

Pauliana und Sanierung

Brigitte Umbach-Spahn

Inhalt

I.	Einleitung.....	2
II.	Fallstudie/Ausgangslage	2
	1. Produktions AG in Schieflage	2
	2. Angedachte Massnahmen	3
III.	Gesetzlicher Rahmen	3
IV.	Positive Sanierungsprognose versus Anfechtung nach Art. 288 SchKG.....	5
	1. Schliessen Sanierungsbemühungen eine Anfechtung aus?.....	5
	a) Der Tatbestand der Absichtspauliana im Allgemeinen	5
	b) Die Relevanz von Sanierungsbemühungen im Besonderen	7
	c) Beurteilung der Erfolgsaussichten von Sanierungsbemühungen	9
	2. Ausarbeitung eines Sanierungsplanes.....	12
	3. Exkurs: Sanierungsdarlehen	14
V.	Fallstricke.....	16
	1. Veräusserung nicht betriebsnotwendiger Aktiven.....	16
	a) Anfechtung als gemischte Schenkung (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).....	16
	b) Anfechtung als ungewöhnliche Tilgung (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)	17
	2. Rückzahlung Bankkredite.....	18
	3. Sicherheiten für Bankkredite	19
	a) Anfechtung nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG	19
	b) Anfechtung nach Art. 288 SchKG.....	20
	c) Exkurs: Verrechnung mit Kontoguthaben	20
	4. Zahlungen an wichtigste Lieferanten.....	21
	a) Keine Anfechtung sofern positive Sanierungsprognose.....	21
	b) Bezahlung alter Forderungen vs. Vorschuss für zukünftige Leistungen.....	21
	c) Zahlung alter Forderung zur Vermeidung eines grösseren Schadens	22
	5. Bezug Sanierungsberater	23
VI.	Fazit	24

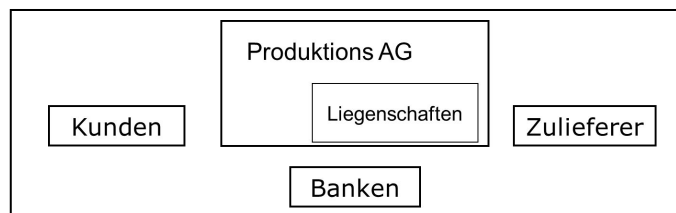
I. Einleitung

Im Zusammenhang mit dem Niedergang der Swissair hat sich das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden mit diversen Themen der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) befasst. Vorliegend sollen anhand einer Fallstudie ausgewählte Aspekte dieser Rechtsprechung und deren Relevanz für Gläubiger und Schuldner in der Sanierungsphase kurz beleuchtet werden.

II. Fallstudie/Ausgangslage

1. Produktions AG in Schieflage

Ausgangspunkt zur Diskussion ausgewählter Aspekte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung i.S. Swissair soll das folgende Fallbeispiel sein:



Die Produktions AG hatte mehrere erfolgreiche Geschäftsjahre. In dieser Zeit konnte sie die Infrastruktur für den Produktionsbetrieb ausbauen und zudem auch eine Liegenschaft erwerben, welche für den Geschäftsbetrieb, d.h. für die Produktion nicht benötigt wurde.

Heute befindet sich die Produktions AG in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Eine Serie von Produktionsfehlern bei einem der wichtigen Produkte hat zu Absatzschwierigkeiten und Auseinandersetzungen mit Kunden betreffend Schadenersatzansprüche geführt. Das wirtschaftliche Umfeld ist zurzeit schwierig. Die Produktions AG hat einen Betriebskredit bei ihrer Hausbank und offene Rechnungen gegenüber Zulieferern, welche bereits überfällig sind. Wichtige Zulieferer drängen auf die Bezahlung ihrer Ausstände. Es

drohen ein Liquiditätsengpass sowie eine Überschuldung der Produktions AG.

2. Angedachte Massnahmen

Der Verwaltungsrat ist sich der wirtschaftlich schwierigen Situation der Produktions AG bewusst und hat u.a. folgende Massnahmen angedacht:

- Neues Geld (Bank/Aktionäre/Investor/Veräusserung Aktiven)
- Rückzahlung von Bankdarlehen
- Zahlungen an wichtigste Zulieferer
- Beizug von Sanierungsberater

III. Gesetzlicher Rahmen

Bei der Beurteilung möglicher Massnahmen zur Krisenbewältigung ist insbesondere folgender gesetzlicher Rahmen zu berücksichtigen:

- Anfechtungstatbestände des Schweizer Schuldbreitungs- und Konkursrechts (Schenkungsanfechtung¹, Überschuldungsanfechtung² sowie Absichtsanfechtung³);
- entsprechende Straftatbestände der Gläubigerschädigung⁴ und Gläubigerbevorzugung⁵;

¹ Art. 286 SchKG.

² Art. 287 SchKG.

³ Art. 288 SchKG.

⁴ Art. 164 StGB.

⁵ Art. 167 StGB.

- obligationenrechtliche Pflicht des Verwaltungsrates zur Deponierung der Bilanz/Überschuldungsanzeige⁶ sowie allgemeine Bestimmungen zur Verantwortlichkeit der Organe⁷.

Im Fokus des vorliegenden Beitrages steht die Relevanz der Anfechtungstatbestände des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes für Sanierungen, speziell der Absichtspauliana.

Dessen ungeachtet sind auch stets die verantwortlichkeitsrechtlichen Bestimmungen im Auge zu behalten. Gerät ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten ist der Verwaltungsrat einerseits gehalten, Sanierungsmassnahmen vorzubereiten und durchzuführen.⁸ Andererseits setzt die Pflicht zur Konkursanmeldung bei Überschuldung zu Liquidations- und Fortführungswerten im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR grundsätzlich eine zeitliche Grenze für Sanierungsbemühungen. „Ist die finanzielle Krise so weit fortgeschritten, dass die Gesellschaft überschuldet ist, so muss der Verwaltungsrat ihr weiteres Schicksal durch die Konkursanmeldung in die Hand der Gläubiger legen und seine eigenen Sanierungsbemühungen beenden.“⁹ Liegt eine geprüfte Zwischenbilanz vor, die eine Überschuldung zu Fortführungs- und Liquidationswerten ausweist, so kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur ausnahmsweise auf eine unverzügliche Benachrichtigung des Richters verzichtet werden: Nämlich nur dann, wenn Massnahmen für eine konkrete Sanierung sofort ergriffen werden und die Erfolgsaussichten dieser Massnahmen als ernsthaft erscheinen.¹⁰

Sodann ergeben sich Berührungspunkte zwischen den insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüchen und den obligationenrechtlichen Bestimmungen zur

⁶ Art. 725 Abs. 2 OR.

⁷ Art. 754 OR.

⁸ Eine entsprechende Handlungspflicht ergibt sich aus der in Art. 717 OR statuierten allgemeinen Sorgfalts- und Treupflicht des Verwaltungsrats (BÜHLER CHRISTOPH, Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung de lege ferenda, ST 2010, 444 ff. mit Verweisen).

⁹ SCHENKER URS, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 105 (2009) 485 ff.

¹⁰ BGE 132 III 564 E. 5.1 S. 573.

Verantwortlichkeit der Organe: Das Bundesgericht hat im so genannten Raichle Entscheid festgehalten, dass die Gläubiger, falls bei einer Bilanzierung nach Liquidationswerten eine Überschuldung resultiert, nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung von Art. 219 SchKG Anspruch auf Gleichbehandlung haben und dass folglich eine bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR darstellt.¹¹

IV. Positive Sanierungsprognose versus Anfechtung nach Art. 288 SchKG

1. Schliessen Sanierungsbemühungen eine Anfechtung aus?

Mit dieser Thematik hat sich das Bundesgericht kürzlich im Zusammenhang mit der Absichtspauliana nach Art. 288 SchKG in mehreren Entscheiden sowohl betreffend Rückzahlung von Darlehen als auch betreffend Zahlung von Honoraren an Dienstleister auseinandergesetzt.¹²

a) Der Tatbestand der Absichtspauliana im Allgemeinen

Gemäss Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat,

¹¹ BGer, Urteil vom 19. September 2000 (5C.29/2000) E. 4. Zur Kritik an diesem Entscheid sowie generell zum Verhältnis zwischen Absichtsanfechtung und aktienrechtlicher Sorgfaltspflicht der Organe vergleiche VOGT HANS-UELI, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zu aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP/PJA 2010, 1075 ff. Sowie FORSTMOSER PETER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit/Auswirkungen der neueren Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse, in: OERTLE et al., M&A – Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 431 ff., 443.

¹² Betreffend Darlehensrückzahlung: BGE 134 III 452 ff.; BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009); BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008); BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008, 5A_473/2009); zur Zahlung von Honoraren an Dienstleister: BGer, Urteil vom 14. Oktober 2008 (5A_64/2008); BGE 134 III 615 ff./Pra 98 (2009) Nr. 44.

seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Eine Absichtspauliana nach Art. 288 SchKG ist somit an drei Voraussetzungen geknüpft:

- Die Schädigung der Gläubiger;
- die Absicht des Schuldners, diesen Schaden zu verursachen (Schädigungsabsicht);
- die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten (Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht).¹³

Eine *Gläubigerschädigung* liegt vor, wenn die Befriedigung eines einzelnen oder mehrerer Gläubiger oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung eines Gläubigers beeinträchtigt wird. An einer Gläubigerschädigung fehlt es in der Regel, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht.¹⁴

Eine *Schädigungsabsicht* liegt vor, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es, wenn sich der Schuldner darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden.¹⁵ Für die Schädigungsabsicht genügt somit Eventualvorsatz.

Die *Schädigungsabsicht* muss für den Begünstigten sodann *erkennbar* gewesen sein. Dies ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann der Fall, wenn der Begünstigte bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine

¹³ BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008, 5A_473/2009) E. 2.

¹⁴ BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008, 5A_473/2009) E. 2.1 mit Verweisen.

¹⁵ BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456; BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008, 5A_473/2009) E. 2.2 mit Verweisen.

Gläubigerschädigung eintritt.¹⁶ Für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht auf Seiten des Begünstigten ist somit Fahrlässigkeit ausreichend.

b) Die Relevanz von Sanierungsbemühungen im Besonderen

Bei der Beurteilung von Anfechtungsansprüchen nach Art. 288 SchKG sind Sanierungsbemühungen vor dem Hintergrund der letzteren zwei Tatbestandsvoraussetzungen von Bedeutung, nämlich der Schädigungsabsicht und der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht:

Das Bundesgericht hat in mehreren Anfechtungsentscheiden betreffend Darlehensrückzahlung i.S. Swissair was folgt festgehalten: Die Tatsache, dass sich ein Schuldner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten um Sanierung bemüht, schliesst per se weder eine Schädigungsabsicht noch die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht aus.¹⁷

Das Bundesgericht hat sich zudem in zwei neueren Entscheiden im Zusammenhang mit der Anfechtung von Beraterhonoraren mit der Frage auseinandergesetzt, ob im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen konkret eine berechnete Hoffnung auf eine erfolgreiche Sanierung bestanden hat:

- Im Entscheid des Bundesgerichts vom 16. April 2008 i.S. Tempus Concept SA (nachfolgend „Tempus-Entscheid“) ging es um die Anfechtung von Zahlungen an PricewaterhouseCoopers SA im Zusammenhang mit Revisions- und Beratungstätigkeit. Die Nachlassliquidatoren der Tempus Concept SA forderten die Rückerstattung von CHF 26'039.20 für zwei Rechnungen für Zahlungen betreffend die Revisionstätigkeit der PricewaterhouseCoopers SA sowie CHF 41'139.25 für drei Rechnungen der PricewaterhouseCoopers SA für Beratungsdienstleistungen. Mit Bezug auf die Frage der Anfechtbarkeit der Honorarzahlungen für Beraterleistungen entschied das Bundesgericht, es könne nicht auf eine Schädigungsabsicht des Schuldners geschlossen werden. Gemäss Feststellungen des kantonalen Gerichtes habe der Präsident des Verwal-

¹⁶ BGE 134 III 452 E. 4.2 S. 456; BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008, 5A_473/2009) E. 2.3.

¹⁷ Vgl. BGE 134 III 452 E. 5.5 S. 460; BGer Urteil vom 2. Mai 2008 (5A_29/2007) E. 5.4.

tungsrates an das Überleben der Gesellschaft geglaubt. Die Anfechtungsklägerin habe weder behauptet noch bewiesen, dass die Gemeinschuldnerin wusste, dass die getroffenen Massnahmen nutzlos seien.¹⁸

- Im Entscheid vom 14. Oktober 2008 hatte das Bundesgericht ebenfalls die Anfechtung von Honorarzahlungen für Beratungsleistungen nach Art. 288 SchKG zu prüfen. Im Entscheid angefochten waren Zahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 646'050 (Zahlungen vom 18. Dezember 2000, 19. Januar 2001, 7. und 9. März 2001) zur Begleichung von Honorarforderungen für im Jahre 2000 sowie in den Monaten Januar und Februar 2001 geleistete Arbeit. Der Anfechtungsbeklagte wendete ein, dass im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen Aussicht auf eine Sanierung der Gemeinschuldnerin bestanden hätte und deshalb die geleisteten Zahlungen nicht anfechtbar seien. Es würde jede Sanierung verhindert, wenn die Voraussehbarkeit des Konkurses bereits zu Beginn der Sanierung angenommen würde, da die Notwendigkeit einer Sanierung immer auch eine ernstlich drohende Konkursgefahr mitumfasse. Das Bundesgericht hat die Argumentation des Anfechtungsbeklagten, soweit dieser mit seinen Rügen eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend machte, als nicht substantiiert zurückgewiesen. Im Übrigen hat das Bundesgericht mit Verweis auf BGE 134 III 452 (Entscheid betreffend Anfechtung Darlehensrückzahlung der SAirGroup an die ZKB) festgehalten, dass die Schädigungsabsicht nicht aufgrund der Tatsache ausgeschlossen wird, dass sich ein Schuldner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten um Sanierung bemüht. Vorausgesetzt sei vielmehr, dass die Sanierungsbemühungen als erfolgsversprechend erscheinen. Dies wurde vorliegend vom Bundesgericht nach Auseinandersetzung mit der finanziellen Situation (Finanzierungsbedarf/Liquiditätssituation/Verwaltungsratsprotokolle etc.) verneint. Entsprechend wurde die Anfechtbarkeit der betreffenden Zahlungen bejaht.¹⁹

In den Anfechtungsentscheiden betreffend Darlehensrückzahlungen i.S. Swissair hat sich das Bundesgericht letztendlich nicht mit der Frage aus-

¹⁸ BGer, Urteil vom 16. April 2008 (5A_559/2007) E. 5.3.

¹⁹ BGer, Urteil vom 14. Oktober 2008 (5A_64/2008) E. 5 u. 6.

einandergesetzt, ob bei der jeweilig angefochtenen Darlehensrückzahlung die begründete Hoffnung auf eine erfolgreiche Sanierung bestand oder nicht. Dieser Punkt war zwar in den betreffenden Prozessen zwischen den Parteien umstritten. Das Bundesgericht hat im Entscheid SAirGroup gegen ZKB ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob die Gemeinschuldnerin über ein taugliches Sanierungskonzept verfügt habe oder nicht. Die Darlehensrückzahlungen seien nicht im Zusammenhang mit der Sanierung gestanden, sondern mit der gegenüber den Banken und auch der jeweiligen Anfechtungsklagen bekanntgegebenen Kreditpolitik. Sie seien weder vor dem Hintergrund, die eingeleitete Sanierung nicht zu gefährden, noch unter dem Druck, einen drohenden Konkurs abzuwenden, erfolgt. Es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob die Gemeinschuldnerin über ein taugliches Sanierungskonzept verfügt habe, da die Darlehensrückzahlungen nicht im Zusammenhang mit einer Sanierung gestanden seien.²⁰ Das Bundesgericht stellte jedoch in sämtlichen Entscheiden betreffend Anfechtung von Darlehensrückzahlung i.S. Swissair fest, dass die objektiven Umstände der wirtschaftlichen Krise der Gemeinschuldnerin im Vorfeld und zum Zeitpunkt der jeweilig angefochtenen Darlehensrückzahlung derart gewesen seien, dass die Gemeinschuldnerin zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Darlehensrückzahlungen andere Gläubiger zu schädigen und die jeweilige Darlehensgeberin diese Schädigung auch habe erkennen können.²¹

c) Beurteilung der Erfolgsaussichten von Sanierungsbemühungen

Wie kann und wird nun ein Gericht beurteilen, ob im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung Sanierungsbemühungen vorlagen, welche als erfolgreich erschienen? Dazu sind insbesondere zwei Aspekte zu berücksichtigen:

- Das *Bundesgericht schliesst* im Wesentlichen von den unbestrittenen oder im Rahmen eines Beweisverfahrens festgestellten, *objektiven Umständen auf die Schädigungsabsicht sowie die Erkennbarkeit* derselben:

²⁰ BGE 134 III 452 E. 6.2 S. 461.

²¹ BGE 134 III 452 E. 6, 7 u. 8 S. 460 ff.; BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008, 5A_473/2009) E. 2 ff.; BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008) E. 4 u. 5; BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009) E. 6 u. 7.

Bei den verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden zu Anfechtungsklagen bei Darlehensrückzahlungen im Zusammenhang mit dem Niedergang der Swissair besteht eine Besonderheit: Bei den vorangegangenen handelsgerichtlichen Verfahren hatte das Handelsgericht die Klagen jeweils infolge fehlender Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens abgewiesen und die Frage des Vorliegens einer Schädigungsabsicht ausdrücklich offen gelassen. Das Bundesgericht hat die Schädigungsabsicht ohne Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz bejaht. Es hat festgehalten, dass entweder das Handelsgericht bereits genügend für die rechtliche Prüfung der Schädigungsabsicht notwendige Sachverhaltsfeststellungen getroffen hat²² oder dass der Sachverhalt für eine rechtliche Prüfung der Schädigungsabsicht ausreichend liquide sei²³. Im neusten Swissair Anfechtungsurteil des Bundesgerichts betreffend Darlehensrückzahlung vom 3. August 2010 beruft sich das Bundesgericht zudem erstmals auf seine Kompetenz zur direkten Sachverhaltsergänzung gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG. Das Bundesgericht beschränkt diese Möglichkeit zur Sachverhaltsergänzung jedoch auf „einzelne fehlende, aber für die adäquate Rechtsanwendung spezifisch erforderliche Sachverhaltselemente“, die zudem vorinstanzlich klar vorgebracht und dokumentiert sein müssen.²⁴

Die objektiven äusseren Tatsachen, auf welche sich das Bundesgericht für die Beurteilung der Schädigungsabsicht abgestützt hat, waren u.a. die Folgenden: Verlautbarungen zum Bilanzverlust anlässlich von Generalversammlungen, Bedarf für Veräusserung von gewinnbringenden Beteiligungen, Moody's Rating, Wechsel im Management der Gesellschaft (Rücktritte von Verwaltungsräten), Einschätzung der finanziellen Situation durch Drittgläubiger etc. Ebenfalls berücksichtigt hat das Bundesgericht die Verwaltungsratsprotokolle. Desgleichen hat das Bundesgericht die Schädigungsabsicht im Entscheid vom 14. Oktober 2008 betreffend Anfechtung von Beratungsleistungen aufgrund der objektiv

²² BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008) E. 4.

²³ BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009) E. 6.

²⁴ BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_473/2009, 5A_358/2008) E. 1.2.

von der Vorinstanz festgestellten äusseren Umstände (Stand vor Finanzierungsprojekten, Suche nach neuen Investoren etc.) beurteilt.²⁵

Hinzu kommt, dass das Bundesgericht in den Anfechtungsentscheiden i.S. Swissair sowie dem Entscheid vom 14. Oktober 2008 nicht auf das effektive Wissen und Wollen einzelner Organpersonen abgestellt hat. Das Bundesgericht hat vielmehr aus der Summe der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sowohl zum Verhalten einzelner Organpersonen (z.B. Rücktritt etc.) wie auch den weiteren äusseren Umständen (Bekanntgabe des Konzernverlustes etc.) beurteilt, ob eine Schädigungsabsicht vorliegt.

Das Bundesgericht hat sodann auch für die Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht auf Seiten des Begünstigten auf die festgestellten objektiven Umstände des Sachverhaltes abgestellt. Bei den Swissair Entscheiden gibt das Bundesgericht diesbezüglich auch der Medienberichterstattung über den Untergang der Swissair ein gewisses Gewicht.²⁶ Mit Bezug auf die Darlehensrückzahlungen hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass die Geschäftsbanken im Vergleich zum gewöhnlichen Zeitungsleser über bessere Quellen zur Informationsbeschaffung und Risikoanalyse verfügen und sie sich an diesen Informationsressourcen messen lassen müssen.²⁷

Das Bundesgericht hat die Frage, ob bei Darlehensrückzahlungen der SAirGroup aufgrund festgestellter, bzw. unbestrittener, objektiver Umstände auf eine Schädigungsabsicht bzw. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG zu schliessen ist, nach Ver-

²⁵ BGer, Urteil vom 14. Oktober 2008 (5A_64/2008) E. 6.

²⁶ BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008) E. 2.3.2 ff.; BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009) E. 7; BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008) E. 5.3.

²⁷ BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008) E. 5.2; BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009) E. 7.1, E. 7.4; HUNKELER DANIEL, Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen, in: EMMENEGGER SUSAN, Kreditrecht, Institut für Bankrecht, Basel 2010, 137 ff., 147. Vergleiche auch LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung/Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BISchK 2009, 213 ff., 223.

ständnis der Autorin nicht als Tat- sondern als Rechtsfrage beantwortet.²⁸

- Die *Beurteilung* des Gerichtes erfolgt *retrospektiv*:

Wenn Sanierungsbemühungen letztendlich scheitern, kann das Gericht die Frage, ob im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung (noch) erfolgsversprechende Sanierungsbemühungen vorlagen, nur aus retrospektiver Optik beurteilen. Eine solche retrospektive Beurteilung bringt zwingend eine gewisse Unsicherheit mit sich: Es lässt sich nie mit Sicherheit voraussagen, ob ein Gericht die Sanierungsprognose mehrere Jahre später gleich beurteilen wird, wie dies Schuldner und Gläubiger in der aktuellen Krise tun. Für die Abwehr zukünftiger Ansprüche ist es deshalb wichtig, dass Sanierungsbemühungen und die Beurteilung der Sanierungsaussichten im Zeitpunkt der aktuellen Krise stets gut dokumentiert werden.

2. Ausarbeitung eines Sanierungsplanes

Wie gezeigt, schliessen Sanierungsbemühungen per se gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Schädigungsabsicht und Erkennbarkeit derselben nicht aus. Voraussetzung ist vielmehr, dass die Sanierung als erfolgsversprechend erscheint.²⁹

Dies kann regelmässig nur auf Basis eines Sanierungsplanes beurteilt werden. Dazu gehören üblicherweise folgende Schritte³⁰:

²⁸ Zur Schädigungsabsicht: BGer, Urteil vom 3. August 2010 (5A_358/2008, 5A_473/2009) E. 2.2.3 (2. Abs.); BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009) E. 6 insb. 1. Abschnitt; BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008) E. 4 insb. 1. Abschnitt; BGE 134 III 452 E. 7 S. 462/463; zur Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht: BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008) E. 5.2; BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009) E. 7.2; BGE 134 III 452 E. 8.4 S. 465.

²⁹ Siehe IV.1.b) vorstehend.

³⁰ LEUPIN URS, Turnaround von Unternehmen, Bern 1998, 26 ff.

- Feststellung der Ist-Situation (erkennen der Krisenherde einerseits und des Sanierungspotentials andererseits);
- Stabilisierung der aktuellen Lage des Unternehmens (Zeit für die Ausarbeitung der Sanierungsmassnahmen gewinnen);
- Festlegung der Sanierungsstrategie (Konzentration auf die erhaltenswerten Unternehmensteile);
- Eliminierung der „maroden“, existenzgefährdeten Elemente;
- Festlegung der zur Umsetzung der Sanierungsstrategie notwendigen Mittel (Konzept für die Beschaffung dieser Mittel: Verwendung von vorhandener Liquidität, Verkauf von nicht betriebsnotwendigen Teilen, neue Bankkredite oder neues Eigenkapital von Investoren); sowie
- Umsetzung der Sanierungsstrategie (Ablaufplanung mit Festlegung von Zwischenzielen; rollende Liquiditätsplanung; Worst Case Szenario).

Auf Basis eines solchen Sanierungskonzeptes können die echten Sanierungschancen eines Unternehmens in der Krise und während der Sanierungsphase beurteilt werden. Ein solcher Sanierungsplan muss zudem die Befriedigung aller Gläubiger vorsehen (soweit keine Forderungsverzichte vorliegen).³¹ Sind die Sanierungschancen nicht mehr grösser als das Risiko des Scheiterns, das heisst, dass nicht mehr mit der Befriedigung aller Gläubiger gerechnet werden darf, muss die Gläubigergleichbehandlung, auch derjenigen Gläubiger mit erst mittel oder langfristig fällig werdenden Forderungen, Vorrang haben. Ein Schuldner, der seinen Handlungen in der Krise keinen echten Sanierungsplan zugrunde legt, nimmt nach hier vertretener Ansicht eine Gläubigerschädigung a priori in Kauf, weil schon das Fehlen eines solchen Planes die ernsthafte Gefahr des Scheiterns der Sanierung in sich birgt.

³¹ Vgl. REBSAMEN THOMAS, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung, Jusletter 21.9.2009, 11.

3. Exkurs: Sanierungsdarlehen

Das Bundesgericht hat im Entscheid betreffend Anfechtung von Darlehensrückzahlungen der SAirGroup an die ZKB festgehalten, die betreffenden Darlehensrückzahlungen seien nicht im Zusammenhang mit der Sanierung gestanden. Sie seien vielmehr Teil der damaligen Kreditpolitik gewesen, die Anzahl Kreditgeber auf einige wenige Kernbanken zu reduzieren. Der Anfechtungsklage lagen drei Darlehensrückzahlungen (21. August 2001, 5. September 2001 und 27. September 2001) betreffend einem mehrfach verlängerten ungesicherten Darlehen aus dem Jahre 1999 zugrunde. Mangels Zusammenhang der Darlehensrückzahlungen mit einer Sanierung schloss das Bundesgericht, es liege kein einer besonderen Behandlung würdiges „Sanierungsdarlehen“ vor.³²

Nach dem Verständnis des Bundesgerichts ist ein solches Sanierungsdarlehen ein Darlehen mit einer besonderen Zweckbestimmung. Es soll im doppelten Sinne der Sanierung dienen und zwar als Überbrückungskredit und als Unterstützungskredit (z.B. sehr tiefe Zinsen).³³ Zudem müssen für ein Sanierungsdarlehen im Zeitpunkt der Darlehensgewährung (bzw. bei Darlehensverlängerung zu Sanierungszwecken im Zeitpunkt der Darlehensverlängerung) die Sanierungsbemühungen als erfolgreich erscheinen. Betreffend letzterem spricht das Bundesgericht davon, es müssten „berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnung gegeben sein“.³⁴ Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, soll eine einheitliche Beurteilung von Darlehensaufnahme und Rückzahlung erfolgen, die Frage nach der Schädigungsabsicht und der Erkennbarkeit soll nicht isoliert bloss bezogen auf die Rückzahlung gestellt werden.³⁵ Sind die dargestellten Vorausset-

³² BGE 134 III 452, E. 6.2 S. 461.

³³ BGE 134 III 452 E. 5 [vgl. auch BGer, Urteil vom 6. April 2009 (5A_386/2008) E.4.1, BGer, Urteil vom 28. September 2009 (5A_116/2009) E. 5]; EMMENEGGER SUSAN, Das Sanierungsdarlehen, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Kreditrecht, Institut für Bankrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, Basel 2010, 153 ff., 176.

³⁴ BGE 134 III 452 E. 5.3 S. 459.

³⁵ BGE 134 III 452 E. 5.3 S. 459.

zungen erfüllt, so soll, entsprechend dem Konzept des Bundesgerichts, die Darlehensrückzahlung nicht paulianisch anfechtbar sein, wenn die Sanierung trotzdem scheitert.

Die Bedeutung dieses bundesgerichtlichen Konzepts des Sanierungsdarlehens für die Sanierungspraxis ist fraglich:

- Einerseits wird das Konzept in der Lehre aus dogmatischer Sicht kritisiert: Es werde eine ungerechtfertigte Unterscheidung zwischen Kreditgebern und anderen Leistungserbringern wie z.B. Lieferanten geschaffen. Wenn bei gescheiterter Sanierung das Darlehen während der Insolvenz getilgt werden müsse, so werde damit über den Privilegienkatalog des SchKG hinaus eine weitere Privilegienkategorie geschaffen.³⁶
- Andererseits ist fraglich, ob die vom Bundesgericht im ZKB-Entscheid genannten Voraussetzungen für ein Sanierungsdarlehen genügend konkret und griffig sind, dass dieses Institut in der Praxis auch tatsächlich Anwendung findet: Die betreffenden Parameter des Bundesgerichts haben sich noch nicht zu einer „bewährten“ Rechtsprechung verdichtet, so dass die Kreditvergabe zu Sanierungszwecken insgesamt mit einem beträchtlichen Anfechtungsrisiko behaftet bleibt.³⁷ Darüber hinaus ist zudem fraglich, ob ein solches Darlehen für eine Bank wirtschaftlich Sinn machen würde, da es – trotz finanzieller Krise des Schuldners – im Sinne der geforderten Unterstützungsfunktion zu sehr tiefen Zinsen ausgegeben werden muss.

Nach hier vertretener Ansicht dürfte das bundesgerichtliche Konzept des Sanierungsdarlehens solange dieses in der Rechtsprechung nicht noch näher

³⁶ LORANDI FRANCO, Paneldiskussion: Wie weiter nach der Swissair Rechtsprechung des Bundesgerichts?, in: EMMENEGGER SUSAN, Kreditrecht, Institut für Bankrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, 234; EMMENEGGER (FN 33), 153 ff., 188; siehe dazu auch: VON DER CRONE HANS CASPAR/GALLIKER ANDREA, Absichtsanfechtung und Sanierung (Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts 5A_29/2007 vom 29 Mai 2008 [BGE 134 III 452]), SZW 2008, 602 ff.; LORANDI, BISchK 2009 (FN 27), 213 ff.

³⁷ EMMENEGGER (FN 33), 153 ff., 181; siehe auch LORANDI, BISchK 2009 (FN 27), 213 ff., 215.

konkretisiert wird, in der praktischen Krisenberatung von Gläubiger und Schuldner kaum von grosser Bedeutung sein.

V. Fallstricke

Nachfolgend werden auf Basis der eingangs genannten Fallstudie (Ziff. II.) einige paulianische Fallstricke im Zusammenhang mit Sanierungsmassnahmen aufgezeigt:

1. Veräusserung nicht betriebsnotwendiger Aktiven

Bei der Veräusserung nicht betriebsnotwendiger Aktiven stehen zwei mögliche Grundlagen für paulianische Ansprüche im Vordergrund, wenn im Nachgang zur Veräusserung ein Insolvenzverfahren über den Verkäufer eröffnet wird:

- Anfechtung nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG bei Veräusserung unter Wert (gemischte Schenkung).
- Anfechtung nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bei Verrechnung Kaufpreis mit vorbestehender Schuld.

a) *Anfechtung als gemischte Schenkung (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG)*

Der Tatbestand der Schenkungspauliana (nach Art. 286 SchKG) sieht vor, dass gemischte Schenkungen, welche ein Jahr vor Pfändung oder Konkursöffnung des Schenkers erfolgen, anfechtbar sind. Gemäss Legaldefinition ist eine gemischte Schenkung ein Rechtsgeschäft, bei dem der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht. Das Bundesgericht hat sich bereits mehrheitlich mit der Frage auseinandergesetzt, wann ein solches Missverhältnis vorliegt. Daraus ist zu entnehmen, dass nur dann von einem Missverhältnis im Sinne von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG auszugehen ist, wenn die Leistung, welche der Gemeinschuldner erhält, erheblich geringer ist als seine eigene Leistung (gemessen am objektiven wirtschaftlichen Wert der Leistung). Von einer solch erheblichen Abweichung geht das Bundesgericht in

einem neueren Entscheid aus dem Jahre 2009 bei einer Differenz von rund 75% zwischen Leistung und Gegenleistung aus.³⁸ Ob das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für den Begünstigten erkennbar ist, ist unerheblich.³⁹ Im Übrigen muss die anfechtbare Handlung (d.h. Veräusserung der nicht betriebsnotwendigen Aktiven) innerhalb eines Jahres vor Pfändung oder Konkurs erfolgt sein (Art. 286 Abs. 1 SchKG).

Bei der Veräusserung nicht betriebsnotwendiger Aktiven in der Krise können spätere Anfechtungsstreitigkeiten minimiert werden, wenn gut dokumentiert wird, dass der Verkaufspreis ein fair market value ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei der Veräusserung in der Krise häufig bereits drückende Faktoren, wie enge zeitliche Verhältnisse sowie ein „Käufermarkt“ bestehen. Diese Faktoren dürfen bei der Preisgestaltung mitberücksichtigt werden. Wenn immer möglich ist ein Auktionsverfahren bzw. ein Verkaufsprozess mit verschiedenen (vom Verkäufer unabhängigen) Käufern durchzuführen. Beim Zuschlag ist die beste Offerte zu berücksichtigen, wobei hierfür nicht nur der Preis, sondern auch die Transaktionssicherheit, die Solvenz des Käufers etc. eine Rolle spielen. Ein entsprechender Verkaufsprozess ist zur Abwehr möglicher späterer Anfechtungsansprüche möglichst gut zu dokumentieren.⁴⁰

b) Anfechtung als ungewöhnliche Tilgung (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)

Gemäss Art. 287 SchKG ist die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel nicht anfechtbar, wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen hat.

³⁸ BGer, Urteil vom 28. Januar 2009 (5A_557/2008). In einem früheren Entscheid aus dem Jahre 1919 wurde bereits bei einer Differenz von 10% von einem Missverhältnis im Sinne von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ausgegangen (BGE 151 E. 4 S. 169).

³⁹ BGE 95 III 47 E. 2; BGE 52 III 38 E. 1 S. 52.

⁴⁰ Siehe SCHENKER URS, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 105 (2009) 485 ff.

Sofern der Verkäufer im Zeitpunkt der Veräusserung nicht betriebsnotwendiger Aktiven bereits überschuldet war, ist eine Verrechnung des Kaufpreises mit vorbestehenden Schulden nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 anfechtbar.

Erfolgt die Veräusserung nicht betriebsnotwendiger Aktiven zu einem Zeitpunkt, in welchem der Verkäufer noch nicht überschuldet war, der Kaufpreis aber durch Verrechnung mit einer vorbestehenden Schuld getilgt wird, so ist eine solche Veräusserung zwar nicht nach Art. 287 SchKG anfechtbar, sie kann aber gleichwohl nach Art. 288 SchKG anfechtbar sein, wenn die übrigen Voraussetzungen (Schädigungsabsicht/Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht) gegeben sind.

2. Rückzahlung Bankkredite

Für die Anfechtungsrisiken im Zusammenhang mit der Rückzahlung von Bankkrediten wird betreffend die Rückzahlung der Darlehensvaluta auf Ziff. IV. verwiesen.

Nach jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zwischen der Anfechtbarkeit von Zinszahlungen und der Rückzahlung der Darlehensvaluta zu unterscheiden: In zwei Entscheiden im Zusammenhang mit der Swissair führt das Bundesgericht diesbezüglich was folgt aus: „Der regelmässige Zinsendienst stellt die fortgesetzte Wertüberlassung sicher und insofern besteht wirtschaftlich ein permanenter Ausgleich zwischen Wert und Gegenwert. Anders verhält es sich nur dort, wo erst am Ende der Laufzeit ein Einmalzins zu entrichten ist oder wo längst fällige Zinsen zusammen mit der Rückzahlung des Darlehens geleistet werden; hier dient die Zinsleistung nicht mehr der weiteren Zurverfügungstellung von Kredit weshalb sie in diesem speziellen Fall nicht als gleichwertige Gegenleistung für die fortgesetzte Gebrauchsüberlassung betrachtet werden kann und folglich mit Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung das Schicksal der Darlehensrückzahlung teilen muss.“⁴¹

⁴¹ BGE 136 III 247 E. 6 S. 253; BGer, Urteil vom 24. Februar 2010 (5A_750/2008) E. 4. Beide Entscheide betreffen Zinszahlungen (ohne gleichzeitige Rückzahlung der Darlehensvaluta) der SAirGroup im letzten Monat vor Einleitung eines Nachlassstundungsverfahrens über die SAirGroup.

3. Sicherheiten für Bankkredite

Wenn in der Krise Sicherheiten für bereits bestehende Bankkredite gewährt werden, stehen insbesondere folgende zwei Anfechtungsrisiken im Vordergrund:

- Anfechtung nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG bei nachträglicher Bestellung von Sicherheiten ohne vorbestehende Verpflichtung zur Bestellung derselben.
- Anfechtung nach Art. 288 SchKG bei nachträglicher Bestellung von Sicherheiten und vorbestehender Verpflichtung zur Bestellung derselben, sofern im Zeitpunkt der nachträglichen Bestellung der Sicherheiten keine positive Sanierungsprognose mehr besteht.

a) *Anfechtung nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG*

Gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ist die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war, anfechtbar, sofern die Sicherstellung innerhalb des letzten Jahres vor Pfändung oder Konkurs vorgenommen wurde und der Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war. Diese Bestimmung kommt nur zur Anwendung, wenn es gemäss dem Parteiwillen um eine Sicherung und nicht um die Tilgung der Forderung geht. Als Sicherheit gelten insbesondere folgende Rechtsgeschäfte:

- Verpfändung von Fahrnis, Grundstücken, Forderungen und sonstigen Rechten;
- Sicherungszession und Übereignung von Forderungen;
- nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts nach Abschluss des Kaufvertrages.⁴²

⁴² KUKO SchKG-UMBACH, Art. 287, N 2-4 mit Verweisen.

b) *Anfechtung nach Art. 288 SchKG*

Erfolgt die Bestellung von Sicherheiten aufgrund einer früheren Verpflichtung zur Sicherheitsleistung so schliesst dies eine paulianische Anfechtung der Sicherheitsbestellung nicht per se aus. Eine solche Bestellung von Sicherheiten ist anfechtbar, wenn die Voraussetzungen von Art. 288 SchKG erfüllt sind, d.h. wenn im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit Schädigungsabsicht des Bestellers und Erkennbarkeit derselben auf Seiten des Sicherungsnehmers besteht.⁴³

c) *Exkurs: Verrechnung mit Kontoguthaben*

In den AGBs der Banken ist häufig vorgesehen, dass die Bank ein Verrechnungsrecht für alle ihr aus der Bankverbindung jeweils bestehenden Ansprüche hat, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit oder Verjährung. Entsprechend einer solchen Verrechnungsklausel in den AGBs (sowie bei fälligen Forderungen bereits gestützt auf das OR) kann die Bank Forderung gegen den Kunden auf Rückzahlung von Krediten mit dem Kontoguthaben des Kunden bei der Bank verrechnen. Eine entsprechende Verrechnung ist nicht nur zivilrechtlich grundsätzlich gültig, sondern auch nach insolvenzrechtlichen Regeln zulässig: In einer solchen Konstellation entstehen beide Forderungen, die Forderung der Bank auf Rückzahlung des Kredites wie auch die Forderung des Kunden auf sein Bankguthaben vor einem allfälligen Insolvenzverfahren. Die Bank hat ihre Forderung gegenüber dem Kunden auf Rückzahlung des Darlehens zudem vom Kunden selber und nicht von einem Dritten erworben. Entsprechend schliessen sowohl weder Art. 213 noch Art. 214 SchKG eine entsprechende Verrechnung aus.

Eine solche Verrechnung erfolgt durch Handlung der Bank, nämlich durch Erklärung der Verrechnung. Eine Mitwirkung des Kunden ist nicht erforderlich. Eine insolvenzrechtliche Anfechtung setzt aber immer voraus, dass eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegt. Wenn keine solche Handlung vorliegt, fehlt es an einer der Voraussetzungen des Schuld- Betreibungs- und

⁴³ BGE 99 III 89 E. 4 S. 91 mit Verweisen.

Konkursgesetzes für eine paulianische Anfechtung.⁴⁴ Wenn eine Bank eine Forderung auf Rückzahlung eines Kredites mit Kontoguthaben des entsprechenden Kunden verrechnet, ist die entsprechende Verrechnung somit nicht anfechtbar, auch wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem sich der entsprechende Darlehensschuldner in einer wirtschaftlichen Krise befindet.

4. Zahlungen an wichtigste Lieferanten

In der Krise stellt sich häufig die Frage, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Zahlungen an die wichtigsten Lieferanten geleistet werden dürfen. Hierzu ist insbesondere was folgt zu berücksichtigen:

a) Keine Anfechtung sofern positive Sanierungsprognose

Besteht im Zeitpunkt der Zahlung ein Sanierungsplan, aufgrund dessen eine Sanierung mit Befriedigung sämtlicher Gläubiger als erfolgreich erscheint, so ist die Zahlung fälliger Schulden gegenüber Lieferanten nicht anfechtbar. Es fehlt diesbezüglich an der für eine Anfechtung nach Art. 288 SchKG erforderlichen Schädigungsabsicht des Schuldners (Ziff. IV.1.b) sowie Ziff. IV.2.).

b) Bezahlung alter Forderungen vs. Vorschuss für zukünftige Leistungen

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt in der Regel keine Gläubigerschädigung vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger zu verfügen und sein Geschäftspartner habe das erkannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen.⁴⁵

Wenn die Leistung des Schuldners in einer Zahlung besteht, ist betreffend dem geforderten Austauschverhältnis was folgt zu beachten: Es tritt nur dann keine Schädigung ein, wenn die Zahlung Zug um Zug mit der Leistung des

⁴⁴ BGE 95 III 383 E.5 S. 88; BGer, Urteil vom 7. Juli 2008 (5A_44/2008) E. 2.

⁴⁵ BGer, Urteil vom 11. Juni 2010 (5A_567/2009) E. 3.1 S. 4 mit Verweisen.

Lieferanten erfolgt. Erfolgt eine Zahlung hingegen nachdem die Gegenpartei ihre Leistung bereits erbracht hat, so liegt eine Gläubigerschädigung vor, auch wenn beide Leistungen gleichwertig sind.⁴⁶ Keine Gläubigerschädigung liegt dagegen vor, wenn der Gemeinschuldner vorleistet, d.h. der Vertragspartner seine Leistung auf Vorschuss erbringt.⁴⁷

c) Zahlung alter Forderung zur Vermeidung eines grösseren Schadens

Das Bundesgericht lässt dem Anfechtungsbeklagten betreffend die Gläubigerschädigung den Gegenbeweis offen, dass die anderen Gläubiger auch bei „richtigem Verhalten des Schuldners“ (d.h. ohne angefochtene Rechtshandlung) zum gleichen Verlust gekommen wären. Das Bundesgericht führt diesbezüglich aus, dass das Anfechtungsrecht nicht der Bestrafung des beklagten Gläubigers dient, sondern der Wiederherstellung des Vermögenszustandes des Schuldners ohne angefochtenes Geschäft.⁴⁸

In zwei Entscheiden des Bundesgerichts betreffend Anfechtung von Zahlungen an Öllieferanten der Swissair kurz vor dem Grounding der Swissair Flotte im Oktober 2001 geht das Bundesgericht davon auf, dass ein entsprechender Gegenbeweis durch Vergleich des Vermögensstandes des Gemeinschuldners (bzw. der Insolvenzmasse) mit und ohne angefochtene Zahlung zu erfolgen hat. Diesbezüglich verlangt das Bundesgericht, dass eine gesamtheitliche Betrachtung angewendet wird: Zur Bestimmung des hypothetischen Vermögensstandes ohne anfechtbare Handlung musste die Gesamtheit der für die Weiterführung des Betriebs erforderlichen Zahlungen mit den gesamten durch eine Weiterführung für die anderen Gläubigern entstandenen Schäden verglichen werden. Vor diesem Hintergrund musste anschliessend die Kausalität der angefochtenen Zahlung für die Schadensminderung abgeklärt werden.⁴⁹ Ein solcher Nachweis dürfte schwierig sein, insbesondere wenn es

⁴⁶ BGer, Urteil vom 4. September 2008 (5A_469/2007) E. 6.3.1.

⁴⁷ LORANDI, BLSchK 2009 (FN 27), 213 ff., 227. BGE 135 III 276 (Pra. 2009 Nr. 112) E. 6.3.1. GLANZMANN LUKAS, Sanierungsdarlehen, ZBJV 2010, 261 ff., 264. Sowie VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesRK 2/2009, 163 ff., 176.

⁴⁸ BGer, Urteil vom 11. Juni 2010 (5A_567/2009) E. 3.1 S. 4.

⁴⁹ BGE 135 III 265 E. 4, S. 270 ff.

sich nicht um sehr einfache kleine Verhältnisse handelt, sondern ein Geschäftsbetrieb vorliegt, bei welchem eine Vielzahl von Faktoren, Leistungserbringung und Zahlungen zusammenspielen. Hinzu kommt, dass die Ex-post-Beurteilung des Gerichts im Wesentlichen eine Einzelfallentscheidung ist, was die Voraussehbarkeit der gerichtlichen Beurteilung für zukünftige Fälle erschweren dürfte. Um spätere Anfechtungsrisiken zu verringern, empfiehlt es sich vor der Vornahme der entsprechenden Zahlung zu dokumentieren, weshalb sich mit der Zahlung die Situation der Gläubiger nicht verschlechtert.⁵⁰

5. Beizug Sanierungsberater

Bei Honorarzahlungen an Sanierungsberater gilt grundsätzlich dasselbe wie bei Zahlungen an Lieferanten: Besteht im Zeitpunkt der Zahlung eine positive Sanierungsprognose, so ist die Zahlung mangels Schädigungsabsicht nicht anfechtbar; leistet der Sanierungsberater auf Vorschussbasis, so fehlt es an einer Gläubigerschädigung. Eine Vorschusszahlung könnte dann allenfalls nicht mehr anfechtungsresistent sein, wenn sie aus den letzten Mitteln des Gemeinschuldners erfolgt. Dies insbesondere, wenn zudem eine erste Grob-analyse des Sanierungsberaters ergibt, dass die wirtschaftliche Situation des Schuldners derart schlecht ist, dass es sehr unwahrscheinlich ist, dass überhaupt ein Sanierungskonzept ausgearbeitet werden kann, welches die Befriedigung sämtlicher Gläubiger vorsieht.⁵¹

Zu berücksichtigen ist, dass ein Sanierungsberater in der Regel tiefere Kenntnisse über das Ausmass der finanziellen Krise hat als ein Lieferant. Entsprechend ist, sofern die Schädigungsabsicht auf Seiten des Gemeinschuldners bejaht wird, das Risiko, dass bei einem Sanierungsberater auf Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht geschlossen wird, höher als beim

⁵⁰ Vgl. VOGT, AJP/PJA 2010(FN 11), 1075 ff., 1078.

⁵¹ Siehe V. 3.; BGer, Urteil vom 16. April 2008 (5A_559/2007) E. 5.3; anderer Meinung: ZOBL DIETER, Fragen zu paulianischen Anfechtung, SJZ 2000, 25 ff., welcher die Auffassung vertritt, dass Honorarzahlung an Sanierer generell von der Anfechtung auszunehmen sind. Zu den Voraussetzungen der Anfechtung von Dienstleistungshonoraren siehe auch: VOGT, GesRK 2/2009 (FN 47), 163 ff., 171. WICKI JODOK, Sanierung gescheitert – Rückerstattung der Honorare der Revisionsstelle und von Beratern?, Trex der Treuhandexperte 2/2009, 112 ff., 114.

Lieferanten. Für die Tätigkeit als Sanierungsberater empfiehlt sich die Arbeit auf Basis eines Kostenvorschusses.

VI. Fazit

Das Bundesgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung klargestellt, dass der Gleichbehandlung der Gläubiger in der Krise des Schuldners ein hoher Stellenwert zukommt und zwar nicht erst unmittelbar vor dem Fallieren des Schuldners. Sanierungsbemühungen per se schliessen eine Absichtsanfechtung nicht aus. Das Prinzip Hoffnung bietet weder dem Schuldner noch den Gläubigern Schutz vor späteren Anfechtungen.

Liegt dagegen ein Sanierungskonzept vor (mit Ist-Analyse, Festlegung der Sanierungsstrategie und der erforderlichen Mittel), aufgrund dessen eine Sanierung mit Befriedigung aller Gläubiger als erfolgreich erscheint, fehlt es an der für die Anfechtung nach Art. 288 SchKG erforderlichen Schädigungsabsicht.

Diese Klarstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nach hier vertretener Auffassung nicht sanierungsfeindlich. Im Gegenteil, sie fördert sowohl auf Seiten des Schuldners als auch auf Seiten der Gläubiger (inklusive Banken), dass in einem frühen Stadium mit klarem Konzept an Sanierungsoptionen gearbeitet wird. Typischerweise bestehen in einem noch relativ frühen Zeitpunkt der Krise mehr Sanierungsmöglichkeiten als bei bereits weit fortgeschrittener Krise.

Zur Verringerung von Anfechtungsrisiken und Abwehr allfälliger späterer Anfechtungsansprüche ist wichtig, dass die Sanierungsbemühungen und die Beurteilung der Sanierungsaussichten während der Krise fortlaufend gut dokumentiert werden.