGB* allenfalls bei der Sicherungszession von Forderungen³ oder bei der Bestellung von Sicherheiten für fremde Schulden von Bedeutung sein⁴.

1 Vgl. II.A.

2 BGE 106 II 378, 95 II 488 ff.

3 BGE 84 II 366 ff., 69 III 290 f.; RUSCH, 81 ff.

4 BANZ, 195; BGE 106 II 379. Das Bundesgericht macht eine Unterscheidung, ob die Freiheit zugunsten eines Dritten oder zugunsten einer Person erfolgt, von welcher die juristische Person abhängig ist. In casu hielt das Gericht dafür, ein Einschreiten von Amtes wegen rechtfertigt sich nicht, wenn eine

Zum anderen bestehen bei der Bestellung von *Drittsicherheiten* durch schweizerische Gesellschaften verschiedene *gesellschaftsrechtliche Schranken*. In Extremfällen kann ein Verstoß gegen die Gewinnstrebigkeit des Sicherungsgebers vorliegen (vgl. Art. 660 Abs. 1 und Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR)⁵. Die Vertretungsmacht, welche durch den Gesellschaftszweck⁶ beschränkt wird (Art. 718a Abs. 1 OR)⁷, oder die Vertretungsbefugnis (Art. 718a Abs. 2 OR) können Schranken setzen⁸. In Bezug auf die Vertretungsbefugnis kommt es auf die Gutgläubigkeit der Gegenpartei an⁹. Schliesslich sind für Drittsicherheiten die Bestimmungen über die Reservenbildung (Art. 671, 671a, 671b OR) und des Kapitalrückzahlungsverbots (Art. 680 Abs. 2 OR) zu beachten¹⁰.

Auf diese Schranken soll nachfolgend ebenfalls nicht näher eingegangen werden. Auch diesbezüglich wird davon ausgegangen, dass die Sicherheiten zivil- und gesellschaftsrechtlich gültig begründet und bestellt worden sind¹¹.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass sich bei der Bestellung von Sicherheiten auch steuer-, abgabe- oder strafrechtliche Probleme (Art. 167 StGB) stellen können. Auf diese Probleme wird im folgenden ebenfalls nicht eingegangen.

II. Paulianische Anfechtung

Nachfolgend wird geprüft, in welchen Konstellationen Sicherheiten paulianisch anfechtbar sind. Dabei ist es unmassgeblich, welchem Recht die Sicherheiten unterliegen. So können insbesondere auch Sicherheiten, welche fremdem Recht unterstehen, anfechtbar sein. Voraussetzung ist, dass gegen den Sicherungsgeber in der Schweiz ein Insolvenzverfahren durchgeführt wird¹².

A. Allgemeines

Die Nagelprobe für die Rechtsbeständigkeit von Sicherheiten erfolgt in der Insolvenz. Dann zeigt sich, ob die Sicherungsgeschäfte vor den vollstreckungsrechtlichen Bestimmungen zu bestehen vermögen. Nachfolgend soll geprüft werden, wann Sicherungsgeschäfte vollstreckungsrechtlich angefochten werden können. Je nach Konstellation kommt jeder der drei Anfechtungstatbestände in Frage: die Schenkungs- (Art. 286 SchKG), die Überschuldungs- (Art. 287 SchKG) oder die Absichtspauliana (Art. 288 SchKG).

Die Anfechtung gemäss den Art. 285 ff. SchKG ist insofern subsidiär, als die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vorausgesetzt wird¹³. Ist das Rechtsgeschäft schon zivilrechtlich ungültig bzw. teilnichtig¹⁴, so erübrigt sich diesbezüglich eine Anfechtung¹⁵; es gibt diesbezüglich nichts mehr vollstreckungsrechtlich anzufechten.

1. Insolvenz des Sicherungsgebers

Die Bestellung einer Sicherheit kann sich aus Sicht des Sicherungsgebers als insolvenzrechtlich problematisch erweisen. Bei Bestellung von Sicherheiten für eigene Schul-

juristische Person sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen an eine Gesellschaft der gleichen Gruppe abgetreten hat, da die Zedentin die Nichtigkeit nicht selbst geltend gemacht hatte.

- 5 AEBl, 100 f.; RUSCH, 19 ff.; RUBLI, 228 ff.
- 6 Ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegen nur *Extremfälle*. Dazu zählt man gemeinhin die Veräusserung des gesamten Unternehmens oder der wesentlichen Betriebsanlagen (BÖCKLI, § 13 Rz 497; ZK-BÜRGI, Art. 718 OR N 5; BasK-WATTER, Art. 718a OR N 4; DERS. N 174c; ZOBL, Vertretungsmacht, 293; BANZ, 196; BGE 116 II 323; unveröffentlichtes Urteil vom 7.4.1989 i.S. C.; ZBGR 1951, 139 f.; ZBJV 1972, 320 f.; als Ausnahme von Extremfall vgl. BGE 116 II 320 ff.), sehr grosse, die wirtschaftliche Kraft einer Gesellschaft übersteigende Schenkungen (ZK-BÜRGI, Art. 718 OR N 5; ZOBL, Vertretungsmacht, 293; BasK-WATTER, Art. 718a OR N 4; DERS. N 174c.6) oder die Gewährung eines ungesicherten, zinslosen Darlehens an die Konzernmutter (VON BÜREN, 148).
- 7 Der Abschluss eines Sicherungsgeschäfts zur Besicherung einer fremden Schuld ist abstrakt betrachtet nicht vom Gesellschaftszweck ausgeschlossen (ZOBL, Vertretungsmacht, 307; DERS., Sicherungsgeschäfte, 185 f.; BGE 111 II 289 f.). Je nach der finanziellen Situation des Sicherungsgebers und des Schuldners der gesicherten Forderung im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit kann das Drittsicherungsgeschäft ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegen (ZR 1999 Nr. 52, Urteil B 1, 239 ff.; generell a.M. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 185/186; DERS., Vertretungsmacht, 307; RUSCH, 27 ff., 53 ff.). Diese Problematik kann sich bei up-stream (GLANZMANN, 45; TSCHÄNI, 211; AEBl, 73, 79 und 99 ff.; RUBLI, 227 ff.; ZR 1999 Nr. 52, Urteil B 2, 252 ff.), down-stream (GLANZMANN, 48 f.; ZR 1999 Nr. 52, Urteil B 1, 239 ff.) oder cross-stream Sicherheiten stellen.
- 8 Down-stream Sicherheiten sind dann kritisch (a.M. KUNZ, § 14 FN 282.), wenn sich die Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Sicherungsgewährung in einer derart desolaten finanziellen Situation befindet, dass durch die Gewährung der Sicherung die Tochtergesellschaft nicht mehr vor dem Zusammenbruch gerettet werden kann (GLANZMANN, 48 f.; ZR 1999 Nr. 52, Urteil B 1, 239 ff.; TSCHÄNI, 211; AEBl, 73, 79; RUBLI, 227 ff.; ZR 1999 Nr. 52, Urteil B 2, 252 ff.). Up-stream und cross-stream Sicherungsgeschäfte werden demgegenüber im Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck je nach Situation als kritisch bezeichnet (KUNZ, § 14 Rz 85 und Fn. 283; BANZ, 196, 198).
- 9 ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 187; DERS., Vertretungsmacht, 307 ff.; RUSCH, 53 ff.
- 10 Eine up-stream Drittsicherheit ist nur dann und in dem Umfang rechtsbeständig, als dem Sicherungsgeber frei verfügbares Eigenkapital zusteht (GLANZMANN, 45; ZK-BÜRGI, Art. 680 OR N 35; BGE 110 II 293; zu Einzelheiten vgl. GLANZMANN, 45 ff.; BÖCKLI N 920a, 924, 935; RUSCH, 100 ff., 134 ff.; RUBLI, 259 ff.). Umstritten ist, inwiefern es dabei auf die finanziellen Verhältnisse des Schuldners der gesicherten Forderung bzw. auf die Erwartungen dieser Gesellschaft und des Drittsicherungsgebers hinsichtlich der Rückzahlungsmöglichkeiten des Schuldners ankommt (vgl. GLANZMANN, 47 f.).
- 11 Vgl. II.A.
- 12 Vgl. II.A.2.
- 13 Vgl. DIEM, 52 ff.; BGE 40 III 205 f., 37 II 320.
- 14 Vgl. I.
- 15 ZOBL, Fragen, 31.

den ist der Sicherungsgeber mit dem Schuldner identisch. Werden Drittsicherheiten bestellt, ist dies allenfalls aus Sicht des Drittsicherungsgebers problematisch.

2. Art des Insolvenzverfahrens

Voraussetzung einer Anfechtung ist, dass über den Sicherungsgeber ein Insolvenzverfahren eröffnet und durchgeführt wird. Dies ist der Fall, wenn in der Schweiz ein Hauptinsolvenzverfahren durchgeführt wird. Als massgebliche Insolvenzverfahren gelten die ungenügende Pfändung und die Konkurseröffnung (Art. 285 ff. SchKG) sowie die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 325 SchKG)¹⁶. Eine Anfechtung ist auch in einem schweizerischen Hilfsinsolvenzverfahren (Art. 166 ff. IPRG) möglich (Art. 171 IPRG).

Bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG) entfällt eine Anfechtung. Die Anfechtungsansprüche stünden denn auch primär¹⁷ der Konkursmasse zu (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Eine solche gibt es bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gerade nicht.

Die während der Dauer der Nachlassstundung vorgenommenen Handlungen unterliegen zwar ebenfalls der Anfechtung (Art. 331 Abs. 1 SchKG). Dies gilt selbst dann, wenn während der Stundung sowohl der Sachwalter als auch der Nachlassrichter einem Rechtsgeschäft zugestimmt haben (Art. 298 Abs. 2 SchKG)¹⁸. Eine Anfechtung ist verfahrensrechtlich jedoch nur möglich, sofern es nachfolgend zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 331 Abs. 2 SchKG)¹⁹ oder zu einem Konkurs kommt. Während der Nachlassstundung und bei einem ordentlichen Nachlassvertrag können paulianische Anfechtungsansprüche nicht geltend gemacht werden²⁰.

3. Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung

Die Anfechtungsfrist beträgt bei der Schenkungs- und der Überschuldungspauliana ein Jahr (Art. 286 Abs. 1 und Art. 287 Abs. 1 SchKG) und bei der Deliktspauliana fünf Jahre (Art. 288 SchKG). Die Verdachtsfrist berechnet sich ausgehend vom Vollzug der Pfändung, der Konkurseröffnung bzw. der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung rückwärts (Art. 331 Abs. 1 SchKG)²¹. Massgebend ist, ob die anfechtbare Handlung innerhalb der jeweiligen Verdachtsfrist erfolgt ist.

Mit der Anfechtung soll die Verschlechterung des Vollstreckungssubstrats zulasten der Gläubiger verhindert werden. Aktivseitig geschieht dies durch die Verfügung über Vermögenswerte. Passivseitig ist das Eingehen neuer Verpflichtungen massgebend²². Insofern wird für die anfechtbare Handlung, welche innerhalb der Verdachtsfrist liegen muss, unterschiedlich angeknüpft: Bei der Bestellung von *Realsicherheiten* ist grundsätzlich das *Verfügungsgeschäft* massgeblich²³. Dies gilt etwa bei der Bestellung von Pfand-²⁴ oder Retentionsrechten, bei der Sicherungsübereignung oder der Sicherungszession²⁵. Bedarf ein Sicherungsgeschäft nur eines Verpflichtungsgeschäfts, wie dies etwa bei der Bestellung von Personalsicherheiten (für Schulden Dritter) der Fall ist, ist grundsätzlich der Abschluss dieses *Ver-*

pflichtungsgeschäfts entscheidend²⁶. So verhält es sich bei einer Bürgschaft²⁷, einer Garantie, einem Schuldbetritt oder einer Schuldübernahme.

Erfolgt das massgebliche Sicherungsgeschäft innerhalb der Jahresfrist, kommt primär²⁸ die Schenkungs- bzw. die Überschuldungspauliana zur Anwendung (Art. 286 f. SchKG). Liegt das massgebliche Sicherungsgeschäft ausserhalb der Jahresfrist, aber innerhalb der Fünfjahresfrist, ist die Anwendung der Deliktspauliana (Art. 288 SchKG) zu prüfen²⁹.

4. Folgen der Anfechtung

Sind die Voraussetzungen einer Anfechtung erfüllt, so ist das Sicherungsgeschäft *insgesamt* vollstreckungsrechtlich unwirksam. Dies gilt namentlich auch dann, wenn ein Sicherungsgeschäft als gemischte Schenkung der Schen-

-
- 16 Bei der Pfandverwertung, während der Nachlassstundung und beim ordentlichen Nachlassvertrag (Art. 314 ff. SchKG) gibt es keine Anfechtung (Art. 285 Abs. 2 SchKG).
 - 17 Möglich ist die Abtretung an die Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG.
 - 18 LORANDI, *Geschäfte*, 105; DERS., *Konkursaufschub*, 223; BASK-VOLLMAR, Art. 298 SchKG N 27.
 - 19 AMONN/WALTHER, § 55 Rz 34; BASK-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, Art. 331 SchKG N 3; BASK-BAUER, Art. 292 SchKG N 9; HUNKELER, Rz 1098 ff.; LORANDI, *Geschäfte*, 77 f.; so schon EGV 1983, 128, zum alten Recht.
 - 20 BASK-VOLLMAR, Art. 298 SchKG N 27; BASK-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, Art. 331 SchKG N 8; LORANDI, *Geschäfte*, 78; DERS., *Konkursaufschub*, 224; STAEHELIN, 379. Diesem Ergebnis steht m.E. auch nicht Art. 288a Ziff. 1 SchKG entgegen, gemäss welcher Bestimmung bei den Fristen der Art. 286-288 SchKG die Dauer eines vorangegangenen Nachlassverfahrens nicht mitberechnet wird. Da beim ordentlichen Nachlassvertrag eine Anfechtung gar nicht im Rahmen des Nachlassverfahrens erfolgen kann, soll mit Art. 288a Ziff. 1 SchKG gewährleistet werden, dass wenigstens später (in einem Pfändungs- oder Konkursverfahren) eine Anfechtung möglich ist, indem die Dauer des vorangegangenen Nachlassverfahrens für die Berechnung der Verdachtsfristen nicht mitgezählt wird.
 - 21 BASK-STAEHELIN, Art. 285 SchKG N 7; LORANDI, *Konkursaufschub*, 223; GLANZMANN, 86.
 - 22 BERZ, 43; BGE 31 II 352.
 - 23 BASK-STAEHELIN, Art. 286 SchKG N 12; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 10; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 286 SchKG N 10 und Art. 287 SchKG N 16; STAEHELIN, 83.
 - 24 BGE 95 III 51 ff., 49 III 29, 37 II 116.
 - 25 JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 286 SchKG N 10. Sind (auch) zukünftige Forderungen Gegenstand der Zession, so ist deren Entstehungszeitpunkt massgebend.
 - 26 Vgl. BERZ, 43 f.; BGE 103 III 111.
 - 27 BGE 31 II 352.
 - 28 Vgl. II.D.1.
 - 29 JAEGER, Art. 286 SchKG N 1, Art. 288 SchKG N 8.

kungsanfechtung unterliegt (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Die Anfechtung beschränkt sich diesfalls nicht etwa nur auf den Wertunterschied³⁰.

B. Schenkungsanfechtung

1. Tatbestand

Gemäss Art. 286 SchKG sind mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor dem relevanten Insolvenzereignis vorgenommen hat. Den Schenkungen sind namentlich Rechtsgeschäfte gleichgestellt, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht.

Unter Art. 286 SchKG kann in der Insolvenz des Sicherungsgebers namentlich die Bestellung einer Drittsicherheit³¹ fallen³². Dies gilt sowohl für Personal³³ als auch für Realsicherheiten³⁴. Vollstreckungsrechtlich macht es keinen Unterschied, ob Drittsicherheiten zugunsten von beliebigen Dritten, von nahestehenden Personen oder innerhalb eines Konzerns bestellt werden³⁵. Innerhalb eines Konzerns macht es auch keinen Unterschied, ob es sich um up-stream, cross-stream oder down-stream³⁶ Sicherheiten handelt; es fallen alle unter Art. 286 SchKG.

Die Schenkungsanfechtung will verhindern, dass die Gläubiger durch Freigiebigkeiten oder unwirtschaftliche Geschäfte, die der Schuldner kurz vor dem Zusammenbruch vornimmt, geschädigt werden³⁷. Es greift deshalb eine rein objektive Betrachtung Platz. Auf die subjektiven Momente kommt es weder auf Seiten des Begünstigten³⁸ noch auf Seiten des Schuldners³⁹ an. Damit spielt es für die Erfüllung des Tatbestandes keine Rolle, ob das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für den Schuldner oder den Begünstigten erkennbar war⁴⁰. Die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners spielt nur für den Umfang der Rückgewährspflicht eine Rolle (Art. 291 SchKG).

2. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

Ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung liegt vor, wenn die Leistung, die der Schuldner erhält, erheblich geringer ist als seine eigene Leistung. Massgeblich ist der *wirtschaftliche Wert*, in der Regel der Verkehrswert, der Leistungen⁴¹. Diesbezüglich wendet das Bundesgericht einen strengen Massstab an. Es entschied, dass ein Missverhältnis vorliegt, wenn für den Sicherungsgeber "die volle oder mindestens annähernd volle Befriedigung ausgeschlossen ist"⁴² bzw. der Sicherungsgeber nicht "annähernd voll befriedigt" wird⁴³. Bei einer Differenz zwischen dem wirklichen Wert und der Gegenleistung von 10% bedurfte es für das Bundesgericht "keiner Ausführungen", dass ein Missverhältnis vorlag⁴⁴. Bei einer Wertdifferenz von rund 72.4% bzw. rund 75%⁴⁵ lag für das Bundesgericht ein "augenscheinliches Missverhältnis" vor⁴⁶.

Massgeblich ist, welche Gegenleistung der *Anfechtungsgegner* erbringt⁴⁷. Bei der Drittsicherheit ist dies der Sicherungsnehmer. Damit ist eine allfällige Gegenleistung des Schuldners der zu sichernden Forderung für die Frage der Gleichwertigkeit der Leistungen von vornherein unmassgeblich⁴⁸.

Entscheidend ist, was der Sicherungsgeber *selber* erhält. Welche Gegenleistungen der Schuldner der gesicherten Forderung vom Sicherungsnehmer erhält, ist irrelevant⁴⁹. Dies gilt auch im Konzernverhältnis⁵⁰. Die Konzernbetrachtung hat im Zwangsvollstreckungsrecht im Allgemeinen und bei der Anfechtung im Besonderen keine Bedeutung⁵¹.

-
- 30 BGE 49 III 32, 45 III 170.
 31 Die (nachträgliche) Bestellung einer Sicherheit für *eigene* Schulden fällt unter Art. 287 SchKG, sofern die Sicherheit innerhalb der einjährigen Verdachtsfrist bestellt worden ist (vgl. II.C.2); allenfalls kann auch Art. 288 SchKG erfüllt sein (vgl. II.D.1).
 32 BAUDAT, 57; JAEGER, Art. 286 SchKG N 3; BasK-STAEHELIN, Art. 286 SchKG N 5 f.; STOFFEL, § 7 Rz 13; AMONN/WALTHER, § 52 Rz 17; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 13; RUSCH, 196.
 33 STAEHELIN, 83.
 34 GILLIÉRON, Art. 286 SchKG N 16; GLANZMANN, 88; BGE 95 III 51 ff., 49 III 29 ff., 31 II 350 ff.
 35 In BGE 95 III 59 ff. hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob es für die Beurteilung des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung darauf ankomme, was der Sicherungsnehmer einer Drittsicherheit an den Schuldner der zu sichernden Forderung (der nicht selbst Sicherungsgeber war) geleistet hat.
 36 Offenbar a.M. betreffend *down-stream* Sicherheiten GLANZMANN, 88, welcher nur von Sicherheiten an Mutter- oder Schwestergesellschaften spricht.
 37 BGE 95 III 51, 49 III 30, 31 II 352.
 38 BGE 45 III 173.
 39 JAEGER, Art. 286 SchKG N 1 und N 8; HANGARTNER, 57/58; BRAND, Anfechtungsklage I, SJK Nr. 742, 4 FN 11; BasK-STAEHELIN, Art. 286 SchKG N 15; GAUGLER, 112; STOFFEL, § 7 Rz 17; AMONN/WALTHER, § 52 Rz 15; GILLIÉRON, Art. 297 SchKG N 10; BGE 95 III 52, 49 III 30 und 32.
 40 BGE 95 III 52, 49 III 30.
 41 BGE 95 III 53, 49 III 30, 45 III 169, 31 I 353.
 42 BGE 49 III 31.
 43 BGE 95 III 56.
 44 BGE 45 III 169; vgl. auch REBSAMEN, Rz 451.
 45 BGE 31 I 353.
 46 BGE 45 III 171.
 47 BGE 49 III 30.
 48 A.M. ARPAGAU, 189, 191.
 49 In BGE 31 II 354 wurde die Frage (in Bezug auf die Stundung der Forderung gegen den Hauptschuldner) offen gelassen.
 50 In BGE 95 III 59 ff. hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen.
 51 A.M. AEBI, 207, 211; vgl. auch SENN, 169 f.; teilweise ebenfalls a.M. RUSCH, 199/200.

In Betracht zu ziehen ist sodann nur die Gegenleistung, die der Sicherungsgeber für die Errichtung der Sicherheit erhält. Damit scheidet eine *Regressforderung*, welche der Sicherungsgeber allenfalls, sei es von Gesetzes wegen (Art. 110, Art. 507 OR; Art. 827 Abs. 2 ZGB), sei es auf vertraglicher Grundlage, erhält, von vornherein aus⁵². Eine Regressforderung ist die (gesetzliche oder vertragliche) Folge der Befriedigung des Gläubigers, nicht der Bestellung der Sicherheit⁵³. Bei Bestellung der Sicherheit besteht höchstens eine Anwartschaft auf eine Regressforderung. Dies stellt grundsätzlich keine relevante Gegenleistung dar⁵⁴. Es kommt hinzu, dass die Regressforderung in der Insolvenz des Schuldners der drittbesicherten Forderung in aller Regel nicht voll werthaltig sein wird. Auch deshalb liegt keine gleichwertige Gegenleistung vor⁵⁵.

Es ist somit zu beachten, dass die Anforderungen an die Gegenleistung, die der Sicherungsgeber erhält, in Bezug auf die Schenkungsanfechtung strenger sind als unter aktienrechtlichen Gesichtspunkten. Während in letztgenannter Hinsicht (allenfalls) eine angemessene Kommission genügt, reicht dies bei der Schenkungsanfechtung nicht⁵⁶. So hat das Bundesgericht eine Gegenleistung, die der Sicherungsgeber (qua Subrogation) im Umfang von 25 % der eigenen Leistung "erhalten" hat, als quantitativ ungenügend qualifiziert⁵⁷. Wie gesehen, geht das Bundesgericht schon bei einem Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung von 10 % von einem Missverhältnis aus⁵⁸.

3. Relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung des Missverhältnisses

Ob ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, bemisst sich *im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung* und nicht im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens⁵⁹. Wird eine Realsicherheit begründet, ist das Verfügungsgeschäft massgeblich. Handelt es sich um eine Personalsicherheit, kommt es auf den Zeitpunkt an, da das diesbezügliche Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen worden ist.

4. Keine frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Drittsicherheit

Obschon dies der Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck bringt, fällt die Bestellung von Drittsicherheiten nur dann unter Art. 286 SchKG, wenn der Sicherungsgeber nicht schon vorher rechtlich zur Bestellung der Sicherheit verpflichtet war⁶⁰. Es verhält sich somit ähnlich wie bei Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG⁶¹. Besteht eine rechtliche Verpflichtung zur Errichtung einer Drittsicherheit, so entfällt eine Anfechtung gemäss Art. 286 SchKG⁶². Möglich bleibt eine Anfechtung gemäss Art. 288 SchKG⁶³.

Für Sicherheiten im Konzern ist eine generelle rechtliche Beistandspflicht zugunsten von Gruppengesellschaften abzulehnen⁶⁴. Die Anforderungen an eine frühere rechtliche Verpflichtung zur Sicherstellung fremder Schulden ist daher im Konzern nach den gleichen Kriterien zu prüfen wie ausserhalb eines Konzernverhältnisses.

Wie in Bezug auf Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG⁶⁵ schliesst eine frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Drittsicherheit die Anfechtung nach Art. 286 SchKG nur aus, wenn diese Verpflichtung schon ausserhalb der Verdachtsfrist (d.h. mehr als ein Jahr vor dem relevanten Insolvenzereignis) begründet worden ist.

M.E. kann (gleich wie in Bezug auf Art. 287 SchKG⁶⁶) nur eine *formgültige* frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Drittsicherheit deren Anfechtbarkeit ausschliessen⁶⁷. Die Anfechtung selbst setzt voraus, dass die anfechtbare Handlung zivilrechtlich gültig ist⁶⁸. Es ist auch nicht gerechtfertigt, einzig für die paulianische Anfechtung die zivilrechtlichen Formvorschriften über die Begründung von Sicherungsabreden ausser Acht zu lassen und jede formungültige Abrede genügen zu lassen⁶⁹.

52 RUSCH, 199.

53 BGE 95 III 55; noch unpräzise BGE 31 II 352.

54 Vgl. BGE 95 III 55.

55 Vgl. BGE 95 III 56, 49 III 31, 31 II 353.

56 Insofern unzutreffend AEBI, 207.

57 BGE 31 I 353 f.

58 II.B.2.

59 JAEGER, Art. 286 SchKG N 8; BasK-STAEHELIN, Art. 286 SchKG N 15; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 286 SchKG N 11; BGE 95 III 52, 53 III 40, 49 III 31, 31 II 353/354.

60 BLUMENSTEIN, 877 f.; HANGARTNER, 56; BGE 95 III 51 f., 31 II 352.

61 "Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war."

62 BGE 95 III 53.

63 BGE 95 III 53.

64 RUSCH, 198, gemäss HANDSCHIN, 115 wäre für eine solche Verpflichtung eine vertragliche Grundlage erforderlich.

65 Vgl. II.C.6.

66 Vgl. II.C.6.

67 So auch BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 8; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 31, beide in Bezug auf die Überschuldungsanfechtung; a.M. BGE 95 III 53 in Bezug auf eine Drittsicherheit gemäss Art. 286 SchKG, BGE 62 III 64 f. und BGE 74 III 50 in Bezug auf Sicherheiten für eigene Schulden gemäss Art. 287 SchKG: So soll eine Verpflichtung zur späteren Bestellung von Sicherheiten auch dann eine Anfechtung (nach Art. 286 und Art. 287 SchKG) ausschliessen, wenn die Verpflichtung nur in einfacher Schriftlichkeit erfolgte, später aber eine Grundpfandsicherheit bestellt wurde, welche der öffentlichen Beurkundung (Art. 799 Abs. 2 ZGB) bedarf; a.M. auch BISCHK 1937, 53; SJZ 1986, 112 ff. N 17.

68 II.A.

69 So auch BGE 41 III 163 und 43 III 233, wo (in Bezug auf Art. 287 SchKG) nur eine juristisch gültige frühere Verpflichtung als eine die Anfechtung ausschliessende Abrede betrachtet wurde.

C. Überschuldungsanfechtung

1. Tatbestand

Die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war, ist anfechtbar, wenn sie der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor dem relevanten Insolvenzereignis vorgenommen hat (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung nicht gekannt hat und nicht hätte kennen müssen (Art. 287 Abs. 2 SchKG).

2. Die zu sichernde Forderung

Art. 287 SchKG erfasst nur Rechtsgeschäfte zur Besicherung *eigener* Verpflichtungen⁷⁰. Die Besicherung *fremder* Schulden fällt *nicht* unter Art. 287 SchKG⁷¹. Sie unterliegt der einfacheren Anfechtung der Schenkungsanfechtung⁷² oder allenfalls der Absichtsanfechtung^{73, 74}. Irrelevant ist, ob die zu sichernde Forderung schon fällig oder ob sie privilegiert ist⁷⁵.

3. Sicherheiten

Es werden alle Arten von Sicherheiten für eigene Schulden, namentlich Realsicherheiten, erfasst⁷⁶: Pfandrechte (Art. 37 SchKG)⁷⁷, Sicherungszessionen⁷⁸ oder -übereignungen⁷⁹ sowie die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts (sofern man dies für zivilrechtlich gültig erachtet, was umstritten ist^{80, 81}). Auch vertraglich begründete Realobligationen fallen darunter, wie etwa die Vormerkung eines persönlichen Rechts im Grundbuch (Art. 959 ZGB)⁸².

Kommt einer Vollrechtsübertragung dagegen Zahlungswirkung und keine Sicherungsfunktion zu, so gelangt nicht Ziff. 1 zur Anwendung⁸³; allenfalls ist Ziff. 2 oder 3 von Art. 287 SchKG zu prüfen.

Unmassgeblich ist, was der Sicherungsgegenstand ist. Es kommen alle möglichen Aktiven des Schuldners in Frage, an welchen Realsicherheiten im oben umschriebenen Sinn möglich sind: Grundstücke, Fahrnis, Forderungen oder sonstige Rechte⁸⁴.

4. Bestellung der Sicherheiten

Grundsätzlich wird nur die rechtsgeschäftliche Einräumung von Sicherheiten erfasst⁸⁵. Dies gilt auch bei konkludentem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts z.B. durch Vollzug des Verfügungsgeschäfts, soweit für das Verpflichtungsgeschäft keine Formvorschriften bestehen. Es genügt m.E. jedoch auch das Schaffen einer faktischen Rechtslage (z.B. Besitzverschaffung), welche es der Gegenpartei ermöglicht, ein gesetzliches Retentionsrecht geltend zu machen (z.B. Art. 895 ff. ZGB; Art. 268 ff. OR).

Bei (anderen) unmittelbaren (Art. 808 Abs. 3, 810 Abs. 2, Art. 819, Art. 836 ZGB) oder mittelbaren gesetzlichen Pfandrechten (Art. 712i, Art. 779d, Art. 779i, Art. 779k, Art. 837 ZGB; Art. 523 OR) erfolgt die Begründung der Sicherheit weder rechtsgeschäftlich noch durch Begründung einer faktischen Rechtslage. Sie fallen deshalb grund-

sätzlich nicht unter Art. 287 Ziff. 1 SchKG⁸⁶. Der Schuldner muss denn in aller Regel auch gar nicht mitwirken, so dass es schon an einer anfechtbaren Handlung fehlt. Wirkt er bei der Begründung trotzdem mit (z.B. indem er eine Klage anerkennt), so liegt zwar eine anfechtbare Handlung vor. Eine Anfechtung entfällt jedoch: Zum einen liegt im Umfang, da dem Berechtigten ohnehin ein klagbarer Anspruch zustände, keine rechtsgeschäftliche Bestellung der Sicherheit durch den Schuldner vor. Zum anderen ist es im Umfang des gesetzlichen Anspruchs des Berechtigten zur Errichtung der Sicherheit gleich zu handhaben, wie wenn der Schuldner schon früher zur Sicherstellung verpflichtet gewesen wäre, in welchen Fällen eine Anfechtung (gemäss Art. 287 SchKG) entfällt.

5. Nachträgliche Bestellung für bereits bestehende Verpflichtungen

Erfasst ist nur die "nachgeschobene" Besicherung. Die Bestellung einer neuen Sicherheit, welche ausschliesslich eine neue bzw. zukünftige Forderung besichert, fällt nicht unter Art. 287 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG⁸⁷.

70 GILLIÉRON, Art. 287 SchKG N 20.

71 BAUDAT, 57; JAEGER, Art. 286 SchKG N 3; BasK-STAEHELIN, Art. 286 SchKG N 5 f.; STOFFEL, § 7 Rz 13; AMONN/WALTHER, § 52 Rz 17; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 13f.; a.M. BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 4; ARPAGAU, 189 FN 57; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 SchKG N 13.

72 Vgl. II.B.1.

73 Vgl. II.D.1.

74 BAUDAT, 57; JAEGER, Art. 286 SchKG N 3; BasK-STAEHELIN, Art. 286 SchKG N 5 f.; STOFFEL, § 7 Rz 13; AMONN/WALTHER, § 52 Rz 17; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 13.

75 JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 SchKG N 18.

76 BBI 1991 III 177.

77 BLUMENSTEIN, 881; GILLIÉRON, 403; AMONN/WALTHER, § 52 Rz 17; BGE 33 II 323 ff., 182 ff., 191 ff., 37 II 114 ff., 507 ff., 43 III 231 ff., 50 III 144 ff., 62 III 63 ff., 110 III 100 ff.

78 WALDER, 4; BK-ZOBL, Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB N 815; ZK-OFTINGER/BÄR, Art. 884 ZGB N 7; HÄNSELER, 135; AMONN, Debitorzession, 138; WEHRLI, 131 f.; BLSchK 1987, 35.

79 AMONN/WALTHER, § 52 Rz 17; BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 5; GILLIÉRON, Art. 287 SchKG N 21; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 SchKG N 9; vgl. auch BGE 38 II 727 ff.

80 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 748.

81 BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 5; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 SchKG N 12.

82 BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 5; BGE 103 III 110 f.

83 BGE 33 II 365, 85 III 196 f.; BLSchK 1987, 35.

84 BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 5.

85 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 30.

86 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 29; BGE 55 III 80 ff.

87 BLUMENSTEIN, 881; FAVRE, 339; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 19, N 22 und N 83; ARPAGAU, 183; BGE 31 II 327 f., 33 II 192 f., 37 II 117/118.

Entscheidend dafür, ob die Sicherstellung nachgeschoben ist, ist der Abschluss des Rechtsgeschäfts, mit welchem die Zahlungspflicht des Schuldner begründet wird. Nicht entscheidend ist der Zeitpunkt, in welchem die Zahlungspflicht des Schuldners formaljuristisch entsteht⁸⁸. Es findet somit in einem gewissen Sinn eine wirtschaftliche, statt einer rein formaljuristischen Betrachtung Anwendung⁸⁹. Dies ist in mehrfacher Hinsicht von praktischer Bedeutung:

Erstens kommt es nur soweit auf das anwendbare Recht an, als dieses besagt, ob bzw. wann das Rechtsgeschäft (aus welchem die Forderung herrührt) zustande gekommen ist. Zweitens ist die Besicherung von *aufschiebend bedingten Forderungen* auch dann anfechtbar, wenn die Sicherheit nach Abschluss des Rechtsgeschäftes, aber noch vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung begründet wird⁹⁰. Ähnliches gilt drittens für eine allfällige *Novation* (insbesondere beim Kontokorrentverhältnis; vgl. Art. 117 Abs. 2 OR). Eine Sicherheit, welche nach Entstehung des materiellen Schuldverhältnisses, aber vor Eintritt der Novationswirkung begründet wurde, ist mit der Überschuldungspauliana anfechtbar⁹¹.

Wird bei Gewährung eines neuen Darlehens nicht nur dieses, sondern auch eine vorbestehende Forderung besichert, so ist in Bezug auf letztere eine Überschuldungsanfechtung möglich⁹².

Nicht (zumindest nicht nach Art. 287 SchKG) anfechtbar ist eine nachträglich bestellte Sicherheit, welche anstelle einer früheren, rechtzeitig begründeten (und deshalb selbst nicht anfechtbaren) Sicherheit tritt, sofern die neue die alte Sicherheit im Wert nicht übersteigt⁹³. Für die Frage der Werte der alten und der neuen Sicherheit ist m.E. auf den Zeitpunkt des Austauschs der Sicherheiten abzustellen.

6. Keine frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherheit

Die Bestellung einer neuen Sicherheit für eine alte Schuld fällt nur dann unter Art. 287 SchKG, wenn der Schuldner nicht schon vorher rechtlich zur Bestellung der Sicherheit verpflichtet war⁹⁴. Es verhält sich somit ähnlich wie bei Art. 286 SchKG⁹⁵. Besteht eine rechtliche Verpflichtung zur Errichtung einer Sicherheit, so entfällt eine Anfechtung gemäss Art. 287 SchKG⁹⁶. Möglich bleibt eine Anfechtung gemäss Art. 288 SchKG⁹⁷.

Eine frühere Verpflichtung zur Bestellung einer (nachgeschobenen) Sicherheit schliesst die Anfechtung nur aus, wenn diese *Verpflichtung bereits ausserhalb der Verdachtsfrist* (d.h. mehr als ein Jahr vor dem relevanten Insolvenzergebnis) *begründet* worden ist⁹⁸. Liegt die Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit ausserhalb der Verdachtsperiode, so entfällt eine Überschuldungsanfechtung auch dann, wenn diese frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherheit in Bezug auf das Entstehen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nachgeschoben ist. Diesfalls ist allenfalls die nachträgliche Sicherungsabrede nach Art. 288 SchKG anfechtbar.

Eine *Obliegenheit* zur Leistung einer Sicherheit (wie etwa gemäss Art. 83 oder Art. 337a OR⁹⁹) ist m.E. einer Verpflichtung nicht gleichzustellen¹⁰⁰. Auch wenn im Anwen-

dungsbereich der genannten Normen die Leistungspflichten der Gegenpartei ruhen, bis der Schuldner Sicherheit geleistet hat¹⁰¹, so begründen diese Normen keine Verpflichtung des Schuldners, Sicherheit zu leisten. Entsprechend vermögen sie eine paulianische Anfechtung der nachträglichen Begründung der Sicherheit m.E. nicht auszuschliessen.

M.E. kann (gleich wie in Bezug auf Art. 286 SchKG) nur eine *formgültige* frühere Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherheit deren Anfechtbarkeit ausschliessen¹⁰². Die Anfechtung selbst setzt voraus, dass die anfechtbare Handlung zivilrechtlich gültig ist¹⁰³. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, einzig für die paulianische Anfechtung die zivilrechtlichen Formvorschriften über die Begründung von Sicherungsabreden ausser Acht zu lassen und jede formungültige Abrede genügen zu lassen¹⁰⁴.

88 So aber BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 7.

89 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 18.

90 ZR 1914 Nr. 195, 373 f.

91 BGE 30 II 609 f., 37 II 118 ff.

92 ARPAGAU, 192.

93 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 33; GILLIÉRON, Art. 287 SchKG N 24; BGE 33 II 184; SJZ 1925/26, 46 Nr. 55.

94 BLUMENSTEIN, 881; GILLIÉRON, Art. 287 SchKG N 25; in Bezug auf Art. 286 SchKG: BLUMENSTEIN, 877 f.; HANGARTNER, 56.

95 Vgl. II.B.4.

96 BGE 95 III 53 in Bezug auf Art. 286 SchKG.

97 JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 SchKG N 21; GILLIÉRON, 405; BGE 99 III 91, 95 III 53, 62 III 65, 43 III 346, 40 III 208, 38 II 354.

98 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 98 Hypothese 4 und 8; BGE 33 II 185 und 187, 30 II 608; SJZ 1986, 112 ff. Nr. 17; 1925/26, 46 Nr. 55; a.M. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 SchKG N 21, wonach es genügt, dass die Verpflichtung zur Sicherstellung im Zeitpunkt des Vollzugs des Sicherungsgeschäftes bestanden hatte.

99 Art. 266h OR sieht eine ähnliche Regelung vor. Sie kommt jedoch erst im Konkurs zur Anwendung, so dass sich die Frage der paulianischen Anfechtung nicht (mehr) stellt.

100 A.M. WALDER, 8; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 29; REBSAMEN, Rz 477; BGE 63 III 153 ff.

101 BGE 63 III 153 f.

102 BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 8; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 31; REBSAMEN, Rz 475; BGE 33 II 186 f., 41 III 163 und 43 III 233; a.M.: WALDER, 4; BGE 95 III 53 in Bezug auf eine Drittsicherheit gemäss Art. 286 SchKG, BGE 62 III 64 f. und BGE 74 III 50 in Bezug auf Sicherheiten für eigene Schulden gemäss Art. 287 SchKG: So soll eine Verpflichtung zur späteren Bestellung von Sicherheiten auch dann eine Anfechtung (nach Art. 286 und Art. 287 SchKG) ausschliessen, wenn die Verpflichtung nur in einfacher Schriftlichkeit erfolgte, später aber eine Grundpfandsicherheit bestellt wurde, welche der öffentlichen Beurkundung (Art. 799 Abs. 2 ZGB) bedarf; a.M. auch BISCHK 1937, 53; SJZ 1986, 112 ff. N 17.

103 II.A.

104 So auch BGE 33 II 186 f., 41 III 163 und 43 III 233, wo nur eine juristisch gültige frühere Verpflichtung als eine die Anfechtung ausschliessende Abrede betrachtet wurde.

Andererseits genügt jede zivilrechtlich formgültige (und inhaltlich genügende) Sicherstellungsverpflichtung. Soweit das Zivilrecht keine erhöhten Anforderungen stellt, genügt somit namentlich auch eine *mündliche* Sicherungsabrede¹⁰⁵.

7. Überschuldung

Überschuldung liegt vor, wenn das Fremdkapital¹⁰⁶ die Aktiven übersteigt¹⁰⁷. Massgebend ist die Bilanz des Schuldners zu Fortführungswerten¹⁰⁸.

Die Überschuldung muss im Zeitpunkt vorliegen, da das Sicherungsgeschäft geschlossen bzw. die Sicherheit bestellt wird¹⁰⁹. Unmassgeblich ist, ob der Schuldner um die Überschuldung wusste¹¹⁰.

8. Keine Erkennbarkeit der Überschuldung durch den Sicherungsnehmer

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen (Art. 287 Abs. 2 SchKG). Damit wird der böse Glaube präsumiert. Massgebend ist der Zeitpunkt, in welchem die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen wird¹¹¹.

Die Praxis legt einen recht strengen Massstab an den Entlastungsbeweis an¹¹² und nimmt damit die Erkennbarkeit zuweilen recht rasch an. Dies gilt insbesondere für professionelle Kreditinstitute¹¹³. Oftmals wird auf Indizien abgestellt. Dazu gehört etwa, ob der Anfechtungsgegner selbst schon ein Konkursbegehren gegen den nachmaligen Gemeinschuldner gestellt hat. Je enger und je länger der geschäftliche Verkehr zwischen den Parteien war, desto eher wird die Gegenpartei eine Überschuldung erkennen müssen¹¹⁴. Dies gilt insbesondere, wenn verwandtschaftliche oder freundschaftliche Beziehungen bestanden¹¹⁵. Auch die Unüblichkeit des Rechtsgeschäfts spricht für die Erkennbarkeit für die Gegenpartei¹¹⁶. Ein Indiz für die Überschuldung kann auch sein, dass Wechsel zum Protest gingen¹¹⁷. Indizien, welche primär auf Zahlungsschwierigkeiten hindeuten, wie etwa, dass der Schuldner dringend Geld benötigt, genügen dagegen m.E. für sich allein nicht¹¹⁸.

D. Absichtsanfechtung

1. Tatbestand

Anfechtbar sind alle Rechtshandlungen, welcher der Schuldner innerhalb von fünf Jahren vor dem relevanten Insolvenzereignis¹¹⁹ in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen (Art. 288 SchKG). Anders als bei der Schenkungsanfechtung (und teilweise bei der Überschuldungsanfechtung) stehen bei der Absichtsanfechtung die subjektiven Momente im Vordergrund¹²⁰.

Anfechtbar sind namentlich auch Handlungen, welche ansonsten den Tatbestand der Schenkungs- bzw. der Überschuldungsanfechtung erfüllen, bei denen aber eine Tatbestandsvoraussetzung nicht gegeben ist. Dies gilt für Hand-

lungen, die mehr als ein Jahr zurückliegen¹²¹. Es können auch Sicherungsgeschäfte erfasst werden, welche eine andere Voraussetzung von Art. 286 f. SchKG nicht erfüllen¹²². Anders als bei der Schenkungs- oder der Überschuldungsanfechtung kommt eine Absichtsanfechtung auch dann in Frage, wenn sich der Sicherungsgeber früher zur Bestellung der (Dritt-)Sicherheit verpflichtet hat¹²³. Es müssen jedoch die subjektiven Voraussetzungen von Art. 288 SchKG auf Seiten des Schuldners und des Anfechtungsgegners erfüllt sein.

2. Verschlechterung des Vollstreckungssubstrats der Gläubiger

Die Deliktspauliana kommt nur zur Anwendung, wenn durch die anfechtbare Handlung die Exekutionsrechte der Gläubiger geschädigt werden¹²⁴. Dies kann durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder Verschieben von Vermögenswerten zugunsten einzelner Gläubiger und zulasten der übrigen Gläubiger erfolgen¹²⁵.

Es ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Sicherheit für eine eigene Schuld oder um eine Drittsicherheit handelt:

105 A.M. BGE 50 III 146 f., unter Bezugnahme auf BGE 41 III 163 f. und 43 III 233, welche m.E. jedoch eine andere Aussage machen.

106 Und nicht etwa die Passiven, wie zuweilen zu lesen ist (AMONN/WALTHER, § 52 Rz 20; GILLIÉRON, Art. 287 SchKG N 12; BGE 37 II 510 hinten). Nach buchhalterischen Grundsätzen entspricht die Summe der Aktiven per definitionem der Summe der Passiven.

107 BasK-STAEHELIN, Art. 287 SchKG N 17; STOFFEL, § 7 Rz 21; BGE 37 II 510

108 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 110.

109 BLUMENSTEIN, 884; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 111; BGE 37 II 510.

110 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 113 f.

111 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 122; BAUDAT, 76.

112 SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 123.

113 BGE 37 II 117.

114 BGE 37 II 117.

115 BGE 33 III 188.

116 BGE 33 II 188.

117 BGE 33 II 369.

118 Weitergehend BGE 37 II 117.

119 Vgl. II.A.3.

120 BasK-STAEHELIN, Art. 288 SchKG N 3.

121 JAEGER, Art. 286 SchKG N 1, Art. 288 SchKG N 8; STAEHELIN, Die Anfechtungsklagen, BISchK, 86; SCHÜPBACH, dimensions, 1447; GILLIÉRON, Art. 288 SchKG N 9; SCHÜPBACH, Art. 287 SchKG N 21 und Art. 288 SchKG N 62; BGE 130 III 234 f.

122 BGE 99 III 91, 31 II 328.

123 JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 287 SchKG N 21; GILLIÉRON, 405; BGE 99 III 91, 95 III 53, 62 III 65, 43 III 346, 40 III 208, 38 II 354.

124 BGE 33 II 193.

125 BGE 31 II 328.

a. Sicherheiten für eigene Schulden

Die Bestellung einer Sicherheit für neue, eigene Schulden stellt keine Schädigung der Exekutionsrechte der Gläubiger dar¹²⁶. Der Schuldner erhält als Gegenleistung für die Bestellung der Sicherheit Geld bzw. ein Darlehen oder eine andere Leistung (z.B. eine Sach- oder Dienstleistung). Zudem muss der Sicherungsnehmer einen Verwertungserlös, welcher die Forderung übersteigt, dem Schuldner bzw. dessen Masse herausgeben¹²⁷.

Die *Verwendung des* gegen Bestellung der neuen Sicherheit *erlangten neuen Geldes*¹²⁸ durch den Schuldner ist nur eine mittelbare Schädigung in Bezug auf die Gewährung des neuen Darlehens gegen neue Sicherheit¹²⁹. Mittelbare Schädigungen unterliegen in der Regel nicht der Anfechtung¹³⁰. Die Gewährung eines neuen (gesicherten) Darlehens kann aufgrund der Geldverwendung nur angefochten werden, wenn "eine *einzigste, zusammenhängende, nicht trennbare Rechtshandlung*" vorliegt¹³¹. "[D]ie Hingabe des Darlehens, [die] Errichtung des Pfandrechts und jene Zahlungen [müssen] sich als einheitliches, zusammenhängendes Rechtsgeschäft darstellen, in dem Sinne, dass Zweck des pfandversicherten Darlehens war, daraus jene Zahlungen zu machen, das Darlehen die Verpflichtung der Darlehensnehmerin zu jenen Zahlungen in sich schloss."¹³² Die Geldverwendung (zulasten der Gläubiger) muss somit Bedingung des Darlehens sein¹³³. In seiner späteren Rechtsprechung spricht das Bundesgericht davon, dass der Schuldner (durch Gewährung eines neuen Darlehens gegen neue Sicherheiten) "über seine letzten Aktiven seines Vermögens zum Schaden seiner Gläubiger verfügen" müsse, damit ein solcher Zusammenhang gegeben sei¹³⁴.

Indizien dafür, dass ein solch untrennbarer Zusammenhang vorliegt, sind die grosse zeitliche Nähe zwischen Darlehensgewährung und -verwendung¹³⁵, die Unüblichkeit der Vorgehensweise¹³⁶ oder der Umstand, dass die Mittelverwendung gerade im Interesse des Darlehensgebers erfolgte¹³⁷ (indem z.B. die von ihm als Bürge besicherte Schuld beglichen wird)¹³⁸.

Ein bloss tatsächlicher Zusammenhang oder das Wissen des Sicherungsgebers um die (Gläubiger schädigende) Mittelverwendung durch den Schuldner genügen im Allgemeinen nicht, damit ein einheitlicher Rechtsakt vorliegt¹³⁹. Wenn die Mittelverwendung allerdings gerade im Interesse des Darlehensgebers liegt, genügt sein Wissen oder sein Wissenmüssen um diese (ihn begünstigende) Mittelverwendung, damit ein einheitlicher Akt vorliegt¹⁴⁰.

b. Drittsicherheiten

Bei einer Drittsicherheit dürfte (von Ausnahmesituation abgesehen) wohl immer eine Schädigung der Gläubiger des Drittsicherungsgebers vorliegen. Der Drittsicherungsgeber erhält in aller Regel keine Gegenleistung für die Bestellung der Drittsicherheit. Die Gegenleistung müsste zudem vollumfänglich gleichwertig zur Bestellung der Sicherheit sein. Anders als bei der Schenkungspauliana¹⁴¹ kommt es m.E. dagegen nicht darauf an, von wem die Gegenleistung erbracht wird. Die Gläubiger sind auch dann nicht geschä-

digt, wenn die Leistung von einer anderen Partei als dem Sicherungsnehmer erbracht wird. Eine Regressforderung gegen den Schuldner genügt jedoch m.E. auch in diesem Zusammenhang¹⁴² nicht: Zum einen wird die Drittsicherheit erst relevant, wenn der Schuldner nicht leistet. Diesfalls fehlt es mangels Bonität des Schuldners an der Werthaltigkeit der Regressforderung. Zum anderen genügt es für eine Anfechtung bereits, wenn die Vollstreckungsrechte der Gläubiger (des Drittsicherungsgebers) auch nur vorübergehend beeinträchtigt werden. Dies liegt vor, wenn der Schuldner die Regressforderung nicht sofort und vollumfänglich bezahlt. Dies dürfte kaum je der Fall sein.

Bei einer Drittsicherheit dürfte der Anfechtungsgegner daher nur in Ausnahmesituationen in der Lage sein darzutun, dass die Gläubiger nicht geschädigt sind. Die Anfechtbarkeit von Drittsicherheiten entscheidet sich somit ausschliesslich aufgrund der subjektiven Absicht des Schuldners und deren Erkennbarkeit auf Seiten des Begünstigten.

3. Absicht des Schuldners

Die Absicht des Schuldners ist dann gegeben, wenn er *vor-ausschauen konnte und musste*, dass die anfechtbare Handlung Gläubiger benachteiligt bzw. einzelne gegenüber anderen bevorzugt¹⁴³. Es ist nicht erforderlich, dass der Schuldner mit dem (einzigsten) Ziel handelt, die Rechte der Gläubiger zu beeinträchtigen bzw. gewisse zu bevorzugen. Es genügt, wenn er sich darüber Rechenschaft geben musste, dass seine Handlung normalerweise, d.h. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge diese Konsequenzen hat. Dies bedeutet aber nicht, dass bewusste Fahrlässigkeit genügt, wie dies verschiedene Entscheide und Lehrmeinungen nahe legen wür-

126 BGE 53 III 79, 30 II 609, 29 II 391.

127 BGE 31 II 328.

128 Dies gilt analog auch für die Verwendung einer anderen Gegenleistung (z.B. einer Sach- oder Dienstleistung).

129 Davon zu unterscheiden ist die selbständige Anfechtung der *Mittelverwendung*.

130 BGE 33 II 193 (Hervorhebung hinzugefügt).

131 BGE 31 II 330, 29 II 392 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch WALDER, 6.

132 BGE 33 II 193.

133 BGE 33 II 195, 196.

134 BGE 53 III 79.

135 BGE 33 II 195.

136 BGE 33 II 195.

137 BGE 33 II 196.

138 BGE 33 II 194, 194/195.

139 BGE 33 III 196, 31 II 329 f., 29 II 391 f.

140 BGE 33 II 195 und 196.

141 Vgl. II.B.2.

142 Vgl. für die Schenkungsanfechtung II.B.2.

143 BGE 83 III 85 f., 55 III 87, 41 III 74, 40 III 207; Urteil 5P.35/2000 vom 19.9.2000, E. 5a; Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 3a.

den¹⁴⁴. Richtigerweise ist auf Seiten des Schuldners mindestens Eventualvorsatz erforderlich; er muss die Schädigung der übrigen Gläubiger bzw. die Bevorzugung eines Gläubigers zumindest in Kauf nehmen¹⁴⁵.

Damit hängt die Frage, ob der Schuldner mit Schädigungsabsicht gehandelt hat, zum einen von der *Art des Rechtsgeschäfts* ab. Liegt die Schädigung der Gläubiger bzw. die Bevorzugung einzelner von ihnen schon in der Natur des Rechtsgeschäfts, dürfte die Schädigungsabsicht des Schuldner regelmässig zu bejahen sein¹⁴⁶. Dies gilt in aller Regel für Drittsicherungsgeschäfte, wenn der Sicherungsgeber keine gleichwertige Gegenleistung erhält. Drittsicherheiten sind von ihrer Natur aus darauf ausgerichtet, den Sicherungsnehmer zu begünstigen. Dies wirkt sich automatisch zum Nachteil der übrigen Gläubiger des Sicherungsgebers aus. Je krasser das Missverhältnis zwischen der Leistung des Sicherungsgebers und der Gegenleistung des Begünstigten an den Sicherungsgeber¹⁴⁷, umso evidenter ist die subjektive Absicht auf Seiten des Schuldners. Erhält der Sicherungsgeber keinerlei Gegenleistung für die Bestellung der Sicherheit, sind die subjektiven Voraussetzungen auf seiner Seite als erfüllt zu betrachten.

Zum anderen ist die finanzielle Situation des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der Handlungen von Bedeutung¹⁴⁸.

4. Erkennbarkeit des Begünstigten

Der Begünstigte muss erkannt haben oder er hätte bei pflichtgemäsem Ermessen erkennen müssen, dass er durch die anfechtbare Handlung begünstigt wird bzw. die übrigen Gläubiger benachteiligt werden¹⁴⁹. Anders als auf Seiten des Schuldners¹⁵⁰ genügt auf Seiten der Gegenpartei, dass sie unter den Umständen, unter welchen die anfechtbare Handlung erfolgt ist, hätte erkennen können oder müssen, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge das zwischen ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäft sie (die Gegenpartei) begünstigt bzw. die anderen Gläubiger benachteiligt¹⁵¹.

Liegen Anzeichen für eine Benachteiligung vor, hat der Begünstigte beim Schuldner nachzufragen. Es besteht somit in diesen Fällen eine *Erkundungsobliegenheit* des Begünstigten¹⁵². Diese kann je nach den Umständen des Einzelfalles graduell verschieden sein¹⁵³.

Auch auf Seiten des Begünstigten kommt es vor allem auf die Art des Rechtsgeschäfts und die finanzielle Situation des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung an. Zudem ist die Erkennbarkeit desto eher gegeben, je näher der Begünstigte dem Schuldner bzw. dessen Organen steht. Ist ein Organ selbst der Begünstigte, decken sich die subjektiven Voraussetzungen¹⁵⁴.

Wenn der Begünstigte selbst immer wieder für Verbindlichkeiten des Schuldners Drittsicherheiten bestellt hat, liegt die Annahme der Erkennbarkeit nahe¹⁵⁵. Andererseits wird die erforderliche Aufmerksamkeit nach einem milderen Massstab beurteilt, wenn die Sicherstellung schon von Anfang an verabredet war¹⁵⁶. Auch diesfalls muss sich der Begünstigte jedoch dann über eine allfällige Schädigung der (übrigen) Gläubiger Gedanken machen, wenn die

schlechte finanzielle Lage des Schuldners für ihn offensichtlich ist¹⁵⁷.

5. Finanzielle Situation des Schuldners

Der Tatbestand der Absichtsanfechtung setzt keine spezifische finanzielle Situation des Schuldners im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung voraus. Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass der Schuldner überschuldet ist¹⁵⁸.

Die finanzielle Situation des Schuldners ist (nebst anderen Umständen¹⁵⁹) für die subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Schuldners und des Begünstigten von Bedeutung. Wie gesehen¹⁶⁰, genügt auf Seiten des Begünstigten eine objektive Unsorgfalt. Beim Schuldner muss Eventualvorsatz vorliegen. Dies hängt auch von der finanziellen Situation des Schuldners ab. Nicht erforderlich ist m.E., dass aufgrund der Vermögenslage des Schuldners eine Befriedigung der anderen Gläubiger ausgeschlossen erscheinen muss¹⁶¹. Da subjektive Momente entscheidend sind, ist von Bedeutung, ob und inwiefern der objektive, finanziell schlechte Zustand des Schuldners diesem und dem Begünstigten bekannt bzw. für diese erkennbar war¹⁶².

Die subjektiven Voraussetzungen sind ganz allgemein gegeben, wenn der finanzielle Zusammenbruch des Schuldners nahe ist¹⁶³ bzw. er sich in einer finanziell kritischen

144 Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 3 a; BGE 83 III 85 f., 55 III 87, 53 III 85, 41 III 74, 40 III 207, 21 1277 f.; JAEGER, Art. 288 SchKG N 5 und N 6; SCHÜPBACH, Art. 288 SchKG N 73; FRITZSCHE/WALDER, § 66 N 25; BLUMENSTEIN, 886; REBSAMEN, Rz 518.

145 BasK-STAEHELIN, Art. 288 SchKG N 16; Bundesgerichtsurteil 4C.262/2002 vom 19.5.2004, E. 5.1.

146 BasK-STAEHELIN, Art. 288 SchKG N 23; SCHÜPBACH, Art. 288 SchKG N 86 ff.

147 Vgl. II.B.2.

148 Vgl. dazu II.D.5.

149 BGE 130 III 238, 101 III 95.

150 Vgl. II.D.3.

151 JAEGER, Art. 288 SchKG N 5; STOFFEL, § 7 Rz 31; SCHÜPBACH, Art. 288 SchKG N 73; FAVRE, 340; BGE 99 III 91 f., 89 III 50 ff., 83 III 86, 55 III 87, 40 III 207, 33 II 661, 27 284 f.; SJ 1972, 311.

152 BGE 99 III 92; 51 III 208; 30 II 165.

153 ZOBL, 34; BGE 99 III 92.

154 Bundesgerichtsurteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 3a am Ende.

155 BGE 33 II 197.

156 BGE 99 III 92, 62 III 65.

157 BGE 99 III 92.

158 BAUDAT, 51; JAEGER, Art. 288 SchKG N 6; GILLIÉRON, Art. 288 SchKG N 37; SCHÜPBACH, Art. 288 SchKG N 89, 111; BGE 89 III 19, 43 III 249.

159 Es kommt auch auf die Natur des Rechtsgeschäfts an; gewisse Rechtsgeschäfte implizieren die Gefahr einer Schädigung für den Handelnden (so etwa das Eingehen von Drittsicherheiten).

160 Vgl. II.D.3. und II.D.4.

161 So aber BGE 30 II 611.

162 SJZ 1986, 113 Nr. 15.

163 BGE 99 III 91, 94.

Situation befindet¹⁶⁴. Dies ist sicherlich der Fall, wenn der Schuldner überschuldet ist¹⁶⁵, so dass kein Weg am Konkurs vorbeiführt¹⁶⁶. Die Absicht ist auch evident, wenn er nicht die dringenden Schulden, sondern solche von nahestehenden Personen zahlt¹⁶⁷.

Wenn die Gegenpartei Kenntnis von der Überschuldung des Schuldners hatte, hätte sie die Benachteiligungsabsicht des Schuldners ohne weiteres erkennen können¹⁶⁸.

6. Massgeblicher Zeitpunkt

Sowohl für die Bevorzugungs- bzw. Schädigungsabsicht des Schuldners als auch für die Erkennbarkeit auf Seiten des Begünstigten ist der Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung massgeblich¹⁶⁹.

III. Sicherheiten während der Nachlassstundung

Ohne Ermächtigung des Nachlassrichters können während der Stundung nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden (Art. 298 Abs. 2 SchKG).

Fallen Sicherheiten¹⁷⁰ unter Art. 298 Abs. 2 SchKG und liegt keine Genehmigung des Nachlassrichters vor, sind die Sicherheiten den Gläubigern des Sicherungsgebers gegenüber (analog Art. 204 SchKG) vollstreckungsrechtlich unwirksam¹⁷¹. Auf die Unwirksamkeit können sich nur die Gläubiger des Sicherungsgebers berufen¹⁷². Sie können Unwirksamkeit jedoch nur in bestimmten Vollstreckungsverfahren geltend machen¹⁷³.

A. Bestellung neuer Sicherheiten während der Nachlassstundung

Erfasst wird zunächst die Begründung neuer Sicherheiten während der Nachlassstundung. Dies gilt, wenn ein neues Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen wird. Eine Genehmigung des Nachlassrichters ist jedoch auch dann erforderlich, wenn das Verpflichtungsgeschäft schon vor der Nachlassstundung abgeschlossen worden ist und nur das Verfügungsgeschäft während der Nachlassstundung vorgenommen wird¹⁷⁴.

Von Art. 298 Abs. 2 SchKG werden alle Arten von dinglichen Sicherheiten für *eigene* Schulden erfasst; nicht nur die Verpfändung, sondern auch Sicherungsübereignungen und -zessionen¹⁷⁵. Eine Genehmigung des Nachlassrichters ist unabhängig davon notwendig, was Gegenstand der Sicherheit ist (Grundstücke, bewegliche Sachen, Forderungen oder andere Rechte)¹⁷⁶.

Entgegen dem zu engen Gesetzeswortlaut werden zur Besicherung von *fremden* Schulden nicht nur Bürgschaften, sondern jegliche Personalsicherheiten (wie etwa Garantieerklärungen, Schuldbeitritte oder Schuldübernahmen) erfasst¹⁷⁷. Selbstverständlich fallen auch alle dinglichen Drittsicherheiten unter Art. 298 Abs. 2 SchKG; entweder liegt

die Belastung von Anlagevermögen oder die Bestellung von Pfändern im weitesten Sinn¹⁷⁸ vor. Drittsicherheiten sind diesbezüglich (gleich wie in Bezug auf eine Anfechtung gemäss Art. 286 SchKG¹⁷⁹) als unentgeltliche Verfügungen zu qualifizieren. Die praktische Auswirkung dieser Qualifizierung liegt darin, dass der Nachlassrichter für die Bewilligung einer Sicherheit für fremde Schulden einen strengeren Massstab anlegen wird als für die Besicherung von eigenen Schulden¹⁸⁰.

Nach geltendem Recht ändert die Zustimmung des Nachlassrichters zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG nichts daran, dass das Rechtsgeschäft paulianisch angefochten werden kann¹⁸¹. Dies schafft für die Gegenpartei eine Rechtsunsicherheit, welche sich zum Nachteil des Nachlassschuldners und damit seiner Gläubiger auswirken kann¹⁸².

Der Bund hat im Sommer 2003 eine Expertenkommission eingesetzt, um Vorschläge namentlich zur Verbesserung des Sanierungsrechts zu unterbreiten¹⁸³. Diese Expertenkommission hat vorgeschlagen, das Gesetz dergestalt zu ändern, dass *de lege ferenda* bei einem positiven Genehmigungsentscheid¹⁸⁴ keine paulianische Anfechtung mehr möglich sein soll¹⁸⁵.

164 Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 3 c.

165 JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 288 SchKG N 19; SCHÜPBACH, Art. 288 SchKG N 89 f.; BGE 89 III 18 f., 83 III 86.

166 BGE 63 III 156; BLSchK 1987, 37 ff.

167 BGE 33 II 196.

168 JAEGER, Art. 288 SchKG N 5; HÄNSELER, 141; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 288 SchKG N 14.

169 JAEGER, Art. 288 SchKG N 5; BLUMENSTEIN, 890.

170 Diese Rechtsfolge betrifft selbstverständlich *alle* von Art. 298 Abs. 2 SchKG erfassten Geschäfte.

171 LORANDI, Geschäfte, 75 ff.; BasK-VOLLMAR, Art. 298 SchKG N 14; AMONN/WALTHER, § 54 Rz 42; a.M. DIETSCHKE, 343.

172 LORANDI, Geschäfte, 75 ff.; a.M. DIETSCHKE, 343.

173 Vgl. dazu LORANDI, Geschäfte, 77 ff.

174 LORANDI, Geschäfte, 82; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 298 SchKG N 20.

175 LORANDI, Geschäfte, 86; AMONN/WALTHER, § 54 Rz 40; BGE 39 II 663 f.

176 LORANDI, Geschäfte, 85 ff.

177 LORANDI, Geschäfte, 86 f.; AMONN/WALTHER, § 54 Rz 40.

178 Vgl. dazu soeben vorne im Text zu den Sicherheiten für *eigene* Schulden.

179 Vgl. vorne II.B.1.

180 LORANDI, Geschäfte, 96.

181 LORANDI, Geschäfte, 105 f.

182 Dieser Nachteil ist bei Veräusserungsgeschäften grösser als bei Sicherungsgeschäften.

183 GASSER, 285.

184 Vorgeschlagen wird auch, dass in bestimmten Fällen schon während der Nachlassstundung ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden kann, dem der Genehmigungsentscheid gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG zufällt (Bericht, 27 f.).

185 Bericht, 56 f.

B. Wirkungen auf generelle Debitorenzessionen

Nach (nicht unbestrittener) Rechtsauffassung muss der Zedent einer generellen Debitorenzession, welche nicht nur die bestehenden, sondern auch die zukünftigen Forderungen erfasst, im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung Verfügungsbefugt sein¹⁸⁶. Ist er dies nicht mehr, fallen die später entstehenden Forderungen ihm zu. Im *Konkurs* verliert der Zedent mit Konkurseröffnung die Verfügungsfähigkeit (Art. 204 SchKG). Die nach Konkurseröffnung entstehenden Forderungen gehören deshalb zu seiner Konkursmasse¹⁸⁷.

Art. 298 Abs. 2 SchKG stellt für die Nachlassstundung und die von dieser Norm sachlich erfassten Rechtsgeschäfte eine gleichgeartete Verfügungsunfähigkeit für den Schuldner dar wie Art. 204 SchKG für den Konkurs¹⁸⁸. Forderungen, welche einer (generellen) Debitorenzession unterliegen und erst nach der *Nachlassstundung* entstehen, stehen damit dem Nachlassschuldner zu und nicht dem Zessionar¹⁸⁹. Wenn der Zessionar erreichen will, dass auch diese Forderungen ihm zustehen, wird er veranlassen müssen, dass der Nachlassrichter der Zession seine Zustimmung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG erteilt¹⁹⁰.

Die Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des Schuldners (Zedenten) fällt mit dem Ende der Nachlassstundung weg. Wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung genehmigt wird, so bleibt die Verfügungsunfähigkeit des Schuldners (jetzt zufolge Liquidationsvergleich) nahtlos bestehen. Die nach der Nachlassstundung entstandenen Forderungen fallen in die Nachlassmasse.

Fällt dagegen die Nachlassstundung dahin (ohne dass ein Liquidationsvergleich zustande kommt), wird der Nachlassvertrag nicht genehmigt oder kommt ein ordentlicher Nachlassvertrag zustande, so erlangt der Schuldner (allenfalls nur kurz; vgl. Art. 309 und Art. 313 Abs. 2 SchKG) seine Verfügungsfähigkeit wieder. Die generelle Debitorenzession kommt damit wieder zum Tragen. Damit stehen die nach der Nachlassstundung entstandenen Forderungen dem Zessionar zu.

Die vom Bund eingesetzte Expertenkommission hat dieses Problem erkannt. Zum einen hat sie *de lege ferenda* eine Klarstellung des Gesetzes vorgeschlagen, welche zum Ausdruck bringt, dass Forderungszeessionen in Bezug auf Forderungen, die nach der Nachlassstundung entstehen, zufolge Art. 298 Abs. 2 SchKG keine Wirkungen erzeugen. Zum anderen schlägt sie – in Abweichung der Rechtslage *de lege lata* – vor, dass ein Wiederaufleben der Verfügungsfähigkeit des Schuldners (nach Beendigung der Nachlassstundung) nur Wirkungen *ex nunc* hat¹⁹¹. Die zwischen der Bewilligung der Nachlassstundung und dem Wiederaufleben der Verfügungsfähigkeit entstandenen Forderungen würden diesfalls definitiv beim Nachlassschuldner (als Zedenten) verbleiben.

Literatur

AEBI DIETER, Interzession, Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001

AMONN KURT, Die generelle Debitorenzession im Konkurs, BLSchK 1979, 129 ff.

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003

ARPAGAUS RETO, Ausgewählte Rechtsprobleme bei der Besicherung von Forderungen gegenüber einem Not leidenden Schuldner, in: FS für Dieter Zobl (Hrsg. HANS-CASPAR VON DER CRONE/PETER FORSTMOSER/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH), Zürich 2004, 175 ff.

BANZ OLIVER, Sicherheiten zugunsten von Aktionären (sog. Upstream Securities), in: FS für Dieter Zobl (Hrsg. HANS-CASPAR VON DER CRONE/PETER FORSTMOSER/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH), Zürich 2004, 193 ff.

BAUDAT MAURICE, L'action révocatoire du droit suisse, spécialement quant à sa nature et à ses effets, Diss. Lausanne 1911

BERZ HANS PETER, Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich 1960

BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004

BRAND ERNST, Anfechtungsklage I, SJK Nr. 742, 1942

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988

VON BÜREN ROLAND, Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, SPR VIII/6, Basel 1997

BÜRGI F. WOLFHART, in: Zürcher Kommentar zum OR, Zürich 1969

DIEM ANDREAS, Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1987

DIETSCHKE PETER, (Globale) Debitorenzessionen im Nachlassverfahren, SJZ 1997, 337 ff.

FAVRE ANTOINE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956

FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1992

GASSER DOMINIK, Kürzliche Revisionen des SchKG oder: Ein Gesetz kommt nicht zur Ruhe, ZZZ 2004, 283 ff.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 2. A., Lausanne 1988

186 DIETSCHKE, 342.

187 BUCHER AT, 545, 547; BK-ZOBL, syst. Teil N 146; STAEHELIN, 389; WEHRLI, 138; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3645; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164–174 OR N 186 ff.; AMONN/WALTHER, § 40 Rz 16; DIETSCHKE, 342; BGE 111 III 76.

188 DIETSCHKE, 342 f.; LORANDI, Geschäfte, 75 ff.

189 DIETSCHKE, 343 f.

190 Zur Frage, ob der Zessionar legitimiert ist, ein Verfahren gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG beim Nachlassrichter einzuleiten und zu den Voraussetzungen, unter welchen der Nachlassrichter seine Zustimmung erteilen wird, vgl. LORANDI, Geschäfte, 91 f., 94 ff.

191 Bericht, 38.

- GLANZMANN LUKAS, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Sanierung der AG (Hrsg. VITO ROBERTO), Zürich 2003, 19 ff.
- GAUGLER H., Die paulianische Anfechtung, Bd. I, Zürich 1944
- HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994
- HANGARTNER W., Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1929
- HÄNSELER PETER, Die Globalzession, Diss. Zürich 1991
- JAEGER CARL, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3.A., Zürich 1911
- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001
- LORANDI FRANCO, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ZZZ 2004, 73 ff.
- DERS., Die Wirkungen des Konkursaufschubs (Art. 725a OR): Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht, in: FS für Karl Spühler (Hrsg. HANS MICHAEL RIEMER/MORITZ KUHN/DOMINIK VOCK/MYRIAM A. GEHRI), Zürich 2005, 207 ff.
- OFTINGER KARL/BÄR ROLF, in: Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1981
- REBSAMEN THOMAS, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2004.
- RUBLI ARMAND P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002
- RUSCH ARNOLD F., Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004
- SCHÜPBACH HENRI-ROBERT, Droit et action révocatoires, Basel 1997
- DERS., Des trois dimensions temporelles du droit de révocations, AJP/PJA 1996, 1447
- SENN DOROTHEA, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Zürich 2001
- SPIRIG EUGEN, in: Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1993
- STAEHELIN ADRIAN, Zur Abtretung künftiger Forderungen, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, 389;
- STAEHELIN DANIEL, Die Anfechtungsklagen, BLSchK 1997, 81 ff.
- STOFFEL WALTER A., Voies d'exécution, poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, Bern 2000
- TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002
- VOLLMAR ALEXANDER, in: Basler Kommentar zum SchKG, Basel/Genf/München 1998
- WALDER HANS ULRICH, Gläubigerbegünstigung, BLSchK 1967, 1 ff.
- WATTER ROLF, in: Basler Kommentar zum OR, Art. 716–724, Basel 2002
- WEHRLI THOMAS, Die vertragliche Abtretung von Forderungen, Diss. Bern 1993
- ZOBL DIETER, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 2000, 25 ff.
- DERS., Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989), 289 ff.
- DERS., in: Berner Kommentar zum ZGB, Systematischer Teil und Art. 884–887, Bern 1982

La constitution de sûretés rencontre des limites par rapport à la pérennité et l'exécutabilité. dont notamment l'action révocatoire: Des sûretés constituées par le débiteur pour ses propres dettes sont soumises à la révocation pour cause de surendettement ou de dol. Des sûretés constituées par une tierce personne pour des dettes de tiers sont révocables sur la base de l'art. 286 LP (libéralités) ou de l'art. 288 LP (dol). Ces principes sont également valables pour des sûretés constituées entre sociétés liées. Du point de vue de la LP, il ne joue aucun rôle si ces sûretés sont qualifiées d'"up stream", "down stream" ou "cross stream". Pendant le sursis concordataire, toute constitution d'une sûreté requiert l'autorisation du juge du concordat (art. 298 al. 2 LP). En conséquence et pour autant que le juge du concordat n'ait pas donné préalablement son autorisation, cette disposition invalide toute cession générale des débiteurs pour des créances nées après le sursis concordataire; ces créances appartiennent au débiteur en sursis concordataire.

(trad. Flurin von Planta)