

Sonderdruck

Wirtschaftsrecht in Bewegung

*Festgabe zum 65. Geburtstag
von Peter Forstmoser*

Herausgegeben von
Gaudenz G. Zindel / Patrik R. Peyer / Bertrand Schott

Dieter Gessler

**Gläubigerbegünstigung durch die
Aktiengesellschaft**

**Der Tatbestand von Art. 167 StGB, seine
Unterschiede zur paulianischen Anfechtung
und seine Funktion als Haftungsnorm**

Dike Verlag AG / Schulthess Juristische Medien AG

Zürich/St. Gallen 2008

Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft

Der Tatbestand von Art. 167 StGB, seine Unterschiede zur paulianischen Anfechtung und seine Funktion als Haftungsnorm

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	401
II.	Bevorzugung eines Gläubigers nach Art. 167 StGB	402
	1. Gläubigerbevorzugung als Konkursdelikt	402
	2. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der AG	403
	a) Objektiver Tatbestand	403
	b) Subjektiver Tatbestand	404
	aa) Direkter Vorsatz und Eventualvorsatz	404
	bb) Unklare Lage bezüglich Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit	404
	cc) Verhaltensmassnahmen bei unklarer finanzieller Lage der AG	406
	3. Gläubigerbevorzugung	408
	a) Objektiver Tatbestand	408
	b) Subjektiver Tatbestand	411
III.	Unterschiede zwischen Gläubigerbegünstigung nach Art. 167 StGB und paulianischer Anfechtung	411
	1. Die Eigenheiten der paulianischen Anfechtung	411
	2. Unterschiede der Überschuldungsanfechtung zu Art. 167 StGB	412
	3. Unterschiede der Absichtsanfechtung zu Art. 167 StGB	413
	a) Objektiver Tatbestand	413
	b) Subjektiver Tatbestand	415
	c) Zusammenfassende Würdigung	416
IV.	Schadenersatz und Rückforderung	418
	1. Haftung nach Art. 41 OR wegen Verletzung von Art. 167 StGB	418
	2. Verhältnis zur paulianischen Anfechtung	419
	3. Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und strafrechtlichen Einziehung	420
	4. Konzerngesellschaften und Gläubigerbank	420

I. Einleitung

Bekanntlich verpflichtet Art. 717 Abs. 2 OR den Verwaltungsrat, die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Gemeint ist die relative Gleichbe-

handlung nach Massgabe der einem Aktionär gehörenden Aktien. Der Wortlaut stellt auch klar, dass Ungleichbehandlungen, die sich sachlich begründen lassen, zulässig sind¹. Ein solcher Gleichbehandlungsgrundsatz existiert dagegen für die Gläubiger der AG nicht². Nachfolgend geht es um die Frage, wieweit eine AG, welcher der Konkurs droht, verpflichtet ist, ihre Gläubiger gleich zu behandeln. In einer solchen Situation ergibt sich nämlich vor allem aus den Konkursdelikten (Art. 163–171^{bis} StGB) und den Bestimmungen zur paulianischen Anfechtung (Art. 285–292 SchKG) eine gewisse Gleichbehandlungspflicht der AG gegenüber ihren Gläubigern.

Ziel meiner Ausführungen ist eine praxisnahe Darstellung, die sich vor allem mit dem Tatbestand der Gläubigerbevorzugung im Sinne von Art. 167 StGB und der Deliktspauliana im Sinne von Art. 288 SchKG auseinandersetzt. Einzugehen ist auch auf die Schwierigkeit der zuverlässigen Ermittlung der Überschuldung der AG und auf die damit zusammenhängende Frage nach dem eventualvorsätzlichen Handeln ihrer Organe. Ausserdem sind die Rechtsfolgen, wozu auch die Haftung nach Art. 41 OR gehört, aufzuzeigen. Dazu kommen einige wenige Hinweise zur Stellung der Konzerngesellschaften und der Gläubigerbanken.

II. Bevorzugung eines Gläubigers nach Art. 167 StGB

1. Gläubigerbevorzugung als Konkursdelikt

«Bevorzugung eines Gläubigers» lautet das Marginale von Art. 167 StGB. Solange eine AG aber nicht in Konkurs fällt, kann der Tatbestand der Gläubigerbevorzugung nicht erfüllt sein, auch ein Versuch ist nicht möglich, da Art. 167 StGB den Konkurs der AG voraussetzt (im Sinne einer sog. objektiven Strafbarkeitsbedingung). Art. 167 StGB will damit einzig die Ungleichbehandlung der Gläubiger für den Fall, dass über die AG der Konkurs eröffnet wird, pönalisieren³. Die meisten Gläubigerbegünstigungen werden aber vor dem Konkurs begangen, häufig sogar in einem Zeitpunkt, in welchem noch unklar ist, ob über die AG überhaupt je der Konkurs eröffnet werden muss. Damit laufen die Organe einer AG, die wegen finanzieller Schwierigkeiten saniert werden muss, Gefahr, wegen Gläubigerbegünstigung bestraft zu werden, falls eine Sanierung misslingt und die AG in Konkurs fällt oder es zu einem Nachlassvertrag kommt, welcher dem Konkurs gemäss Art. 171 Abs. 1 StGB gleichgestellt wird⁴.

¹ Zu den einzelnen Erfordernissen vgl. etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, § 13 N 680 mit weiteren Hinweisen.

² Siehe dazu die Untersuchung von THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2004, N 1172 ff.

³ ALEXANDER BRUNNER, Strafgesetzbuch II: Art. 111–401 StGB, hrsg. von MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, Basel 2003, Art. 167 N 4.

⁴ REBSAMEN (FN 2), N 682 und 683.

Ist der Konkurs allerdings noch nicht absehbar, dürften vielfach schon die objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 167 StGB nicht erfüllt sein, nämlich die Zahlungsunfähigkeit der AG im Zeitpunkt der Gläubigerbegünstigung und eine Handlung, die einen Gläubiger zum Nachteil der anderen Gläubiger in ungerechtfertigter Weise⁵ benachteiligt. Erst recht dürfte beim Täter der Vorsatz fehlen.

Täter kann im Übrigen nur der Schuldner sein. Strafrechtlich zu verantworten haben sich bei der AG somit deren Organe (Art. 29 StGB). Der Gläubiger kann höchstens wegen Anstiftung oder Gehilfenschaft bestraft werden. Das blosses Annehmen eines Vorteils bleibt aber auch hier straflos⁶.

2. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der AG

a) Objektiver Tatbestand

Die AG muss im Zeitpunkt der Gläubigerbegünstigung bereits zahlungsunfähig sein. Ist sie dies erst später, ist das objektive Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllt. Eine Ausdehnung auf die Zeit kurz vor der Zahlungsunfähigkeit verträgt sich nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes «im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit»⁷. Sie läuft aber auch dem Grundsatz zuwider, dass es eine allgemeine Gleichbehandlung der Gläubiger im Aktienrecht nicht gibt⁸ und Art. 167 StGB nur die Gleichbehandlung im Konkurs fördern will⁹.

Zahlungsunfähigkeit ist grundsätzlich nicht das Gleiche wie Überschuldung. Sie besteht in einer nicht nur vorübergehenden Unfähigkeit, die fälligen Geldschulden zu begleichen¹⁰. Sie führt allerdings sehr häufig zu einer Überschuldung, wenn sie nicht durch Sofortmassnahmen behoben werden kann¹¹, und ist häufig auch eine Folge der Überschuldung¹². Zahlungsunfähigkeit wie Überschuldung können sehr rasch zum Konkurs führen, sind sie doch beide Gründe für eine Konkursöffnung ohne Betreibung¹³, was im Zusammenhang mit Art. 167 StGB das massgebende Kriterium ist. In beiden Fällen ist der Schuldner konkursreif, weshalb der Begriff der

⁵ GÜNTER STRATHENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2003, § 24 N 23 mit weiteren Hinweisen.

⁶ STRATHENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 31.

⁷ PETER ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 2. Band, Bern 1990, Art. 167 N 3.

⁸ REBSAMEN (FN 2), N 1173, 1211, 1219.

⁹ REBSAMEN (FN 2), N 648, 671.

¹⁰ ROGER GIROUD, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1986, § 5 N 66; REBSAMEN (FN 2), N 95; vgl. auch BGE 104 IV 83.

¹¹ GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 2223.

¹² BÖCKLI (FN 1), N 749. Die AG ist überschuldet, wenn die Aktiven der AG nicht mehr ausreichen, um deren Schulden zu bezahlen, vgl. BÖCKLI (FN 1), N 746.

¹³ Art. 725a OR; Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 191 und 192 SchKG.

Zahlungsunfähigkeit in Art. 167 StGB auch die Überschuldung mitumfasst¹⁴. Dabei kann in Übereinstimmung mit Art. 725 Abs. 2 OR von den Fortführungs- oder Veräusserungswerten ausgegangen werden¹⁵. In den nachfolgenden Ausführungen steht die Überschuldung im Vordergrund.

Obwohl die Überschuldung sich immer nur auf einen Stichtag bezieht, umfasst sie gleichwohl die zukünftige Entwicklung der AG, da im Rahmen der Rechnungslegung Rückstellungen und Wertkorrekturen im Hinblick auf die zukünftige Ertragsentwicklung und Risiken vorgenommen werden müssen¹⁶. Verlangt wird also eine mit vielen Unsicherheitsfaktoren behaftete Zukunftsprognose. Ähnliches gilt für die Zahlungsunfähigkeit, bei welcher die nächstens fällig werdenden Schulden ebenso zu erfassen sind¹⁷ wie die nächstens eingehenden flüssigen Mittel.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Direkter Vorsatz und Eventualvorsatz

Art. 167 StGB verlangt, dass der Schuldner im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit handelt. Die Organe der AG müssen also um die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung ihrer Gesellschaft wissen. Dabei genügt auch hier wie anderswo Eventualvorsatz (Art. 12 Abs. 2 StGB)¹⁸, nicht aber blosser Erkennbarkeit¹⁹.

Mit Eventualvorsatz handelt, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB). Dieser liegt somit vor, wenn die für die AG handelnden Personen die Möglichkeit der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung erkennen und «als kleineres Übel in Kauf nehmen», wenn sich das Ziel, das sie anstreben, auf andere Weise nicht erreichen lässt²⁰.

bb) Unklare Lage bezüglich Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit

Ist die finanzielle Lage einer AG unklar, dürfte es vielfach auch unklar sein, ob die handelnden Organe der AG die Möglichkeit einer nicht bloss momentanen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung in Betracht gezogen und in Kauf genom-

¹⁴ BRUNNER (FN 3), N 12; REBSAMEN (FN 2), N 655 f. mit weiteren Hinweisen zu abweichenden Meinungen; BGE 104 IV 84 setzt beiläufig Zahlungsunfähigkeit mit Überschuldung gleich.

¹⁵ REBSAMEN (FN 2), N 657.

¹⁶ BÖCKLI (FN 1), N 746.

¹⁷ BGE 104 IV 84.

¹⁸ GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 9 N 111-113 unter Hinweis auf die Ausnahmen «wider besseres Wissen» und «wissentlich»; STRATENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 25; ähnlich auch das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 163 StGB in BGE 74 IV 38; a.M. STEFAN TRFCHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 167 N 4 und ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 27 unter Bezugnahme auf PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983, 184.

¹⁹ REBSAMEN (FN 2), N 671.

²⁰ STRATENWERTH (FN 18), § 9 N 103, ferner N 104 ff.

men und damit eventualvorsätzlich gehandelt haben. Dies ist nachfolgend anhand von drei typisierten Fällen zu veranschaulichen, welche sich in der Praxis aber regelmässig vermischen:

1. Aus der Buchhaltung wird die finanzielle Lage nicht richtig ersichtlich, so dass man nicht weiss, ob die AG überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Gründe dazu gibt es viele, etwa weil das Rechnungswesen schlecht organisiert ist, weil die Konzernstruktur verschachtelt ist (mit schwer überblickbaren gegenseitigen Abhängigkeiten der Konzerngesellschaften) oder weil sich seit der letzten Jahresrechnung die finanzielle Lage erheblich verändert hat.
2. Aus den aktuellen Zahlen der Buchhaltung ergibt sich zwar eine vorübergehende Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, doch hofft man, diese durch angemessene Sanierungsmassnahmen baldmöglichst wieder zu beseitigen.
3. Die Buchhaltung zeigt, dass die finanzielle Lage der AG kritisch ist. Die Bewertung von gewissen Aktiven und Passiven ist aber bekanntlich selbst für Fachleute nicht immer eindeutig. Häufig besteht ein erheblicher Bewertungsspielraum²¹, so dass je nach Bewertung eine Überschuldung vorliegen kann oder auch nicht.

In diesem Zusammenhang drängt sich ein kurzer Exkurs zum grossen Bewertungsspielraum in der Rechnungslegung auf. Der Bewertungsspielraum zeigt sich besonders deutlich bei der Anwendung von Art. 669 OR, wo es um Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen geht. Dabei erweist sich insbesondere die Abgrenzung zwischen Rückstellungen, welche als Passiven die Erfolgsrechnung belasten, und Eventualverpflichtungen, welche bloss im Anhang aufgeführt werden und somit keinen direkten Einfluss auf die Bilanz und Erfolgsrechnung haben, als schwierig und ist daher für Manipulationen geeignet. Nach FER 23 (schweizerische Fachempfehlungen zur Rechnungslegung, auch als Swiss GAAP FER bezeichnet) hat eine Rückstellung unter drei Voraussetzungen zu erfolgen: Es muss eine auf einem Ereignis in der Vergangenheit beruhende, wahrscheinliche rechtliche oder faktische Verpflichtung bestehen, der Mittelabfluss muss wahrscheinlich sein und die Höhe der Verpflichtung muss schätzbar sein²². Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so ist häufig statt einer Rückstellung eine Eventualverpflichtung im Anhang aufzuführen, insbesondere wenn eine verlässliche Schätzung nicht möglich ist²³. Andererseits sind für Eventualverbindlichkeiten Rückstellungen zu bilden, sobald sie sich zu eigentli-

²¹ Siehe dazu etwa PETER LEIBFRIED, Finanzinnovationen aus Sicht der Rechnungslegung: Offene Fragen, in: Finanzmärkte, Effizienz und Sicherheit, hrsg. von BRIGITTE STREBEL-AERNI, Zürich 2007, 121 ff., 121: «Das Instrumentarium der Rechnungslegung basiert noch immer auf einer reinen Abbildung der Vergangenheit und dem verzweifelten Versuch der verlässlichen und all-gemeingültigen Bewertung einzelner Positionen».

²² STLPHIAN THIELE, Schwebende Rechtsstreitigkeiten in der Rechnungslegung von Aktiengesellschaften, SJZ 100 (2004) 277–285, 278.

²³ THIELE (FN 22), 282; BÖCKLI (FN 1), § 8 N 304–311, 494, ferner § 10 N 431 ff. bezüglich IAS 37. Wird die Eventualverpflichtung nicht aufgeführt, so kann gemäss BGE 132 IV 12 ff. der Tatbestand der Falschbeurkundung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB erfüllt sein.

chen Verlustrisiken aktualisieren²⁴. Es versteht sich von selbst, dass diese vagen Kriterien in der Praxis zu verschiedenen Beurteilungen auch unter Fachleuten führen müssen. Besonders Mühe bereitet der Rechnungslegung zudem die Erfassung und Bewertung moderner Finanzinnovationen²⁵.

In all diesen drei Fällen dürften zumindest einige der nach Art. 29 StGB strafrechtlich verantwortlichen Personen der AG die Möglichkeit der Überschuldung im Sinne des Eventualvorsatzes erkennen. Es fragt sich daher, ob sie den Eintritt dieser Möglichkeit auch in Kauf nehmen. Diese Frage ist bei einem Pessimisten eher zu bejahen, bei einem Optimisten dagegen eher zu verneinen²⁶. Da es sich diesbezüglich jedoch um innere Vorgänge handelt, die selten direkt bewiesen werden können, kommt auch hier der bundesgerichtlichen Beweiswürdigungsregel eine erhöhte Bedeutung zu, wonach der Richter auf das Einverständnis mit der Tatbestandsverwirklichung schliessen darf, «wenn sich dem Täter der Erfolg seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann»²⁷.

cc) Verhaltensmassnahmen bei unklarer finanzieller Lage der AG

Die Verhaltensmassnahmen ergeben sich aus den aktienrechtlichen Pflichten des Verwaltungsrates und der von ihm eingesetzten Geschäftsleitung. Dabei spielen die Art. 725 und 725a OR eine zentrale Rolle. Folgende Hinweise drängen sich gerade auch im Zusammenhang mit der Frage auf, ob die Organe einer AG im Sinne des Eventualvorsatzes die mögliche Überschuldung in Betracht ziehen und in Kauf nehmen:

Ist unklar, ob eine Überschuldung vorliegt, so besteht meistens eine begründete Besorgnis einer Überschuldung, welche das Erstellen einer Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 OR notwendig macht, wobei in dringenden Fällen es auch genügen muss, dass eine summarische Zwischenbilanz erstellt und von der Revisionsstelle möglichst rasch geprüft wird²⁸. Wer dies unterlässt, der dürfte in aller Regel, das Risiko einer Überschuldung in Kauf nehmen und damit eventualvorsätzlich handeln. Indizien für das Entstehen einer Überschuldung sind häufig auch das Entstehenmüssen für Eventualverbindlichkeiten²⁹. Gegebenenfalls sind Fachleute beizuziehen³⁰.

²⁴ MARKUS NEUHAUS/BRUNO SCHÖNBÄCHLER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II: Art. 530–1186 OR, hrsg. von HEINRICH HONSELI/NEDIM PETER VOGI/ROLF WALTER, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 669 N 14; BÖCKLI (FN 1), § 8 N 311, in diesem Sinne auch BGE 104 IV 83.

²⁵ Dazu etwa LEIBFRIED (FN 21), 121 ff.

²⁶ STRATENWERTH (FN 18), § 9 N 104; BGE 69 IV 80; 96 IV 101; 130 IV 61.

²⁷ BGE 109 IV 140; 130 IV 62.

²⁸ KRNETA (FN 11), N 2208.

²⁹ KRNETA (FN 11), N 2184, 2205.

³⁰ KRNETA (FN 11), N 1488, 2207.

Der Verwaltungsrat darf aber auch auf die Geschäftsleitung vertrauen – sofern er die nötige kritische Distanz behält³¹.

Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Verwaltungsrat zudem berechtigt, statt den Richter wegen der Gefahr einer Überschuldung anzurufen, sofort zu sanieren. Jedenfalls handelt die Verwaltung nicht schuldhaft, wenn sie in «einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden kann»³². Gelingt es, zeitgerecht Sanierungsmassnahmen zu treffen, welche realistischerweise geeignet sind, eine nachhaltige Gesundung des Unternehmens herbeizuführen³³, dürfte das Element des «In-Kauf-Nehmens» und damit auch der Eventualvorsatz in der Regel entfallen; nur bei ausgesprochen gleichgültigen Tätern könnte der Vorsatz bejaht werden³⁴. Für eine nachhaltige Sanierung sind fast immer Sofortmassnahmen zur Bekämpfung des Liquiditätsmangels wie auch die Zuführung neuer finanzieller Mittel nötig³⁵. Zu beachten ist, dass ein realistischer Sanierungsversuch auch im Interesse der Gläubiger liegt³⁶, selbst wenn er nicht gelingt³⁷. Gleichzeitig besteht jedoch die Gefahr, dass durch eine misslungene Sanierung die Schulden weiter steigen und sich die Situation der bisherigen Gläubiger fortan verschlechtert³⁸. Damit wächst auch das Risiko der Begehung eines Konkursdelikts³⁹.

Führen bei zwei aus der Sicht der Rechnungslegung vertretbaren Bewertungen nur eine zu einer Überschuldung und wählt man die andere, welche auch von der Revisionsstelle vorbehaltlos anerkannt wird, dürfen die Organe der AG davon ausgehen, dass keine Überschuldung vorliegt. Der AG fehlt damit eine für die Begehung der Gläubigerbevorzugung vorausgesetzte Eigenschaft, weshalb auch ein Versuch selbst dann ausgeschlossen sein dürfte, wenn die handelnden Personen die Möglichkeit des Bestehens einer Überschuldung weiterhin in Betracht ziehen und auch in Kauf nehmen⁴⁰. Anders dürfte zu entscheiden sein, wenn sich nachträglich zeigen sollte, dass eine Überschuldung tatsächlich vorgelegen hat und dass unter den konkreten Umständen auch die Organe der AG damit rechneten, dass der anderslautende Bericht der Revisionsstelle möglicherweise nicht zutreffen würde.

³¹ KRNETA (FN 11), N 1810.

³² BGE 116 II 533 ff., 541, PETER FORSTMOSER zitierend; PETER FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager?, in: Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 263 ff., 286; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 777.

³³ KRNETA (FN 11), N 2172, 2187.

³⁴ STRATENWERTH (FN 18), § 9 N 105.

³⁵ KRNETA (FN 11), N 2173, 2193 und 2223; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 759.

³⁶ KRNETA (FN 11), N 2216.

³⁷ KRNETA (FN 11), N 2213a und N 2216.

³⁸ KRNETA (FN 11), N 2213a.

³⁹ BÖCKLI (FN 1), § 13 N 762 unter Hinweis auf Art. 164 StGB.

⁴⁰ In diesem Sinne etwa STRATENWERTH (FN 18), § 12 N 47 ff., N 49, der indessen seine eigenen Ausführungen in N 51 wieder relativiert und festhält, dass die Abgrenzung zwischen strafbarem – auch untauglichem – Versuch und straflosem Putativ- oder Wahndelikt schwierig bleibt und jedenfalls nicht hinreichend geklärt ist; zur Abgrenzung siehe auch ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I Verbrechenlehre, 8. Aufl., Zürich 2006, 144 f. und BGE 120 IV 206.

3. Gläubigerbevorzugung

a) Objektiver Tatbestand

Art. 167 StGB verlangt Handlungen des Schuldners, die darauf abzielen, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Eine tatsächliche oder endgültige Schädigung wird nicht verlangt. Diese Handlungen werden durch drei Beispiele konkretisiert, welche zugleich den Bereich der verpönten Handlungen erheblich einschränken und darauf hinweisen, dass nur die ungerechtfertigte Bevorzugung, insbesondere die inkongruente Deckung, strafbar ist⁴¹. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt immer dann vor, wenn infolge der einen Gläubiger begünstigenden Handlung die anderen eine geringere Konkursdividende erhalten als sie erhalten hätten, wenn diese Handlung unterblieben wäre; jedoch genügt auch schon, dass der Zugriff auf einen Vermögensbestandteil der AG erschwert wird⁴².

Im Geschäftsalltag einer AG mit finanziellen Schwierigkeiten interessiert, welche Schuldentilgungen und Sicherheitsleistungen noch erlaubt und welche strafbar sind. Mit den nachfolgenden Ausführungen soll versucht werden, dazu ein paar Leitlinien aufzustellen.

Klar erscheint vor allem das in Art. 167 StGB an dritter Stelle genannte Beispiel einer unerlaubten Gläubigerbegünstigung durch Sicherstellung einer Schuld aus eigenen Mitteln, obwohl der Schuldner dazu nicht verpflichtet ist.

Die beiden anderen ausdrücklich erwähnten Beispiele der Bezahlung einer nicht verfallenen Schuld oder einer verfallenen Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel lassen ohne weiteres den Umkehrschluss zu, dass das Bezahlen einer fälligen Schuld durch übliche Zahlungsmittel nicht strafbar ist, auch wenn dadurch ein Gläubiger offensichtlich bevorzugt und die anderen Gläubiger benachteiligt werden⁴³. Andernfalls wäre es einer überschuldeten AG überhaupt nicht mehr möglich, fällige Schulden zu bezahlen, wodurch eine Sanierung zweifellos erheblich erschwert oder sogar verunmöglicht würde. Allerdings wird die durch die Tilgung von fälligen Schulden (etwa Darlehen) durch übliche Zahlungsmittel hervorgerufene Benachteiligung der anderen Gläubiger im Rahmen von Art. 288 SchKG als anfechtbare Rechtshandlung angesehen⁴⁴.

Erfolgt eine Zahlung bloss einige Tage vor der Fälligkeit und tritt diese noch vor der Konkurseröffnung ein, so dürfte jedenfalls dann zweifelhaft sein, ob eine Gläubi-

⁴¹ STRATENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 23; ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 10. Zur kongruenten Deckung nachfolgend bei FN 50.

⁴² BGE 93 IV 17 ff.; REBSAMEN (FN 2), N 250-253, 661, 685; in diesem Sinne auch STRATENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 24 und ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 26.

⁴³ BGE 117 IV 25; STRATENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 23; BRUNNER (FN 3), Art. 167 N 16 und 19; relativierend ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 12; Frage offen gelassen in BGE 131 IV 55 E. 1.4.

⁴⁴ ADRIAN STAHELIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. von ADRIAN STAHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAHELIN, Basel/Genf/München 1998, Art. 288 N 9 und 13; REBSAMEN (FN 2), N 507; ZR 104 (2005) Nr. 78, dazu nachfolgend Ziff. III.3.a.

gerbenachteiligung oder eine entsprechende Absicht des Schuldners⁴⁵ im Sinne von Art. 167 StGB vorliegt, wenn der Schuldner diese Zahlung ohnehin im Zeitpunkt der Fälligkeit geleistet hätte⁴⁶. Bereits nach Art. 219 SchKG privilegierte Forderungen können grundsätzlich auch durch vorzeitige Zahlung nicht zu einer Gläubigerbegünstigung führen, es sei denn, der Gläubiger wäre ohne diese vorzeitige Zahlung im Konkurs nicht vollständig befriedigt worden⁴⁷. Im Übrigen ist der Gläubiger berechtigt, die Fälligkeit der Forderung durch Kündigung herbeizuführen, sofern sich ein solches Kündigungsrecht aus Vertrag oder Gesetz ergibt. Eine negative Bonitätsentwicklung des Schuldners gilt aber nicht von Gesetzes wegen als wichtiger Grund zur vorzeitigen Kündigung⁴⁸. Eine strafbare Gläubigerbegünstigung wäre die nachträgliche Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, die Fälligkeit einer bestehenden Schuld früher eintreten zu lassen. Eine Gläubigerbevorzugung liegt auch vor, wenn ein Schuldner eine fällige Schuld dadurch tilgt, dass er einem Gläubiger Ware unter dem tatsächlichen Wert verkauft⁴⁹.

Fraglich bleibt, wieweit die sog. kongruente Deckung, das heisst die Deckung von Schulden, auf welche der Gläubiger aufgrund der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung durch den Schuldner Anspruch hat, als verpönte Gläubigerbegünstigung angesehen werden kann⁵⁰. Da Art. 167 StGB als Beispiel einer Gläubigerbevorzugung die Bezahlung von fälligen Schulden anders als durch übliche Zahlungsmittel erwähnt, kann auch ausnahmsweise eine kongruente Deckung strafbar sein⁵¹.

Ist die AG in finanziellen Schwierigkeiten und erfahren davon ihre Geschäftspartner, sind diese meistens nur noch zu Verträgen bereit, die eine Vorauszahlung der AG oder eine Leistungserbringung Zug um Zug im Sinne von Art. 82 OR vorsehen. In solchen Fällen kommt die Gleichbehandlung der Gläubiger, wie sie das Konkursrecht vorschreibt, gar nicht zum Tragen, da der Vertragspartner eben keine Leistung erbringt, bevor er nicht die Gegenleistung der AG erhalten hat. Er wird damit gar nie Gläubiger im Sinne des Konkursrechts⁵² bzw. er kann mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR, welche auch im Falle eines Konkurses bestehen

⁴⁵ Dazu nachfolgend unter Ziff. 3.b.

⁴⁶ ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 18 und STRATENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 20.

⁴⁷ ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 6; siehe dazu auch nachfolgend bei FN 83.

⁴⁸ HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Zürich 2006, 262 f.

⁴⁹ BGE 75 IV 111; gemäss BRUNNER (FN 3) soll in einem solchen Fall ausschliesslich Art. 164 StGB anwendbar sein, da es sich um eine Teilschenkung handle, vgl. Art. 167 N 24. Siehe auch nachfolgend bei FN 60.

⁵⁰ In engen Grenzen befürwortend ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 12 und BGE 117 IV 26; REBSAMEN (FN 2), N 673–678; ablehnend STRATENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 21 und 23.

⁵¹ BGE 117 IV 26 f., Zahlung durch Verkauf der Büroeinrichtung; siehe ferner BGE 104 IV 80 ff.; BJM 1998 216, zitiert bei REBSAMEN (FN 2), N 676; in diesem Sinne wohl auch BGE 131 IV 55 E. 1.4.

⁵² Vgl. REBSAMEN (FN 2), N 19, 274, 574 und 584.

bleibt⁵³, verhindern, dass er tatsächlich zum Gläubiger der AG wird. Zudem ist durch den Abschluss solcher Verträge eine Benachteiligung der bisherigen Gläubiger in der Regel schon deshalb ausgeschlossen, weil die AG eine angemessene Gegenleistung (Sach- oder Dienstleistung) erhält⁵⁴. Leistung Zug um Zug bedeutet zwar, dass beide Vertragsparteien ihre Leistungen gleichzeitig zu erbringen haben; auch die Einräumung einer kurzen Zahlungsfrist ändert aber an der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches nichts. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob einer Partei Kredit gewährt werden soll⁵⁵. Dazu kommt, dass die AG mit ihrer Zahlung in solchen Fällen eine fällige Leistung erbringt, was nach Art. 167 StGB grundsätzlich nicht strafbar ist.

Ähnlich ist auch die Situation, wenn die AG einen Vorschuss im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Dienstleistungen leistet. Auch dadurch entsteht keine Gläubigerbenachteiligung⁵⁶. Dadurch wird vorerst einmal der Dienstleister selbst zum Schuldner. Erst wenn er gewisse Dienstleistungen erbracht hat, ist er auch Gläubiger der AG und darf dann seine Forderung mit dem Vorschuss verrechnen (Art. 120 OR). Eine solche Verrechnung ist gemäss Art. 123 OR in Verbindung mit Art. 213 und 214 SchKG selbst im Konkurs noch zulässig; sie kann daher nicht zu einer gesetzlich verbotenen Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung führen⁵⁷. Ebenso wenig kann die Zahlung fälliger Honorarforderungen von Anwälten, Beratern und Revisionsstellen durch die AG den Tatbestand von Art. 167 StGB erfüllen. Eine solche Zahlung bleibt allerdings nach Art. 288 SchKG anfechtbar⁵⁸.

Erbringt eine AG im Rahmen solcher zweiseitigen Verträge übersetzte oder zusätzliche freiwillige Leistungen, so kann darin eine Gläubigerbegünstigung gemäss Art. 167 StGB gesehen werden⁵⁹. Eher dürfte allerdings eine Gläubigerschädigung im Sinne von Art. 164 StGB anzunehmen sein⁶⁰. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erklärt nämlich unter anderem ausdrücklich für strafbar, wenn der Schuldner Vermögenswerte gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert. Massstab dürfte der nicht immer leicht festzustellende Marktwert sein, und zwar auch im Bereich von Arbeits- und Dienstleistungen⁶¹.

⁵³ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 42 N 2.

⁵⁴ REBSAMEN (FN 2), N 271–273, 572.

⁵⁵ ROLF H. WEBER, Kommentar zu Art. 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 82 N 135 und 139; BGE 122 III 46; ähnlich auch REBSAMEN (FN 2), N 576–582 im Zusammenhang mit Art. 288 SchKG.

⁵⁶ REBSAMEN (FN 2), N 274 und 275.

⁵⁷ Auch nicht im Sinne von Art. 288 SchKG, vgl. STAHELIN (FN 44), Art. 288 N 8.

⁵⁸ REBSAMEN (FN 2), N 574 und FN 1004, N 584; ZR 104 (2005) Nr. 78. Dazu nachfolgend Ziff. III.3.a.

⁵⁹ BGE 75 IV 111.

⁶⁰ BRUNNER (FN 3), Art. 167 N 24; BGE 131 IV 54.

⁶¹ BGE 75 IV 107, 111 im Zusammenhang mit dem Verkauf von Heu; Pra 2000 Nr. 50 bezüglich der Entlohnung eines Geschäftsführers einer AG; ferner DANIEL DAENIKER/ALEXANDER NIKITINE, Golden Hand-shakes, Golden Parachutes und ähnliche Vereinbarungen bei M&A-Transaktionen, in: Mergers & Acquisitions IX, Zürich 2007, 107 ff., 113, wonach auf markt- und leistungsgerech-

b) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand erfordert die Absicht der für die AG handelnden Personen, einzelne Gläubiger zum Nachteil der anderen zu bevorzugen. Dabei reicht auch hier Eventualvorsatz aus⁶². Da der Täter gleichzeitig immer auch im Bewusstsein der Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit der AG handeln muss, dürfte der Nachweis, dass er zumindest an die Möglichkeit einer Gläubigerbegünstigung gedacht und diese auch in Kauf genommen hat, nicht allzu schwer sein⁶³.

III. Unterschiede zwischen Gläubigerbegünstigung nach Art. 167 StGB und paulianischer Anfechtung

1. Die Eigenheiten der paulianischen Anfechtung

Mit der paulianischen Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG soll im Fall eines Konkurses der AG die Konkursverwaltung die Möglichkeit erhalten, entäusserte Vermögenswerte wieder der Konkursmasse zuzuführen und so mehr Vermögenswerte zur Befriedigung der Gläubiger bereitzustellen⁶⁴. Sie dient also dem Gläubigerschutz und will ähnlich wie Art. 167 und 164 StGB eine Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung verhindern, wie sich unzweideutig aus dem Gesetzestext der drei Arten von anfechtbaren Rechtshandlungen (Art. 286–288 SchKG) ergibt. Entsprechend richtet sich die Klage der Konkursverwaltung primär gegen den durch die anfechtbaren Rechtshandlungen begünstigten Gläubiger (Art. 290 SchKG), welcher die erhaltenen Vermögenswerte wenn möglich in natura zurückgeben oder sonst den erhaltenen Wert vergüten muss, seinerseits aber auch die dafür erbrachte Gegenleistung von der AG zurückfordern darf (Art. 291 SchKG). Dagegen werden die für die AG handelnden Personen anders als im Rahmen von Art. 167 StGB nicht zur Rechenschaft gezogen.

Dabei erfassen vor allem die Tatbestände der Deliktspauliana (Art. 288 SchKG) und der Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG) Sachverhalte, die weitgehend auch in den Anwendungsbereich von Art. 167 StGB fallen, während unter die Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG) eher Sachverhalte fallen, die auch von Art. 164 StGB abgedeckt werden⁶⁵.

te Abgangsentschädigungen zu achten ist; ebenso BRUNNER (FN 3), Art. 164 N 13, bezüglich übermässiger Boni.

⁶² STRATENWERTH/JENNY (FN 5), § 24 N 26 unter Hinweis auf BGE 74 IV 47 und 104 IV 82.

⁶³ Vgl. auch BGE 74 IV 38 ff., 40 im Zusammenhang mit der Gläubigerschädigung im Sinne von Art. 163 StGB.

⁶⁴ AMONN/WALTHER (FN 53), § 52 N 1 f.

⁶⁵ ALBRECHT (FN 7), Art. 167 N 10 und 12; JÖRG REIBERG/ANDREAS DONATSCH/ NIKLAUS SCHMID, Delikte gegen den Einzelnen, 8. Aufl., Zürich 2003, 309; BRUNNER (FN 3), Art. 164 N 1 und 17 f., Art. 167 N 1, 23 f.

Zu beachten ist, dass die paulianische Anfechtung bloss betreibungsrechtlich wirkt und daher die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht beseitigt, obwohl sie dessen Abwicklung möglicherweise rückgängig macht⁶⁶. Entsprechend begründen die paulianischen Tatbestände auch keine zivilrechtlichen Pflichten der AG, gewisse Handlungen zu unterlassen⁶⁷. 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. Dies hat allerdings das Bundesgericht im bekannten Fall der Raichle AG⁶⁸ getan und dabei jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers als Pflichtverletzung dargestellt⁶⁹. Im Zusammenhang mit Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB hat es dann aber im gleichen Fall ein paar Jahre später eine Pflichtverletzung verneint, da durch die Bezahlung einer fälligen Darlehensschuld eine Verminderung des Vermögens nicht eingetreten ist⁷⁰.

Nachfolgend sind einige wichtige Unterschiede zwischen dem Tatbestand von Art. 167 StGB und denjenigen von Art. 287 und 288 SchKG darzustellen. Auf einen Unterschied ist bereits vorab hinzuweisen: Art. 167 StGB ist anwendbar auf alle Fälle von Nachlassverträgen, während die paulianische Anfechtung gemäss Art. 331 SchKG nur beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gilt⁷¹.

2. Unterschiede der Überschuldungsanfechtung zu Art. 167 StGB

Art. 287 SchKG erklärt die gleichen drei Tatbestände für anfechtbar, welche in Art. 167 StGB als typische Beispiele einer unzulässigen Gläubigerbegünstigung erwähnt werden.

Der Schuldner muss im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung überschuldet sein; Zahlungsunfähigkeit genügt dagegen nicht⁷². Demgegenüber wird bei Art. 167 StGB Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorausgesetzt. Dagegen ist gleichgültig, ob der Schuldner die Überschuldung kannte oder hätte kennen müssen⁷³, während Art. 167 StGB in diesem Punkt Eventualvorsatz verlangt.

Dafür muss der begünstigte Gläubiger die Überschuldung gekannt haben oder zumindest fahrlässig nicht gekannt haben (Art. 287 Abs. 2 SchKG), während nach Art. 167 StGB der Wissensstand des Gläubigers keine Rolle spielt, solange er nicht als

⁶⁶ AMONN/WALTHER (FN 53), § 52 N 2; STAEHELIN (FN 44), Art. 285 N 8 f.; REBSAMEN (FN 2), N 336 ff., 340.

⁶⁷ REBSAMEN (FN 2), N 297 und N 336 ff.

⁶⁸ BGer Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 4b aa und cc.

⁶⁹ Vgl. dazu auch REBSAMEN (FN 2), N 732–762, welcher diesen Entscheid allerdings befürwortet.

⁷⁰ BGE 131 IV 49 ff. Allerdings könnte laut Bundesgericht (E. 1.4.) der Tatbestand von Art. 167 StGB erfüllt sein; siehe dazu vorn bei FN 51.

⁷¹ REBSAMEN (FN 2), N 357–359.

⁷² STAEHELIN (FN 44), Art. 287 N 17.

⁷³ STAEHELIN (FN 44), Art. 287 N 18.

Gehilfe oder Anstifter des Schuldners anzusehen ist. Ein solches fahrlässiges Verhalten des Gläubigers dürfte bald einmal anzunehmen sein, sobald Anzeichen über grössere finanzielle Schwierigkeiten an die Öffentlichkeit gekommen oder direkt dem Gläubiger zugetragen worden sind⁷⁴.

Anfechtbar sind alle Rechtshandlungen (Verfügungen), die der Schuldner innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung begangen hat. Diese Frist verlängert sich allerdings um die Dauer eines vorausgegangenen Nachlassverfahrens, Konkursaufschubes und der zum Konkurs führenden Betreuung (Art. 288a SchKG). Im Falle eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung tritt die Bewilligung der Nachlassstundung an die Stelle der Konkurseröffnung (Art. 331 Abs. 2 SchKG); die zweijährige Klagefrist nach Art. 292 SchKG beginnt aber gemäss ZR 106 (2007) Nr. 22 S. 99 erst mit der Bestätigung des Nachlassvertrages zu laufen. Art 167 StGB kennt eine solche zeitliche Grenze nicht.

3. Unterschiede der Absichtsanfechtung zu Art. 167 StGB

a) Objektiver Tatbestand

Der Tatbestand der Deliktspauliana im Sinne von Art. 288 SchKG ist objektiv erfüllt, sobald die AG eine Handlung vornimmt, die ihre Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigt, die Handlung also zu einer geringeren Konkursdividende oder zu einem erschwerten Vermögenszugriff führt⁷⁵. Diesbezüglich besteht kaum ein Unterschied zu Art. 167 StGB⁷⁶. Anfechtbar sind somit alle Fälle der inkongruenten Deckung – wie bei der Überschuldungspauliana und bei Art. 167 StGB⁷⁷.

Im Gegensatz zu Art. 167 StGB verlangt Art. 288 SchKG nicht, dass die AG bei der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung bereits zu Fortsetzungs- oder Liquidationswerten überschuldet oder zahlungsunfähig ist⁷⁸. Allerdings dürfte das subjektive Kriterium der Absicht der Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung nur bei einem bevorstehenden Vermögenszusammenbruch nachzuweisen sein⁷⁹. Vorstehend wurde bereits auf drei solche typische Situationen hingewiesen⁸⁰.

Als einziger paulianischer Anfechtungstatbestand ermöglicht Art. 288 SchKG aber auch die Anfechtung der kongruenten Deckung. Angefochten werden können also Handlungen der AG, welche diese in Erfüllung ihrer Schuldpflicht vorgenommen

⁷⁴ Siehe dazu auch die vorstehenden Ausführungen unter Ziff. II.2.b. zum Eventualvorsatz bei unklarer Lage über die finanzielle Lage der AG.

⁷⁵ BGer Urteil 4C.262/2002 vom 19.5.2004, E. 4.1.

⁷⁶ Vgl. vorn unter Ziff. II.3.a.

⁷⁷ Siehe dazu vorn bei FN 41 und Ziff. III.2.; REBSAMEN (FN 2), N 455 ff., 501, 506, 667.

⁷⁸ REBSAMEN (FN 2), N 499 mit weiteren Hinweisen.

⁷⁹ BGE 89 III 19; HANS FRITZSCHE/HANS-ULRICH WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band II, 3. Aufl., Zürich 1993, § 66 N 21; REBSAMEN (FN 2), N 555.

⁸⁰ Siehe unter Ziff. II.2.b.bb.

hat, so vor allem die Bezahlung fälliger Schulden der AG⁸¹. Selbst die Rückzahlung von Sanierungsdarlehen, aber auch etwa eine Eigentumsübertragung oder Pfandbestellung, zu welcher sich die AG früher vertraglich verpflichtet hat, fallen darunter⁸². Nur die Bezahlung der nach Art. 219 SchKG privilegierten Forderungen ist nicht anfechtbar, sofern spätestens im Konkurs sämtliche Gläubiger der gleichen privilegierten Klasse befriedigt werden können⁸³. Folgerichtig kann auch die Bezahlung der offenen Rechnung der Revisionsstelle der AG erfolgreich angefochten werden⁸⁴. Nach Art. 167 StGB kann dagegen eine kongruente Deckung nur in seltenen Ausnahmefällen strafbar sein⁸⁵.

Unter Art. 288 SchKG wie unter Art. 167 StGB bleiben die Vorauszahlung und die Leistungserbringung Zug um Zug zulässig, sofern die Gegenleistung gleichwertig ist⁸⁶. Eine Anfechtung ist nur dann ausnahmsweise möglich, wenn die der AG als Schuldnerin zukommende Gegenleistung in einer für die Gläubiger nachteiligen Weise verwendet wird und die AG dies schon bei Vertragsabschluss bezweckte, was für den Vertragspartner erkennbar sein musste⁸⁷. Solche Fälle können aber möglicherweise auch nach Art. 167 StGB strafbar sein⁸⁸.

Auch Vorschüsse mit anschließender Verrechnung durch die Gegenpartei für die nach der Vorschussleistung erbrachten Sach- und Dienstleistungen fallen nicht unter Art. 288 SchKG; werden sie dagegen zur Bezahlung von alten Forderungen verwendet, handelt es sich um eine anfechtbare Zahlung von fälligen Forderungen⁸⁹.

Sofern die AG übersetzte Preise bezahlt, Aktiven zu günstig veräussert oder freiwillige Leistungen erbringt, sind diese anfechtbar nach Art. 286 und 288 SchKG⁹⁰ wie auch strafbar nach Art. 164 oder 167 StGB, handelt es sich doch dabei um gemischte oder reine Schenkungen.

Anfechtbar sind schliesslich nur solche Rechtshandlungen, die der Schuldner innerhalb von fünf Jahren vor der Konkurseröffnung bzw. Bewilligung der Nachlassstundung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 331 Abs. 2 SchKG)⁹¹ begangen hat.

⁸¹ Siehe vorn bei FN 43 und 50.

⁸² STAEHELIN (FN 44), Art. 288 N 9; REBSAMEN (FN 2), N 507 f., 583.

⁸³ Vorn bei FN 47; STAEHELIN (FN 44), Art. 288 N 9; REBSAMEN (FN 2), N 282; als Nachteil bleibt der Zinsverlust.

⁸⁴ ZR 104 (2005) Nr. 78; dazu schon vorn bei FN 44 und 58.

⁸⁵ Vorn bei FN 51.

⁸⁶ Dazu vorn bei FN 49 und FN 52; REBSAMEN (FN 2), N 559 ff.

⁸⁷ STAEHELIN (FN 44), Art. 288 N 12 und REBSAMEN (FN 2), N 596 ff.

⁸⁸ Vorn bei FN 51.

⁸⁹ Dazu vorn bei FN 56–58 und REBSAMEN (FN 2), N 274 f.

⁹⁰ STAEHELIN (FN 44), Art. 286 N 4, 15 f; Art. 288 N 5.

⁹¹ Zur Klagefrist nach Art. 292 SchKG siehe vorn unter Ziff. III.2. am Ende.

b) Subjektiver Tatbestand

Art. 288 SchKG verlangt, dass die AG Rechtshandlungen «in einer dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen». Entgegen anderen Tendenzen in der Lehre genügt blosser Fahrlässigkeit des Schuldners nicht, wenn der Gesetzgeber von Absicht spricht, dagegen wird damit auch der Eventualvorsatz erfasst⁹². Da die Definition des Eventualvorsatzes mit derjenigen im Strafrecht grundsätzlich übereinstimmt, kann diesbezüglich auf die entsprechenden Ausführungen zu Art. 167 StGB verwiesen werden⁹³. Jedoch ist der Zivilrichter auch im Bereich der paulianischen Anfechtung gemäss Art. 53 OR nicht an die Beurteilung durch den Strafrichter gebunden⁹⁴. Zudem kann aus prozessualen Gründen der für den Richter massgebende Sachverhalt im Zivil- und Strafprozess sehr verschieden ausfallen. Davon abgesehen hat die im Strafrecht erwähnte Beweiswürdigungsregel, wonach der Richter auf das Einverständnis mit der Tatbestandsverwirklichung schliessen darf, «wenn sich dem Täter der Erfolg seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann»⁹⁵, auch im Bereich von Art. 288 SchKG ihre Berechtigung, ist sie doch nichts anderes als Ausdruck der richterlichen Lebenserfahrung. In diesem Sinne hält das Bundesgericht fest: «Soweit keine Äusserungen des Schuldners selbst vorhanden sind, muss aufgrund äusserer Sachumstände über die Frage des Eventualvorsatzes entschieden werden. Drängt sich bei objektiver Beurteilung für den Schuldner der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge des Handelns auf, ist dies ein gewichtiges Indiz für seinen Eventualvorsatz»⁹⁶. Gerade wenn unklar ist, ob die AG überschuldet ist⁹⁷, muss mit der Möglichkeit ihres finanziellen Zusammenbruchs gerechnet werden. Zahlt die AG in einer solchen Situation fällige oder auch nicht fällige Forderungen von einzelnen Gläubigern, nimmt sie eben eine Gläubigerbegünstigung in Kauf⁹⁸, es sei denn, sie durfte in guten Treuen von einer erfolgreichen Sanierung ausgehen⁹⁹. Zahlt die AG von mehreren fälligen Schulden beispielsweise nur die For-

⁹² BGer Urteil 4C.262/2002 vom 19.5.2000, E. 4.5.1; bezüglich Art. 288 SchKG ZR 106 (2007) Nr. 22 S. 99 f.; kritisch REBSAMEN (FN 2), N 511 ff.

⁹³ Vgl. Ziff. II.2.b.aa und Ziff. II.3.b.

⁹⁴ Vgl. etwa ROLAND BREHM, Kommentar zu Art. 41–61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 53 N 3 ff., N 11 und 12; Art. 53 OR ist Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, jedoch kann das kantonale Prozessrecht einschränkende Bestimmungen für diejenigen Bereiche vorsehen, die Art. 53 OR nicht explizit regelt.

⁹⁵ BGE 109 IV 140; 130 IV 62.

⁹⁶ BGer Urteil 4C.262/2002 vom 19.5.2004, E. 5.1; ebenso ZR 106 (2007) Nr. 22, 100.

⁹⁷ Siehe dazu vorn Ziff. II.2.b.bb.

⁹⁸ BGer Urteil 5C.29/2000 vom 19.9.2000, E. 3, Fall Raichle AG.

⁹⁹ Siehe vorn unter Ziff. II.2.b.cc.

derung desjenigen Gläubigers, der sie am meisten bedrängt, dürfte Eventualvorsatz vorliegen¹⁰⁰.

Neben dem vorsätzlichen Handeln des Schuldners verlangt Art. 288 SchKG, dass die Absicht der Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung für den Begünstigten – meistens ein Gläubiger der AG – erkennbar ist. Verlangt wird somit zumindest ein fahrlässiges Nichterkennen der Gläubigerbenachteiligungsabsicht¹⁰¹. Dabei geht es hier wiederum um die Frage, ob der Begünstigte den finanziellen Zusammenbruch des Schuldners hätte voraussehen können. Trifft dies zu, so dürfte für den Begünstigten auch erkennbar sein, dass der Schuldner mit der Zahlung an ihn zumindest im Sinne des Eventualvorsatzes eine Gläubigerbenachteiligung in Kauf nimmt¹⁰². Im normalen Geschäftsverkehr braucht sich der Begünstigte allerdings nicht näher um die finanzielle Situation des zahlenden Schuldners zu kümmern. Anders sind jedoch die Verhältnisse bei eigentlichen Darlehensverträgen, insbesondere bei Kreditverträgen der Banken, wo sich die Bank im Rahmen der Kreditüberwachung häufig schon vertraglich das Recht ausbedingt, jederzeit die massgeblichen Zahlen aus dem Rechnungswesen erfahren zu dürfen. Hier dürfte die Erkennbarkeit der Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich gegeben sein, es sei denn, der begünstigte Gläubiger habe aufgrund der realistischen Sanierungsbemühungen der AG ernsthaft damit rechnen dürfen, dass der finanzielle Zusammenbruch der AG verhindert werden könne¹⁰³.

Es bleibt anzumerken, dass im Gegensatz dazu nach Art. 167 StGB eine Gläubigerbevorzugung durch den Schuldner unabhängig davon vorliegen kann, ob der Gläubiger diese erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Der Gläubiger wird auch nicht bestraft, sofern er nicht als Gehilfe oder Anstifter des Schuldners aufgetreten ist¹⁰⁴.

c) Zusammenfassende Würdigung

Sowohl bei Art. 288 SchKG als auch bei Art. 167 StGB geht es um die Erfassung der Gläubigerbevorzugung und -benachteiligung vor dem Konkurs der AG (oder vor dem Zustandekommen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung), sofern der Konkurs der AG (oder der Nachlassvertrag) nachher auch tatsächlich eintritt. Art. 288 SchKG hat jedoch einen erheblich grösseren Anwendungsbereich als Art. 167 StGB. Vor allem erlaubt Art. 288 SchKG, die Bezahlung von fälligen Forderungen durch die

¹⁰⁰ A. M. STAFFELIN (FN 44), Art. 288 N 16, welcher bei der Zahlung von fälligen Forderungen trotz Überschuldung eine Schädigungsabsicht nicht vermutet, dabei aber möglicherweise den Eventualvorsatz zu wenig miteinbezieht.

¹⁰¹ REBSAMEN (FN 2), N 538 ff.; ZR 106 (2007) Nr. 22, 100; STAFFELIN (FN 44), Art. 288 N 18 ff.

¹⁰² STAFFELIN (FN 44), Art. 288 N 22; REBSAMEN (FN 2), N 540.

¹⁰³ In diesem Sinne das Handelsgericht Zürich in ZR 106 (2007) Nr. 22 S. 105, 110, welches im Falle des Zusammenbruchs der SAirGroup annimmt, dass selbst nach den Terrorangriffen vom 11. September 2001 für die beklagte Bank nicht erkennbar war, dass die SAirGroup kurz vor dem finanziellen Zusammenbruch stand.

¹⁰⁴ Siehe dazu vorn unter Ziff. II.1.

AG wegen Gläubigerbegünstigung anzufechten, während nach Art. 167 StGB nur unter aussergewöhnlichen Umständen die Erfüllung von fälligen Forderungen strafbar sein kann.

Bei beiden Tatbeständen ist die Frage zentral, ob die AG im Tatzeitpunkt der Gläubigerbegünstigung bereits zahlungsunfähig oder überschuldet war, wobei bei Art. 288 SchKG schon genügt, dass eine solche Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bloss bevorstand. Ist die AG bereits überschuldet oder steht die Überschuldung bevor, besteht bei Zahlungen an einen bestimmten Gläubiger der AG immer auch die Gefahr einer Gläubigerbegünstigung¹⁰⁵, sofern nicht sicher angenommen werden kann, die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen werden erfolgreich sein, so dass ein Konkurs vermieden werden kann.

Die Problematik besteht in der Praxis darin, dass es für die im Namen der AG handelnden Organe aus verschiedenen Gründen vielfach nicht klar ist, ob ihre AG schon überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Ein häufiger Grund dafür ist, dass bei der Bewertung von Aktiven und Passiven viele Unsicherheitsfaktoren bestehen, so dass selbst bei einer korrekten Anwendung der allgemein gehaltenen Regeln der Rechnungslegung verschiedene Resultate als richtig angesehen werden können.

Beide Tatbestände verlangen vom Schuldner nicht bloss eine fahrlässige, sondern eine absichtliche, d.h. vorsätzliche Gläubigerbegünstigung, wobei auch ein eventualvorsätzliches Handeln genügt. Ein solches liegt regelmässig vor, wenn die Organe der AG wegen den bestehenden finanziellen Problemen das Eintreten einer Überschuldung und damit auch eines Konkurses für möglich halten und so mit der Zahlung an einen bestimmten Gläubiger eine Benachteiligung der anderen Gläubiger bei Eintritt des Konkurses in Kauf nehmen. Damit dürfte dieses Kriterium des (eventual-) vorsätzlichen Handelns bei einer AG, die in finanziellen Schwierigkeiten steckt und anschliessend in Konkurs fällt, häufig gegeben sein und auch bewiesen werden können.

Ist der Tatbestand von Art. 288 SchKG erfüllt, treffen die Rechtsfolgen nur den begünstigten Gläubiger, welcher gemäss Art. 291 SchKG zur Rückforderung verpflichtet ist. Damit gehen die für die AG handelnden Personen kaum ein Risiko ein, wenn sie eine Gläubigerbegünstigung riskieren, sofern diese nicht gleichzeitig den Straftatbestand von Art. 167 StGB (oder Art. 164 StGB) erfüllt, das heisst, wenn sie also fällige Forderungen begleichen, was in der Regel nicht zu einer Bestrafung nach Art. 167 StGB (oder Art. 164 StGB) führen kann. Kommt es dann zum Konkurs der AG, ist es Aufgabe der Konkursverwaltung, die entsprechenden Beträge mit Hilfe der paulianischen Anfechtung zurückzuholen. Die Organe der konkursiten AG müssen allerdings darauf achten, dass sie nicht gestützt auf die Bestimmungen über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 ff. OR) haftbar gemacht werden können. Das Aktienrecht sieht aber keine eigentliche Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger vor, ob eine solche aus den in Art. 717 und 725 OR beschriebenen Pflichten abgeleitet wer-

¹⁰⁵ Zur Problematik der versuchten Gläubigerbevorzugung nach Art. 167 StGB vgl. vorn bei FN 40.

den kann, wie dies das Bundesgericht im bereits erwähnten Raichle-Entscheid vom 19. September 2000 getan hat, ist ernsthaft zu bezweifeln¹⁰⁶.

Aber auch das Risiko des begünstigten Gläubigers ist beim Empfang einer Zahlung, die nach Art. 288 SchKG anfechtbar ist, gering: Falls der Konkurs nicht eintritt, bleibt die Erfüllung seiner Forderung bestehen, tritt der Konkurs ein, muss er die Begünstigung nur zurückgeben, wenn sie angefochten wird und wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass er die Absicht einer Gläubigerbenachteiligung bei angemessener Sorgfalt hätte erkennen können. Er geht höchstens dann das Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung im Sinne von Art. 167 StGB (und Art. 164 StGB) und damit auch einer Haftung nach Art. 41 OR¹⁰⁷ ein, wenn er die AG zu seiner Begünstigung angestiftet oder dabei als Gehilfe mitgewirkt hat¹⁰⁸.

IV. Schadenersatz und Rückforderung

1. Haftung nach Art. 41 OR wegen Verletzung von Art. 167 StGB

Verletzt eine für die AG als Schuldnerin handelnde Person Art. 167 StGB, liegt gleichzeitig auch eine unerlaubte bzw. widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 OR vor. Eine unerlaubte Handlung begeht nämlich, wer eine Strafnorm verletzt, die das Vermögen unter bestimmten Voraussetzungen schützen will¹⁰⁹. Eine solche Schutznorm ist zweifellos auch Art. 167 StGB, welcher die Freiheit des Schuldners in der Verteilung seines Vermögens unter die Gläubiger im Sinne der gesetzlichen Regelung der Zwangsvollstreckung einschränkt¹¹⁰. Folglich kann der geschädigte Gläubiger seinen Schaden gegenüber dem Straftäter gestützt auf Art. 41 OR geltend machen. Dies kann auch adhäsionsweise im Strafprozess geschehen¹¹¹.

Der begünstigte Gläubiger verstösst dagegen nur dann gegen den durch Art. 167 StGB geschützten Vermögensbereich, wenn er nach Art. 24 und 25 StGB als Anstifter oder Gehilfe des Schuldners zu qualifizieren ist. Solche haften nämlich nach Art. 50 OR gegenüber den Geschädigten solidarisch neben dem Haupttäter. Die konkursite AG als Schuldnerin haftet zudem zivilrechtlich nach Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 722 OR für die Straftaten ihrer Organe, doch ist diese Haftung wegen des Konkurses der

¹⁰⁶ Vgl. dazu die Kritik an diesem Entscheid vorn unter Ziff. III.1, insbesondere bei FN 68; zu diesen Fragen siehe etwa REBSAMEN (FN 2), N 858 ff., 904–911, 921 ff., der auch bei der freiwilligen Liquidation (N 777 f.) und bei der privaten Sanierung von einer Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger ausgeht (N 795 ff.).

¹⁰⁷ Dazu nachfolgend unter Ziff. IV.1.

¹⁰⁸ Vgl. vorn Ziff. II.1, am Ende.

¹⁰⁹ BREHM (FN 94), Art. 41 N 38e–41.

¹¹⁰ BGE 117 IV 25; ZR 89 (1990) Nr. 94 S. 234; BREHM (FN 94), Art. 41 N 39; REBSAMEN (FN 2), N 924 f.

¹¹¹ ZR 104 (2005) Nr. 6, 20 f.

AG ohne praktischen Nutzen und die entsprechenden Schadenersatzforderungen der Gläubiger können wohl auch nicht zusätzlich kolloziert werden¹¹².

Von praktischer Bedeutung ist dagegen, dass die für die AG handelnden Personen gegenüber den Gläubigern der AG direkt nach Art. 41 OR haften, wenn sie eine Gläubigerbegünstigung im Sinne von Art. 167 StGB begangen haben. Wie erwähnt haftet auch der begünstigte Gläubiger, sofern ihm Gehilfenschaft oder Anstiftung nachgewiesen werden kann. Die Schadenersatzforderung kann vor dem Zivilrichter unabhängig davon geltend gemacht werden, ob ein entsprechendes Strafurteil vorliegt oder eine entsprechende Strafuntersuchung eingeleitet worden ist. Massgebend ist einzig, ob die fragliche Handlung tatsächlich strafbar ist, was der Zivilrichter selbständig zu entscheiden hat¹¹³. Soll allerdings die längere strafrechtliche Verjährungsfrist gestützt auf Art. 60 Abs. 2 OR zur Anwendung kommen, ist der Zivilrichter bezüglich der Frage der Strafbarkeit der Handlung an ein bereits gefälltes Strafurteil gebunden¹¹⁴.

2. Verhältnis zur paulianischen Anfechtung

Solche Schadenersatzklagen sind neben und unabhängig von der paulianischen Anfechtungs- bzw. Rückforderungsklage zulässig¹¹⁵. Sie werden zudem immer auch dann aktuell, wenn der Konkurs gegen eine AG mangels Aktiven eingestellt wird, weil dadurch auch die Aktivlegitimation für die Anfechtungsklage untergeht¹¹⁶. Die Möglichkeit der Rückforderungsklage schliesst auch das Bestehen eines Schadens nicht aus. Die Berechnung der Schadenersatzforderung dürfte häufig Schwierigkeiten bereiten, da abzuklären ist, um wieviel die Konkursdividende des benachteiligten Gläubigers höher ausgefallen wäre, wenn die strafbare Gläubigerbegünstigung unterblieben wäre¹¹⁷. Die Schadensberechnung wird oft dadurch erschwert, dass Anfechtungs- und Schadenersatzansprüche gegen mehrere Personen bestehen können und dass die erfolgreiche Geltendmachung eines Anspruchs gegen eine bestimmte Person gleichzeitig auch die Höhe der gegenüber den anderen Personen bestehenden Ansprüche beeinflussen kann¹¹⁸.

¹¹² REBSAMEN (FN 2), N 1003 ff. unter Hinweis auf BGE 58 III 128.

¹¹³ BREHM (FN 94), Art. 53 N 26 f. unter Vorbehalt einer anderen kantonalen Rechtsprechung, vgl. vorn FN 94.

¹¹⁴ BGE 106 II 216; BREHM (FN 94), Art. 60 N 73 ff. mit weiteren Hinweisen; Art. 53 OR ist nicht anwendbar.

¹¹⁵ BGE 44 III 205 ff.; CARL JAEGER/HANS-ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMAN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, erläutert für den praktischen Gebrauch, 4. Aufl., Zürich 1997/99, Art. 285 N 2; STAHELIN (FN 44), Art. 285 N 19; REBSAMEN (FN 2), N 1116–1118.

¹¹⁶ REBSAMEN (FN 2), N 356.

¹¹⁷ ZR 104 (2005) Nr. 6, 21; BRUNNER (FN 3), Art. 163 N 38.

¹¹⁸ Zu diesen Koordinationsfragen bei Ansprüchen gegen verschiedene Personen siehe REBSAMEN (FN 3), N 1121 ff. mit Hinweisen zum deutschen Recht.

Für den begünstigten Gläubiger besteht die Gefahr, von mehreren Gläubigern der AG nach Art. 41 OR belangt und von der Konkursverwaltung zur Rückforderung nach Art. 291 SchKG aufgefordert zu werden. Jedoch kann der Begünstigte nicht verpflichtet werden, mehr zu bezahlen als es seiner Begünstigung entspricht, weshalb ihm eine entsprechende Einrede zugestanden werden muss. Dies kann dazu führen, dass sich die Rückforderungsklage der Konkursverwaltung erübrigt. Sind die finanziellen Mittel des begünstigten Gläubigers beschränkt, gilt das geflügelte Wort «wer zuerst kommt, mahlt zuerst»; dieses Resultat ist zumindest *de lege lata* in Kauf zu nehmen¹¹⁹.

3. Verhältnis zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und strafrechtlichen Einziehung

Die Frage des Verhältnisses der Schadenersatzklage nach Art. 41 OR zu aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen dürfte sich kaum stellen, da das Aktienrecht keine Gleichbehandlung der Gläubiger vorschreibt¹²⁰. Gestützt auf Art. 70 StGB wäre auch eine strafrechtliche Einziehung des Vermögensvorteils beim begünstigten Gläubiger möglich, auch wenn er sich selbst nicht strafbar gemacht hat. Anschliessend könnten die geschädigten Gläubiger nach Art. 73 StGB die Weiterleitung des beschlagnahmten Geldbetrages an sie verlangen¹²¹. Doch kommt eine solche Einziehung in der Praxis kaum je vor – zu komplex sind die dabei sich den Untersuchungsbehörden stellenden Tat- und Rechtsfragen.

4. Konzerngesellschaften und Gläubigerbank

Das Zwangsvollstreckungsrecht kennt kein Konzernrecht. Vielmehr stellt das SchKG auf die juristische Selbständigkeit der AG ab, wodurch die wirtschaftliche Gesamtheit des Konzerns unberücksichtigt bleibt¹²². Da in der Regel jede Konzerngesellschaft andere Gläubiger hat, können Vermögensverschiebungen zulasten oder zugunsten einer Konzerngesellschaft bei einem Konkurs erhebliche Auswirkungen haben. Eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung innerhalb des Konzerns führt bei der dadurch ihre Aktiven vermindern den Konzerngesellschaft zu einer Schmälerung des Haftungssubstrats und damit im Fall einer Überschuldung zu einer Benachteiligung von deren Gläubigern mit dem Resultat, dass diese sich im Konkurs der AG mit einer geringeren Konkursdividende begnügen müssen. Sie untersteht deshalb den Regeln

¹¹⁹ REBSAMEN (FN 2), schlägt demgegenüber vor, die Schadenersatzklage nur unter dem Vorbehalt der Anfechtungsklage gutzuheissen, vgl. N 1127–1129.

¹²⁰ Dazu vorn Ziff. III.1 Absatz 3 und III.3.c bei FN 106; REBSAMEN (FN 2), N 898 f.

¹²¹ In diesem Sinne REBSAMEN (FN 2), N 988–996, N 1130 f.

¹²² BGE 105 III 112; ROLAND VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/6, Der Konzern, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005, 585.

der paulianischen Anfechtung, soweit nicht wenigstens eine gleichwertige Gegenleistung von einer anderen Konzerngesellschaft erfolgt ist¹²³. Eine solche Vermögensverschiebung innerhalb des Konzerns gilt zudem in der Regel als mit den Interessen der betroffenen AG unvereinbar und damit pflichtwidrig¹²⁴, weshalb sie auch zivilrechtlich ungültig sein kann¹²⁵. Andererseits werden temporäre Hilfeleistungen innerhalb eines Konzerns an eine notleidende Konzerngesellschaft zivilrechtlich als zulässig angesehen¹²⁶. Haben die Organe der in Konkurs gefallenen AG eine andere Konzerngesellschaft begünstigt, so kann dadurch der Tatbestand von Art. 167 StGB (oder Art. 164 StGB) erfüllt sein und eine Haftung nach Art. 41 OR in Frage kommen.

Auch für die Gläubigerbank einer in Konkurs gefallenen AG gelten keine Sonderregeln. Das gilt insbesondere für Sanierungsdarlehen¹²⁷. Die massgebenden Organe einer Bank können sich auch als Gehilfe oder Anstifter im Sinne von Art. 167 StGB (oder Art. 164 StGB) strafbar machen und folglich nach Art. 41 OR haften, wenn sie aktiv mitwirken, dass die einer überschuldeten Konzerngesellschaft zustehenden Gelder an dieser vorbeigeschleust und einer anderen Konzerngesellschaft gutgeschrieben werden. Zudem besteht für die Bank einer vor dem finanziellen Zusammenbruch stehenden AG, deren Zahlungsverkehr über die Bank läuft, die Gefahr, den Anfechtungstatbestand von Art. 288 SchKG zu erfüllen, wenn die Debitoren der AG auf das Konto der AG bei der Bank zahlen und sich dadurch die Schuld der AG bei der Bank verringert. Soweit die Bank aber bloss als Durchlaufstelle dient und weiterhin auch Zahlungen für die AG ausführt, dürfte Art. 288 SchKG nicht anwendbar sein¹²⁸.

¹²³ VON BÜREN (FN 122), 593, ferner 588 FN 32 und 592.

¹²⁴ Vgl. BGE 130 III 213 ff., 219.

¹²⁵ VON BÜREN (FN 122), 590, welcher vor allem auf Art. 678 Abs. 2 OR hinweist.

¹²⁶ VON BÜREN (FN 122), 589; BGE 116 Ib 337 ff.

¹²⁷ REBSAMEN (FN 2), N 583.

¹²⁸ REBSAMEN (FN 2), N 612 ff.