

**Dr. iur. Denise Jagmetti, Rechtsanwältin**

# **Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr**

Pauliana und Konkursdelikte

# Inhaltsübersicht

|   |           |
|---|-----------|
| Inhaltsverzeichnis .....  | XI        |
| Zusammenfassung.....  | XXVII     |
| Executive Summary .....   | XXIX      |
| Résumé.....   | XXXI      |
| Abkürzungsverzeichnis.....                                      | XXXIII    |
| Literaturverzeichnis .....                                      | XXXIX     |
| Materialienverzeichnis .....                                    | LXVII     |
| <b>Einleitung.....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>1. Kapitel: Grundlagen .....</b>                             | <b>3</b>  |
| § 1 Insolvenzgefährdete Unternehmen.....                        | 3         |
| § 2 Dienstleistungsverträge.....                                | 12        |
| § 3 Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung .....               | 14        |
| <b>2. Kapitel: Pauliana – Allgemeiner Teil.....</b>             | <b>19</b> |
| § 1 Einleitung.....   | 19        |
| § 2 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Pauliana.....       | 31        |
| § 3 Wirkungen der Anfechtung.....                               | 47        |
| <b>3. Kapitel: Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG).....</b>     | <b>51</b> |
| § 1 Im Allgemeinen .....  | 51        |
| § 2 Bei Dienstleistungen .....                                  | 56        |
| <b>4. Kapitel: Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG).....</b> | <b>59</b> |
| § 1 Im Allgemeinen .....  | 59        |
| § 2 Bei Dienstleistungen .....                                  | 70        |
| <b>5. Kapitel: Absichtspauliana (Art. 288 SchKG).....</b>       | <b>73</b> |
| § 1 Übersicht.....  | 73        |
| § 2 Rechtshandlung des Schuldners.....                          | 73        |
| § 3 Gläubigerschädigung .....                                   | 75        |

|   |  |            |
|---|--|------------|
| § 4   | Kausalzusammenhang .....                                   | 131        |
| § 5   | Rechtmässiges Alternativverhalten .....                    | 136        |
| § 6   | Verdachtsfrist .....                                       | 142        |
| § 7   | Schädigungsabsicht .....                                   | 143        |
| § 8   | Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht .....                 | 246        |
| § 9   | Handlungsoptionen für den Dienstleister .....              | 254        |
| <b>6. Kapitel: Konkursdelikte – Allgemeiner Teil .....</b>                                  |  | <b>267</b> |
| § 1   | Einleitung .....   | 267        |
| § 2   | Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Konkursdelikten ..... | 268        |
| § 3   | Täter und Teilnehmer .....                                 | 272        |
| § 4   | Tatobjekt.....   | 281        |
| § 5   | Verfolgungsverjährung .....                                | 281        |
| § 6   | Verhältnis zwischen Pauliana und Konkursdelikten.....      | 283        |
| <b>7. Kapitel: Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung<br/>(Art. 164 StGB).....</b> |  | <b>291</b> |
| § 1   | Einleitung .....   | 291        |
| § 2   | Objektiver Tatbestand.....                                 | 292        |
| § 3   | Subjektiver Tatbestand .....                               | 300        |
| § 4   | Rechtfertigungsgründe.....                                 | 301        |
| § 5   | Teilnahmehandlungen .....                                  | 301        |
| § 6   | Vergleich zur Pauliana.....                                | 302        |
| § 7   | Konkurrenzen im Strafrecht .....                           | 303        |
| <b>8. Kapitel: Misswirtschaft (Art. 165 StGB).....</b>                                      |  | <b>305</b> |
| § 1   | Einleitung .....   | 305        |
| § 2   | Objektiver Tatbestand.....                                 | 306        |
| § 3   | Subjektiver Tatbestand .....                               | 311        |
| § 4   | Rechtfertigungsgründe.....                                 | 313        |
| § 5   | Teilnahmehandlungen .....                                  | 313        |
| § 6   | Vergleich zur Pauliana.....                                | 314        |
| § 7   | Konkurrenz zu Art. 164 StGB .....                          | 314        |

---

|   |            |
|---|------------|
| <b>9. Kapitel: Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) .....</b> | <b>317</b> |
| § 1 Einleitung.....   | 317        |
| § 2 Objektiver Tatbestand.....  | 318        |
| § 3 Subjektiver Tatbestand.....                                       | 335        |
| § 4 Rechtfertigungsgründe.....  | 340        |
| § 5 Teilnahmehandlungen.....  | 342        |
| § 6 Vergleich zur Pauliana.....                                       | 344        |
| § 7 Konkurrenz zu Art. 164 StGB.....                                  | 346        |
| <b>Sachregister .....</b>   | <b>347</b> |

# Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| Zusammenfassung.....   | XXVII     |
| Executive Summary .....  | XXIX      |
| Résumé.....  | XXXI      |
| Abkürzungsverzeichnis.....   | XXXIII    |
| Literaturverzeichnis .....   | XXXIX     |
| Materialienverzeichnis .....   | LXVII     |
| <b>Einleitung.....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>1. Kapitel: Grundlagen .....</b>  | <b>3</b>  |
| § 1 Insolvenzgefährdete Unternehmen.....   | 3         |
| 1. Übersicht.....  | 3         |
| 2. Unternehmensbegriff.....  | 3         |
| 3. Mögliche Tatbestände einer Insolvenzgefährdung .....                                      | 4         |
| 3.1 Bilanzsituation .....  | 5         |
| 3.1.1. Hälfziger Kapitalverlust .....  | 5         |
| 3.1.2. Überschuldung.....  | 6         |
| 3.2 Liquidität .....   | 8         |
| 3.2.1. Zahlungsunfähigkeit .....   | 8         |
| 3.2.2. Fehlende Fortführungsperspektive («Going Concern») .....                              | 10        |
| 3.3 Weitere Tatbestände .....  | 11        |
| § 2 Dienstleistungsverträge.....   | 12        |
| 1. Übersicht.....  | 12        |
| 2. Begriff.....  | 13        |
| 3. Anwendbares Recht bei Dienstleistungsverträgen.....                                       | 13        |
| 4. Rechtliche Einordnung von Schweizer Recht unterstehenden<br>Dienstleistungsverträgen..... | 14        |
| § 3 Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung .....  | 14        |
| <b>2. Kapitel: Pauliana – Allgemeiner Teil.....</b>  | <b>19</b> |
| § 1 Einleitung.....  | 19        |
| 1. Zweck und Leitgedanke der Pauliana .....  | 19        |

|   |    |
|---|----|
| 2. Übersicht über die Anfechtungstatbestände .....  | 21 |
| 3. Geltungsbereich.....   | 22 |
| 3.1 Persönlicher Geltungsbereich.....   | 22 |
| 3.2 Zeitlicher Geltungsbereich .....  | 24 |
| 3.3 Räumlicher Geltungsbereich .....  | 26 |
| 4. Rechtsnatur.....   | 27 |
| 4.1 Betreibungsrechtlicher Anspruch mit Reflexwirkung<br>auf das materielle Recht .....   | 27 |
| 4.2 Obligatio ex lege .....   | 29 |
| 4.3 Leistungsklage.....   | 30 |
| § 2 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Pauliana .....  | 31 |
| 1. Sachlegitimation.....  | 31 |
| 1.1 Aktivlegitimation.....  | 31 |
| 1.2 Passivlegitimation .....  | 32 |
| 1.2.1. Mitwirkung an der angefochtenen Rechtshandlung .....   | 32 |
| 1.2.2. Weitere Begünstigte .....  | 34 |
| 1.2.3. Universal- und Singularsukzessoren .....   | 34 |
| 2. Tatbestand .....   | 35 |
| 2.1 Objektiver Tatbestand .....   | 35 |
| 2.1.1. Rechtshandlung des Schuldners .....  | 35 |
| 2.1.1.1. Im Allgemeinen.....  | 35 |
| 2.1.1.2. Anfechtbarkeit von Verpflichtungs-<br>und Verfügungsgeschäften .....   | 36 |
| 2.1.2. Gläubigerschädigung.....   | 38 |
| 2.1.2.1. Im Allgemeinen.....  | 38 |
| a) Begriff.....   | 38 |
| b) Genügt eine reine Gläubigerbevorzugung?.....   | 40 |
| 2.1.2.2. Ausschluss der Gläubigerschädigung beim Austausch<br>gleichwertiger Leistungen im anfechtungsrechtlichen<br>Sinne..... | 40 |
| 2.1.2.3. Ausschluss der Gläubigerschädigung<br>durch die Begleichung privilegierter<br>oder pfandgesicherter Forderungen .....  | 42 |
| 2.1.2.4. Vermutung der Gläubigerschädigung .....  | 43 |
| 2.1.3. Kausalzusammenhang.....  | 43 |

|   |           |
|---|-----------|
| 2.1.4. (Kein) Rechtmässiges Alternativverhalten des Schuldners ...  | 44        |
| 2.1.5. Verdachtsfrist.....  | 45        |
| 2.2 Subjektiver Tatbestand .....  | 46        |
| 3. Verjährungsfrist.....  | 46        |
| § 3 Wirkungen der Anfechtung.....   | 47        |
| 1. Im Allgemeinen .....   | 47        |
| 2. Gegenstand und Umfang der Rückgewähr .....   | 48        |
| 3. Gegenleistung des Gläubigers .....   | 49        |
| 3.1 Im Allgemeinen .....  | 49        |
| 3.2 Wiederaufleben einer getilgten (Honorar-)Forderung .....  | 49        |
| <b>3. Kapitel: Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG).....</b>   | <b>51</b> |
| § 1 Im Allgemeinen .....  | 51        |
| 1. Einleitung .....   | 51        |
| 2. Anfechtbare Handlung.....  | 52        |
| 2.1 Schenkungen und unentgeltliche Zuwendungen.....   | 52        |
| 2.2 Gleichgestellte Vorgänge (Art. 286 Abs. 2 SchKG).....   | 53        |
| 2.2.1. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung<br>(Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; gemischte Schenkung) ..... | 53        |
| 2.2.1.1. Missverhältnis.....  | 53        |
| 2.2.1.2. Beweislastumkehr bei nahestehenden Personen .....  | 55        |
| 2.2.2. Leibrente, Pfrund, Nutzniessung, Wohnrecht<br>(Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).....                               | 55        |
| 3. Verdachtsfrist.....  | 55        |
| § 2 Bei Dienstleistungen .....  | 56        |
| <b>4. Kapitel: Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG).....</b>   | <b>59</b> |
| § 1 Im Allgemeinen .....  | 59        |
| 1. Einleitung .....   | 59        |
| 2. Überschuldung.....   | 59        |
| 2.1 Begriff.....  | 59        |
| 2.1.1. Im Allgemeinen .....   | 59        |
| 2.1.2. Im Kontext von Art. 958a OR .....  | 60        |
| 2.1.3. Überschuldung auch bei Rangrücktritten? .....  | 61        |

|                    |   |           |
|--------------------|---|-----------|
| 2.2                | Zeitpunkt der Überschuldung .....   | 61        |
| 2.3                | Nachweis der Überschuldung .....  | 62        |
| 3.                 | Anfechtbare Handlung .....  | 63        |
| 3.1                | Bestellung von Sicherheiten für bestehende Verbindlichkeiten<br>ohne vorgängige Verpflichtung (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG).... | 63        |
| 3.2                | Ungewöhnliche Tilgung einer Geldschuld<br>(Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).....  | 64        |
| 3.3                | Tilgung einer nicht verfallenen Schuld<br>(Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG).....  | 65        |
| 4.                 | Erkennbarkeit der Überschuldung durch den Begünstigten .....  | 68        |
| 4.1                | Im Allgemeinen .....  | 68        |
| 4.2                | Im Kontext von Art. 958a OR .....   | 69        |
| 5.                 | Verdachtsfrist .....  | 70        |
| § 2                | Bei Dienstleistungen.....   | 70        |
| 1.                 | Unübliche Tilgung.....  | 70        |
| 2.                 | Begleichung von nicht fälligen Honoraren.....   | 71        |
| <b>5. Kapitel:</b> | <b>Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) .....</b>  | <b>73</b> |
| § 1                | Übersicht .....   | 73        |
| § 2                | Rechtshandlung des Schuldners .....   | 73        |
| § 3                | Gläubigerschädigung.....  | 75        |
| 1.                 | Übersicht .....   | 75        |
| 2.                 | Ausschluss der Gläubigerschädigung beim Austausch gleichwertiger<br>Leistungen im anfechtungsrechtlichen Sinne .....              | 75        |
| 2.1                | Übersicht .....   | 75        |
| 2.2                | Anwendbarkeit bei der Absichtspauliana .....  | 77        |
| 2.3                | Austauschverhältnis.....  | 78        |
| 2.3.1.             | Im Allgemeinen.....   | 78        |
| 2.3.2.             | Bei Dienstleistungen .....  | 80        |
| 2.4                | Gleichwertigkeit i.e.S. (Wert der Leistungen).....  | 82        |
| 2.4.1.             | Im Allgemeinen.....   | 82        |
| 2.4.1.1.           | Begriff .....   | 82        |
| 2.4.1.2.           | Massgebender Zeitpunkt .....  | 82        |
| 2.4.2.             | Bei Dienstleistungen (als Gegenleistung) .....  | 83        |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 2.5      | Verwertbarkeit der Gegenleistung? .....   | 84  |
| 2.5.1.   | Im Allgemeinen .....  | 84  |
| 2.5.2.   | Bei Dienstleistungen .....  | 87  |
| 2.6      | Zeitliche Abfolge der Leistung und Gegenleistung .....  | 90  |
| 2.6.1.   | Im Allgemeinen .....  | 90  |
| 2.6.1.1. | Übersicht .....   | 90  |
| 2.6.1.2. | Vorleistungen des Schuldners .....  | 91  |
| a)       | Keine Gläubigerschädigung .....   | 91  |
| b)       | Abgrenzungen zu unechten «Vorschüssen» .....  | 94  |
| aa)      | Im Allgemeinen .....  | 94  |
| bb)      | Der «Vorschuss» wird mit vorbestehenden<br>Forderungen aus bereits erbrachten Leistungen<br>verrechnet .....                                | 95  |
| aaa)     | Verrechnungserklärung vor<br>Konkursöffnung .....   | 95  |
| bbb)     | Verrechnungserklärung nach<br>Konkursöffnung .....  | 96  |
| cc)      | Der Gläubiger erbringt nach Erhalt des Vorschusses<br>keine Gegenleistung oder keine Leistung von<br>gleichem Wert .....                    | 97  |
| aaa)     | Der Schuldner erbringt eine als «Vorschuss»<br>getarnte (gemischte) Schenkung .....   | 97  |
| bbb)     | Die bis zum Konkurs erbrachten Gegen-<br>leistungen des Gläubigers fallen (unerwartet)<br>geringer aus als der schuldnerische Vorschuss ... | 97  |
| 2.6.1.3. | Zug-um-Zug-Geschäfte .....  | 99  |
| 2.6.1.4. | Nachträgliche Leistung des Schuldners .....   | 100 |
| a)       | Grundsätzlich Gläubigerschädigung .....   | 100 |
| b)       | Weitere Voraussetzungen für eine<br>Gläubigerschädigung? .....  | 101 |
| aa)      | Rechtsprechung des Bundesgerichts .....   | 102 |
| bb)      | Literatur .....   | 102 |
| cc)      | Stellungnahme .....   | 102 |
| aaa)     | Finanzielle Lage des Schuldners .....   | 102 |
| bbb)     | Veräussertes Vermögenswert wäre<br>ohne schädigende Handlung noch<br>im Vollstreckungssubstrat .....  | 105 |
| ccc)     | Machenschaften .....  | 106 |
| dd)      | Ergebnis .....  | 106 |

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| 2.6.2.   | Bei Dienstleistungen .....   | 106 |
| 2.6.2.1. | Vorleistungen des Schuldners<br>(Vorschuss für Honorar).....   | 106 |
| a)       | Im Allgemeinen .....   | 106 |
| b)       | Anspruch des Beauftragten auf Vorschuss?.....  | 108 |
| aa)      | Honorarvorschuss .....   | 108 |
| bb)      | Vorschuss für Auslagen und Verwendungen .....  | 109 |
| c)       | Verbot von Vorschüssen .....   | 110 |
| 2.6.2.2. | Zug-um-Zug-Geschäfte .....   | 111 |
| 2.6.2.3. | Nachträgliche Leistung des Schuldners (Zahlung<br>nach Erhalt der Dienstleistung) .....  | 111 |
| 2.7      | Anwendungsfall des Austauschs gleichwertiger Leistungen<br>i.w.S.: Aktivtausch.....  | 112 |
| 2.7.1.   | Im Allgemeinen.....  | 112 |
| 2.7.2.   | Bei Dienstleistungen .....   | 114 |
| 2.8      | Ausnahme: Mittelbare Gläubigerschädigung (sog. Verfügung<br>über die letzten Aktiven oder gläubigerschädigende Verwendung<br>der gleichwertigen Gegenleistung i.w.S.)..... | 114 |
| 2.8.1.   | Rechtsprechung des Bundesgerichts .....  | 114 |
| 2.8.2.   | Stellungnahme.....   | 117 |
| 2.9      | Zusammenfassung.....   | 117 |
| 3.       | Reine Gläubigerbevorzugung.....  | 119 |
| 3.1      | Begriff .....  | 119 |
| 3.2      | Gläubigerschädigung durch reine Gläubigerbevorzugung?.....   | 120 |
| 3.2.1.   | Rechtsprechung des Bundesgerichts .....  | 120 |
| 3.2.2.   | Literatur.....   | 121 |
| 3.2.3.   | Stellungnahme.....   | 122 |
| 3.3      | Passivtausch.....  | 125 |
| 3.4      | Fazit.....   | 127 |
| 4.       | Keine Gläubigerschädigung bei Begleichung privilegierter<br>oder pfandgesicherter Forderungen .....  | 127 |
| 5.       | Beweisfragen.....  | 128 |
| 5.1      | Vermutungsbasis .....  | 128 |
| 5.2      | Natur der Vermutung.....   | 129 |
| 5.3      | Stellungnahme .....  | 130 |
| § 4      | Kausalzusammenhang .....   | 131 |
| 1.       | Einleitung .....   | 131 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Natürlicher Kausalzusammenhang .....   | 132 |
| 3. Adäquater Kausalzusammenhang.....  | 133 |
| 4. Vermutung der Kausalität.....  | 134 |
| § 5 Rechtmässiges Alternativverhalten.....  | 136 |
| 1. Begriff und dogmatische Einordnung .....   | 136 |
| 2. Konkrete Anforderungen.....  | 139 |
| 3. Anwendungsfälle bei der Pauliana: Zahlungen zur Schadensabwendung<br>(Zahlung für den Aktivenerhalt und betriebsnotwendige Zahlung)..... | 141 |
| § 6 Verdachtsfrist.....   | 142 |
| § 7 Schädigungsabsicht.....   | 143 |
| 1. Im Allgemeinen .....   | 143 |
| 1.1 Begriff.....  | 143 |
| 1.2 Massgebliche Person.....  | 144 |
| 1.3 Relevanter Zeitpunkt.....   | 144 |
| 2. Absichtsformen.....  | 145 |
| 2.1 Zivilrechtliche Verschuldensformen.....   | 145 |
| 2.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung bei der Pauliana .....  | 146 |
| 2.3 Literatur .....   | 147 |
| 2.4 Stellungnahme .....   | 148 |
| 3. Kriterien für die Schädigungsabsicht gemäss Bundesgericht .....  | 151 |
| 3.1 Objektivierter Schädigungsabsicht.....  | 151 |
| 3.2 Finanzielle Lage.....   | 151 |
| 3.3 Nutzen der Gläubigerleistung .....  | 152 |
| 3.3.1. Einleitung .....   | 152 |
| 3.3.2. Dogmatische Analyse der bundesgerichtlichen<br>Rechtsprechung .....  | 153 |
| 3.4 Verhältnis zwischen finanzieller Lage und Nutzen<br>der Gläubigerleistung?.....   | 156 |
| 3.5 Einzelfallrechtsprechung (bei kongruenten Deckungen) .....  | 156 |
| 3.5.1. Betriebsnotwendige Zahlungen .....   | 156 |
| 3.5.1.1. Rechtsprechung.....  | 157 |
| 3.5.1.2. Würdigung.....   | 158 |
| 3.5.2. Zahlungen im ordentlichen Geschäftsverkehr .....   | 159 |
| 3.5.2.1. Rechtsprechung.....  | 160 |
| 3.5.2.2. Würdigung.....   | 161 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.5.3. Zahlungen an den Sanierungsberater.....   | 162 |
| 3.5.3.1. Einleitung .....  | 162 |
| 3.5.3.2. Voraussetzungen .....   | 163 |
| a) Beratung zum Zweck der Sanierung.....   | 163 |
| aa) Rechtsprechung.....  | 163 |
| bb) Würdigung .....  | 164 |
| b) Positive Sanierungsprognose .....   | 164 |
| aa) Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs .....   | 164 |
| aaa) Rechtsprechung.....   | 164 |
| bbb) Würdigung .....   | 165 |
| bb) Zeitpunkt der Sanierungsprognose.....  | 166 |
| aaa) Rechtsprechung.....   | 166 |
| bbb) Würdigung .....   | 167 |
| c) Begleichung im Rahmen des ordentlichen<br>Geschäftsverlaufs.....                                    | 168 |
| aa) Rechtsprechung.....  | 168 |
| bb) Würdigung .....  | 169 |
| 3.5.3.3. Würdigung des Sanierungsprivilegs .....   | 169 |
| a) Braucht es die Privilegierung von Saniererhonoraren? ....   | 169 |
| b) Ist die Privilegierung von Saniererhonoraren justiziabel?..   | 171 |
| c) Ist die Privilegierung von Saniererhonoraren legitim?...  | 171 |
| 3.5.3.4. Zusammenfassung .....   | 173 |
| 3.5.4. Zahlungen an die Revisionsstelle .....  | 173 |
| 3.5.4.1. Rechtsprechung .....  | 173 |
| 3.5.4.2. Würdigung.....  | 176 |
| a) Grundsatz: Keine Privilegierung des<br>Revisionsstellenhonorars .....                               | 176 |
| b) Ausnahme, wenn der Rücktritt der Revisionsstelle<br>zu Schadenersatzforderungen führen würde? ..... | 177 |
| 3.5.5. Zahlungen an Verwaltungsräte (für allgemeine<br>Verwaltungsratstätigkeiten).....                | 179 |
| 3.5.5.1. Rechtsprechung .....  | 179 |
| 3.5.5.2. Würdigung.....  | 180 |
| 3.5.6. Zahlung von Sozialversicherungsforderungen .....  | 181 |
| 3.5.6.1. Rechtsprechung .....  | 182 |
| 3.5.6.2. Würdigung.....  | 182 |
| 3.5.7. Druckzahlungen .....  | 183 |
| 3.5.7.1. Rechtsprechung .....  | 183 |
| 3.5.7.2. Würdigung.....  | 183 |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 3.5.8.   | Exkurs: Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens.....  | 185 |
| 3.5.8.1. | Rechtsprechung des Bundesgerichts.....  | 186 |
| 3.5.8.2. | Kritik in der Literatur.....  | 186 |
| 3.5.8.3. | Vergleich zur Zahlung von Saniererhonoraren.....  | 187 |
| a)       | Gemeinsamkeiten.....  | 187 |
| b)       | Unterschiede.....   | 188 |
| aa)      | Austauschverhältnis.....  | 188 |
| bb)      | Zeitpunkt der Sanierungsprognose.....   | 188 |
| cc)      | Sanierungskonzept.....  | 191 |
| 3.5.8.4. | Zusammenfassung.....  | 191 |
| 3.5.9.   | Ergebnis.....   | 192 |
| 4.       | Eigener Lösungsansatz: Das Drei-Phasen-Modell.....  | 192 |
| 4.1      | Überblick.....  | 192 |
| 4.2      | Kriterium 1: Finanzielle Lage.....  | 195 |
| 4.2.1.   | Einleitung.....   | 195 |
| 4.2.2.   | Phase I: Ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten.....  | 195 |
| 4.2.3.   | Phase II: Existenzbedrohende Unternehmenskrise.....   | 196 |
| 4.2.4.   | Phase III: Terminalphase.....   | 197 |
| 4.3      | Kriterium 2: Art der Schuldnerleistung.....   | 198 |
| 4.3.1.   | Einleitung.....   | 198 |
| 4.3.2.   | (Gemischte) Schenkung und unentgeltliche Verfügung.....   | 198 |
| 4.3.3.   | Inkongruente Deckung.....   | 198 |
| 4.3.4.   | Kongruente Deckung.....   | 199 |
| 4.4      | Verhältnis von finanzieller Lage und Art<br>(resp. Ungewöhnlichkeit) der Schuldnerleistung..... | 199 |
| 4.5      | Dogmatische Grundlage.....  | 200 |
| 4.6      | Rechtsfolgen.....   | 202 |
| 4.7      | Anwendung des Modells.....  | 202 |
| 4.7.1.   | Schenkungen, unentgeltliche Verfügungen und gemischte<br>Schenkungen.....                       | 202 |
| 4.7.2.   | Inkongruente Deckung.....   | 203 |
| 4.7.3.   | Kongruente Deckung.....   | 203 |
| 4.7.3.1. | Einleitung.....   | 203 |
| 4.7.3.2. | Zahlung für Gegenleistungen, die offensichtlich<br>nutzlos sind.....                            | 204 |
| 4.7.3.3. | Zahlung zur Schadensabwendung.....  | 206 |
| a)       | Im Allgemeinen.....   | 206 |

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| b)       | Zahlung für den Aktivenerhalt .....  | 207 |
| c)       | Betriebsnotwendige Zahlung .....   | 208 |
| 4.7.3.4. | Übrige Zahlungen .....   | 209 |
| a)       | Im Allgemeinen .....   | 209 |
| b)       | Phase II im Besonderen .....   | 210 |
| aa)      | Sanierungschance als Unterscheidungskriterium<br>für Phase IIa und Phase IIb .....   | 210 |
| bb)      | Der Sanierungsbegriff (die erfolgreiche Sanierung) ....  | 211 |
| aaa)     | Abgrenzung zu Sanierungsmassnahmen .....   | 212 |
| bbb)     | Bundesgericht: Theorie der Wiederherstellung<br>existenzerhaltender Gewinne .....  | 213 |
| ccc)     | Lehre: vollständige Gläubigerbefriedigung<br>oder Abwendung des Konkurses .....  | 214 |
| ddd)     | Stellungnahme .....  | 217 |
| cc)      | Massgebende Kriterien für eine Sanierungs-<br>prognose .....   | 218 |
| aaa)     | Einleitung .....   | 218 |
| bbb)     | Sanierungsfähigkeit .....  | 220 |
| ccc)     | Sanierungswürdigkeit .....   | 221 |
| ddd)     | Sanierungswille .....  | 221 |
| eee)     | Braucht es einen Sanierungsplan? .....   | 222 |
| dd)      | Wahrscheinlichkeit des Sanierungserfolgs<br>(Schwellenwert) .....  | 223 |
| aaa)     | Einleitung .....   | 223 |
| bbb)     | Mögliche Anknüpfungspunkte: Art. 725 f. OR,<br>Nachlassstundung und Sanierungsdarlehen .....                                     | 224 |
| ccc)     | Mögliche Schwellenwerte für die Wahr-<br>scheinlichkeit des Sanierungserfolgs<br>in Rechtsprechung und Literatur zur Pauliana .. | 229 |
| ddd)     | Eigene Stellungnahme:<br>50/50-Wahrscheinlichkeit .....  | 232 |
| eee)     | Einheitlicher Massstab bei der Pauliana .....  | 233 |
| ee)      | Relevanter Zeitpunkt der Sanierungsprognose .....  | 234 |
| ff)      | Massgebende Sicht für die Beurteilung<br>der Sanierungsprognose .....  | 235 |
| gg)      | Zusammenfassung .....  | 236 |
| c)       | Anwendungsfälle .....  | 237 |
| aa)      | Ordentlicher Geschäftsverkehr .....  | 237 |
| bb)      | Zahlungen an Sanierungsberater .....   | 239 |
| cc)      | Zahlungen an Revisionsstellen .....  | 240 |
| dd)      | Zahlungen an Verwaltungsräte<br>(für die allgemeine Verwaltungsrats-tätigkeit) .....   | 240 |

|   |     |
|---|-----|
| ee) Zahlung von Sozialversicherungsforderungen .....                                      | 241 |
| ff) Druckzahlungen .....  | 241 |
| 4.8 Ergebnis .....  | 242 |
| 5. Beweisfragen .....   | 244 |
| 5.1 Im Allgemeinen .....  | 244 |
| 5.2 Beweislastumkehr gemäss Art. 288 Abs. 2 SchKG betreffend<br>Schädigungsabsicht? ..... | 245 |
| § 8 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht .....  | 246 |
| 1. Einleitung .....   | 246 |
| 2. Person .....   | 247 |
| 3. Zeitpunkt.....   | 247 |
| 4. Gegenstand .....   | 248 |
| 4.1 Bundesgericht .....   | 248 |
| 4.2 Würdigung .....   | 249 |
| 4.3 Drei-Phasen-Modell.....   | 250 |
| 5. Beweisfragen .....   | 251 |
| 5.1 Im Allgemeinen .....  | 251 |
| 5.2 Beweislastumkehr bei nahestehenden Personen .....                                     | 252 |
| 6. Zusammenfassung .....  | 253 |
| § 9 Handlungsoptionen für den Dienstleister.....  | 254 |
| 1. Übersicht.....   | 254 |
| 2. Kündigung des Auftrags resp. Rücktritt des Beauftragten<br>(Art. 404 OR).....          | 255 |
| 2.1 Mandatsniederlegung durch den Rechtsanwalt.....                                       | 255 |
| 2.2 Rücktritt der Revisionsstelle .....   | 256 |
| 2.3 Rücktritt des Verwaltungsrats.....  | 257 |
| 3. Untätigkeit .....  | 257 |
| 4. Leistungsverweigerungsrechte nach Art. 82 f. OR.....                                   | 259 |
| 4.1 Leistungsverweigerung nach Art. 82 OR.....  | 259 |
| 4.2 Leistungsverweigerung nach Art. 83 OR.....  | 260 |
| 5. Dingliche und obligatorische Retentionsrechte .....                                    | 263 |
| 5.1 Voraussetzung.....  | 263 |
| 5.2 Bei Dienstleistungen .....  | 264 |
| 6. Zusammenfassung .....  | 265 |

|   |            |
|---|------------|
| <b>6. Kapitel: Konkursdelikte – Allgemeiner Teil .....</b>  | <b>267</b> |
| § 1 Einleitung .....  | 267        |
| § 2 Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Konkursdelikten .....  | 268        |
| 1. Einleitung .....   | 268        |
| 2. Arten.....   | 269        |
| 2.1 Pfändungsverlustschein .....  | 269        |
| 2.2 Konkurseröffnung .....  | 270        |
| 2.3 Gerichtlicher Nachlassvertrag .....   | 270        |
| § 3 Täter und Teilnehmer .....  | 272        |
| 1. Täter .....  | 272        |
| 1.1 Sonderdelikt .....  | 272        |
| 1.2 Organ- bzw. Vertreterhaftung (Art. 29 StGB).....  | 274        |
| 2. Teilnehmer .....   | 275        |
| 3. Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB .....   | 277        |
| 3.1 Übersicht .....   | 277        |
| 3.2 Anwendungsbereich bei Konkursdelikten .....   | 278        |
| 3.3 Voraussetzungen .....   | 279        |
| § 4 Tatobjekt.....  | 281        |
| § 5 Verfolgungsverjährung.....  | 281        |
| § 6 Verhältnis zwischen Pauliana und Konkursdelikten.....   | 283        |
| 1. Übersicht .....  | 283        |
| 2. Gemeinsamkeiten .....  | 283        |
| 2.1 Im Allgemeinen .....  | 283        |
| 2.2 Auswirkungen auf die zivilrechtliche Gültigkeit<br>des Rechtsgeschäfts? .....                       | 284        |
| 2.3 Pauliana und Konkursdelikte als Grundlage<br>für eine zivilrechtliche Haftung? .....                | 285        |
| 3. Unterschiede.....  | 287        |
| 4. Adhäsionsweise Geltendmachung von Pauliana-Ansprüchen? .....   | 288        |
| <br>  |            |
| <b>7. Kapitel: Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung<br/>            (Art. 164 StGB).....</b> | <b>291</b> |
| § 1 Einleitung .....  | 291        |
| § 2 Objektiver Tatbestand.....  | 292        |

|  |            |
|--|------------|
| 1. Täter.....  | 292        |
| 1.1 Sonderdelikt.....  | 292        |
| 1.2 Finanzielle Lage?.....   | 292        |
| 2. Tatobjekt.....  | 293        |
| 3. Tathandlung i.S.v. Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB .....                                   | 293        |
| 3.1 Vermögensveräußerung .....   | 293        |
| 3.2 Unentgeltlichkeit der Vermögensveräußerung .....                                       | 294        |
| 3.2.1. Im Allgemeinen .....  | 294        |
| 3.2.2. Bei Dienstleistungen.....   | 295        |
| 3.3 Vermögensveräußerungen gegen eine Leistung<br>mit offensichtlich geringerem Wert ..... | 296        |
| 3.3.1. Im Allgemeinen .....  | 296        |
| 3.3.2. Bei Dienstleistungen (als Gegenleistung).....                                       | 298        |
| 4. Tatvollendung.....  | 298        |
| 4.1 Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt? .....  | 298        |
| 4.2 Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt? .....   | 299        |
| 4.3 Abgrenzung zum Versuch .....   | 299        |
| § 3 Subjektiver Tatbestand.....  | 300        |
| 1. Vorsatz.....  | 300        |
| 2. Bewusstsein der finanziellen Lage .....   | 300        |
| § 4 Rechtfertigungsgründe .....  | 301        |
| § 5 Teilnahmehandlungen.....   | 301        |
| § 6 Vergleich zur Pauliana.....  | 302        |
| 1. Im Allgemeinen .....  | 302        |
| 2. Schenkung .....   | 302        |
| 3. Gemischte Schenkung .....   | 303        |
| § 7 Konkurrenzen im Strafrecht.....  | 303        |
| <br>   |            |
| <b>8. Kapitel: Misswirtschaft (Art. 165 StGB).....</b>                                     | <b>305</b> |
| § 1 Einleitung.....  | 305        |
| § 2 Objektiver Tatbestand.....   | 306        |
| 1. Täter.....  | 306        |
| 1.1 Sonderdelikt.....  | 306        |
| 1.2 Finanzielle Lage?.....   | 306        |
| 2. Tatobjekt.....  | 306        |

|  |            |
|--|------------|
| 3. Tathandlung.....  | 307        |
| 3.1 Im Allgemeinen.....  | 307        |
| 3.2 Bei Dienstleistungen.....  | 308        |
| 4. Tatvollendung .....   | 309        |
| 4.1 Erfolgsdelikt (Verschlechterung der Vermögenslage) .....         | 309        |
| 4.2 Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt? .....                       | 310        |
| 4.3 Abgrenzung zum Versuch .....                                     | 310        |
| § 3 Subjektiver Tatbestand .....                                     | 311        |
| 1. Vorsatz .....   | 311        |
| 2. Bewusstsein der finanziellen Lage? .....                          | 312        |
| § 4 Rechtfertigungsgründe.....                                       | 313        |
| § 5 Teilnahmehandlungen .....  | 313        |
| § 6 Vergleich zur Pauliana.....                                      | 314        |
| § 7 Konkurrenz zu Art. 164 StGB .....                                | 314        |
| 1. Gesetzestext.....   | 314        |
| 2. Literatur.....  | 315        |
| 3. Eigene Stellungnahme.....   | 315        |
| <b>9. Kapitel: Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB).....</b> | <b>317</b> |
| § 1 Einleitung .....   | 317        |
| § 2 Objektiver Tatbestand.....                                       | 318        |
| 1. Täter .....   | 318        |
| 1.1 Sonderdelikt .....   | 318        |
| 1.2 Zahlungsunfähigkeit.....   | 318        |
| 1.2.1. Übersicht .....   | 318        |
| 1.2.2. Rechtsprechung und Literatur .....                            | 319        |
| 1.2.3. Stellungnahme.....  | 320        |
| 2. Tatobjekt .....   | 322        |
| 3. Tathandlung.....  | 322        |
| 3.1 Einleitung .....   | 322        |
| 3.2 Schenkungen und gemischte Schenkungen? .....                     | 323        |
| 3.3 Inkongruente Deckung .....                                       | 323        |
| 3.3.1. Im Allgemeinen.....   | 323        |
| 3.3.1.1. Regelbeispiele .....  | 324        |
| a) Bezahlung einer nicht fälligen Schuld .....                       | 324        |

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| b)       | Unübliche Zahlungsmittel .....   | 324 |
| c)       | Sicherstellung ohne entsprechende Verpflichtung .....  | 325 |
| 3.3.1.2. | Weitere Fälle inkongruenter Deckungen<br>(Generalklausel).....   | 326 |
| 3.3.2.   | Bei Dienstleistungen .....   | 326 |
| 3.4      | Kongruente Deckung (Generalklausel).....   | 326 |
| 3.4.1.   | Im Allgemeinen .....   | 326 |
| 3.4.1.1. | Beim Austausch gleichwertiger<br>(Dienst-)Leistungen i.w.S. ....   | 327 |
| 3.4.1.2. | Tilgung einer verfallenen Schuld durch übliche<br>Zahlungsmittel? .....  | 328 |
| a)       | Rechtsprechung .....   | 328 |
| b)       | Literatur.....   | 330 |
| c)       | Stellungnahme.....   | 332 |
| 3.4.2.   | Bei Dienstleistungen .....   | 333 |
| 4.       | Tatvollendung .....  | 334 |
| 4.1      | Tätigkeitsdelikt oder kupiertes Erfolgsdelikt? .....   | 334 |
| 4.2      | Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt? .....   | 334 |
| 4.3      | Abgrenzung zum Versuch .....   | 335 |
| § 3      | Subjektiver Tatbestand.....  | 335 |
| 1.       | (Eventual-)Absicht der Gläubigerbevorzugung .....  | 335 |
| 1.1      | Inkongruente Deckung.....  | 335 |
| 1.1.1.   | Im Allgemeinen .....   | 335 |
| 1.1.2.   | Verneinung der Absicht bei gesetzlich geforderten<br>Leistungen?.....  | 336 |
| 1.1.3.   | Verneinung der Absicht bei Zahlungen zum Zweck<br>der Sanierung? .....   | 337 |
| 1.2      | Kongruente Deckung (i.S. einer Umgehungshandlung) .....  | 338 |
| 1.2.1.   | Bundesgericht .....  | 338 |
| 1.2.2.   | Stellungnahme .....  | 338 |
| 1.2.3.   | Verneinung der Absicht bei gesetzlich vorgesehenen<br>Leistungen und Leistungen zum Zweck der Sanierung? ..... | 339 |
| 2.       | Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit (resp. der Überschuldung).....   | 339 |
| § 4      | Rechtfertigungsgründe .....  | 340 |
| 1.       | Einwilligung?.....   | 340 |
| 2.       | Notstand? .....  | 341 |
| 3.       | Wahrung berechtigter Interessen? .....   | 342 |

|     |   |            |
|-----|---|------------|
| § 5 | Teilnahmehandlungen .....                             | 342        |
| 1.  | Übersicht .....                                       | 342        |
| 2.  | Anstiftung.....                                       | 343        |
| 3.  | Beihilfe zur Gläubigerbevorzugung .....               | 344        |
| § 6 | Vergleich zur Pauliana.....                           | 344        |
| 1.  | Im Allgemeinen.....                                   | 344        |
| 2.  | Inkongruente Deckung .....                            | 345        |
| 2.1 | Zeitpunkt der Anfechtbarkeit resp. Strafbarkeit ..... | 345        |
| 2.2 | Subjektiver Tatbestand .....                          | 345        |
| 3.  | Kongruente Deckung.....                               | 346        |
| § 7 | Konkurrenz zu Art. 164 StGB .....                     | 346        |
|     | <b>Sachregister .....</b>                             | <b>347</b> |