

6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht/ Exécution forcée et faillite

BGer 5A_671/2018: Rückzahlung von (Sanierungs-)Darlehen und Pauliana

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_671/2018 vom 8. September 2020, A. AG in Nachlassliquidation gegen Bank B., Bank C., Bank D., Bank E. und Bank F, Paulianische Anfechtungsklage.



OLIVER KÄLIN*

In diesem (nicht publizierten) Entscheid präzisiert das Bundesgericht, dass die Voraussetzungen eines Sanierungsdarlehens auch für die Verlängerung eines gewöhnlichen Darlehens gelten. Qualifiziert ein gewöhnliches Darlehen nach der Verlängerung als Sanierungsdarlehen, kann es zurückbezahlt werden, ohne dass eine anfechtbare Handlung nach Art. 288 SchKG vorliegt.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

2011 stand das Bauunternehmen A. AG unter zunehmendem wirtschaftlichem Druck. Mit fünf Banken (B., C., D., E. und F.) bestand ein Stillhalteabkommen. Darin verpflichteten sich die Banken, die Kreditlimiten von insgesamt CHF 3 Millionen nicht zu kündigen. Am 2. Dezember 2011 vereinbarten die Banken mit der A. AG in einer «Verlängerung Stillhalteabkommen/Zustimmung zum Asset Deal», dass die Kreditlimiten bis am 31. Dezember 2011 weiter benutzt werden dürften. Vom 3. Januar 2012 an sollte das Darlehen in Tranchen innert sechs Monaten bis am 30. Juni 2012 zurückbezahlt werden. Weiter vorgesehen waren der Verkauf des Betriebs der A. AG, Rangrücktritte der Banken und ein Darlehen des Verwaltungsratspräsidenten der A. AG. Mit «Übernahme-Vereinbarung» vom 7. Dezember 2011 verkaufte die A. AG Betriebsinventar, Arbeitsverträge und nicht angefangene Aufträge per 1. Januar 2012 an die Bauunternehmung G. AG. Die A. AG erzielte einen Verkaufserlös von CHF 7 Millionen. Um die letzten bereits angefangenen Aufträge abzuwickeln, sollte die A. AG Personal und Inventar von der G. AG zurückmieten.

Wenig später, ab März 2012, verschlechterte sich die finanzielle Situation der A. AG. Am 2. Mai 2012 ersuchte sie um (altrechtliche) Nachlassstundung. Am 7. August 2013 bestätigte das Gericht den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und setzte eine Nachlass-Liquidatorin ein.

Rund zwei Jahre später, am 24. Juli 2015, klagte die A. AG gestützt auf Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) gegen die fünf Banken und verlangte rund CHF 2.3 Millionen. Diesen Betrag hatte die A. AG den Banken im ersten Halbjahr 2012 zurückerstattet.

Erstinstanzlich gewann die A. AG. Die Banken wurden verurteilt, die erhaltenen Beträge mit Zins zurückzuzahlen. Zweitinstanzlich hingegen siegten die Banken.¹ Die A. AG gelangte ans Bundesgericht. Das Bundesgericht bestätigte den vorinstanzlichen Entscheid und wies die Klage ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob die (objektiven und subjektiven) Voraussetzungen der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) erfüllt waren.² *Objektiv* ist eine Gläubigerschädigung nötig (E. 3.3.2). Sie liegt vor, wenn durch eine Handlung des Schuldners das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren verschlechtert wird (E. 3.4).³ *Subjektiv* ist zweierlei erforderlich und muss vorliegen im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung: (1) Dass der Schuldner in Schädigungsabsicht handelt und (2) dass die Schädigungsabsicht für den Begünstigten erkennbar ist (E. 3.3.2).⁴

Die A. AG zahlte den Banken den Grossteil der Darlehen zurück. Sie erhielten bis Ende Februar 2012 91,7% ihrer Forderungen, während die anderen Gläubiger mit einer Konkursdividende von 30% rechnen mussten. Die Banken wandten ein, dass ohne den Unternehmensverkauf ein Totalverlust sämtlicher Forderungen resultiert wäre; somit seien auch die anderen Gläubiger besser gefahren, als wenn die angefochtene Handlung⁵ überhaupt nicht vorgenommen worden wäre (E. 3.4.1).

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Rückzahlung von Bankdarlehen an Gläubiger (ohne Sicherung und ohne Konkursprivileg) eine Gläubigerschädigung dar-

¹ Appellationsgericht BS, ZB.2017.34, 6.6.2018 (Vorinstanz).

² Nach Art. 331 Abs. 1 SchKG unterstehen Rechtshandlungen des Schuldners vor der Bestätigung des Nachlassvertrags ebenfalls der Anfechtung nach den Grundsätzen von Art. 285–292 SchKG.

³ Mit Verweis auf BGE 137 III 268 E. 4.1.

⁴ Mit Verweis auf BGE 138 III 497 E. 7.3 a.E.; 135 III 265 E. 2; 134 III 452 E. 2.

⁵ Die Reduktion der Kreditlimiten bzw. die Teilrückzahlung der Darlehen; siehe Appellationsgericht BS, ZB.2017.34, 6.6.2018, E. 3.1 (Vorinstanz).

* OLIVER KÄLIN, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, kaelin.legal AG, Zürich.

stelle (E. 3.4.2).⁶ Einzelne Gläubiger werden vollständig befriedigt und sind dadurch begünstigt, während die übrigen nur eine Dividende erhalten.⁷ Weiter wiederholte das Bundesgericht zwei Punkte: (1) Dass auch Teilrückzahlungen als Gläubigerschädigung gälten, weil sie grundsätzlich keine Gegenleistung für die Verlängerung eines bestehenden Kredits darstellten und (2) dass der Darlehenszweck insoweit unbeachtlich sei, selbst wenn es um Hilfe an einen bedrängten Schuldner gehe.⁸ Bezogen auf ein Sanierungsdarlehen bedeutet dies, dass auch dessen Rückzahlung prinzipiell eine Gläubigerschädigung darstellt.⁹

Nachdem die objektive Voraussetzung der Gläubigerschädigung erfüllt war, prüfte das Bundesgericht die subjektive Voraussetzung der Schädigungsabsicht: Schädigungsabsicht besteht, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass seine Handlung entweder Gläubiger benachteiligt oder einzelne bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner die Benachteiligung oder die Begünstigung bezweckte, sondern es genügt, wenn (a) sich der Schuldner der Benachteiligung oder Begünstigung bewusst war oder hätte sein müssen und (b) er sie in Kauf nahm (*dolus eventualis*)^{10, 11} Für eine Schädigungsabsicht spricht z.B., wenn der Schuldner (Darlehensnehmer) ein Darlehen zurückzahlt, obschon er sich seiner finanziellen Notlage bewusst ist (E. 3.5.1).¹²

Die Anfechtungsklage bezweckt gleichwohl nicht, die Rettung des Schuldners zu verunmöglichen oder gefährlich zu machen. Geht es dem Schuldner um die Rettung seines Unternehmens und erscheint sie machbar, liegt keine Schädigungsabsicht vor.¹³ Relevant ist daher, ob es sich beim zurückbezahlten Darlehen um ein Sanierungsdarlehen gehandelt hat. Damit ein Sanierungsdarlehen aber vorliegt, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein (E. 3.5.2):¹⁴ (1) Der Schuldner kämpft ernsthaft um seine Rettung, (2) die Sanierungsbemühungen müssen erfolgsversprechend er-

scheinen und (3) das Darlehen muss zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt werden.

Was die Verlängerung eines Darlehens angeht, so kann auch ein bisheriges (gewöhnliches) Darlehen nach seiner Verlängerung als Sanierungsdarlehen gelten. Dazu ist nötig, dass (a) der Sanierungswille des Darlehensgebers zum Ausdruck kommt (z.B. durch eine Sanierungsvereinbarung) und (b) sich sein Verhalten von dem gewöhnlicher Kreditgeber unterscheidet (beispielsweise durch Sonderleistungen, ein eigentliches Entgegenkommen und direkte Unterstützung) (E. 3.5.2).¹⁵

Bei der Beurteilung der Rügen der Beschwerdeführerin A. AG (E. 4 ff.) stehen zwei Erwägungen hervor: Diejenige zum Sanierungsbegriff (E. 4.1 ff.) und diejenige zur Qualifikation der Darlehensverlängerung (E. 4.3 ff.).

(1) Zum Sanierungsdarlehen brachte die A. AG vor, dass ein solches nicht vorliege, weil die Sanierung nicht auf die Weiterexistenz der Schuldnerin angelegt gewesen sei, sondern auf die Liquidation. Die fehlende Absicht zum Fortbestand der A. AG schliesse eine Sanierung aus (E. 4.1). Die Vorinstanz sei von einem falsch verstandenen anfechtungsrelevanten Sanierungsbegriff ausgegangen (Art. 95 lit. a ZPO) und habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt (Art. 97 BGG).

Die Vorinstanz hatte entschieden, dass der Unternehmensverkauf eine Sanierung im Sinne von Art. 288 SchKG nicht ausschliesse.¹⁶ Eine (anfechtungsrechtlich relevante) Sanierung liege vielmehr auch dann vor, wenn nur das Unternehmen des Schuldners ganz oder teilweise erhalten bleibe, nicht aber der Schuldner als Rechtssubjekt.¹⁷

Das Bundesgericht schützte diese Erwägungen (E. 4.1.2). Es bestätigte jedoch, dass eine Liquidation vorliege, wenn sämtliche betrieblich genutzten Aktiven verkauft und auf einen Dritten übertragen werden (E. 4.1.5).¹⁸

Zum vorliegenden Fall hielt das Bundesgericht fest, dass die A. AG mit den Banken am 2. Dezember 2011 vereinbart hatte, dass sie (A. AG) nach dem Verkauf ihres Unternehmens weder in Nachlassstundung noch in Konkurs gehen dürfe, sondern «*in Fortführung*» bleiben müsse, um «*die*

⁶ Mit Verweis auf BGE 134 III 452 E. 3.1 (SAirGroup in Nachlassliquidation gegen ZKB).

⁷ Mit Verweis auf BGE 135 III 276 E. 6.3.3.

⁸ Mit Verweis auf BGE 134 III 452 E. 3.2 («Der Zweck des Darlehens, einem Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten zu helfen, ist für die Gläubigerschädigung – anders als für die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit [...] – nicht entscheidend.»).

⁹ Die Vorinstanz hatte die Frage offengelassen, mit dem Hinweis, dass die Schädigungsabsicht fehle (Appellationsgericht BS, ZB.2017.34, 6.6.2018, E. 3.2).

¹⁰ Siehe BGE 135 III 265 E. 2; BGE 134 III 615 E. 5.1.1 = Pra 2009, Nr. 44, 295; BGE 83 III 82 E. 3a.

¹¹ Mit Verweis auf BGE 134 III 452 E. 4.1: «wenn sich der Schuldner hat Rechenschaft geben können und müssen».

¹² Mit Verweis auf BGE 134 III 452 E. 7.4.

¹³ Mit Verweis auf BGE 137 III 268 E. 4.2.3.

¹⁴ Mit Verweis auf BGE 134 III 452.

¹⁵ Mit Verweis auf BGE 134 III 452 E. 6.1, E. 6.2 und auf BGER, 5A_358/2008, 3.8.2010, E. 2.2.1.

¹⁶ Appellationsgericht BS, ZB.2017.34, 6.6.2018, E. 4.2.2.

¹⁷ Appellationsgericht BS, ZB.2017.34, 6.6.2018, E. 4.2.2 a.E.

¹⁸ Mit Verweis auf ÜRS SCHENKER, Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, 306; RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., Zürich 2013, 3. Kap. Rz. 63 f.; OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 179.

Restaufträge fertigzustellen» und erst dann «ordentlich liquidiert» werden solle (E. 4.1.4). Das Bundesgericht wies darauf hin, dass der Verwaltungsrat nicht in eigener Kompetenz das Unternehmen veräusserte, sondern sich die Zustimmung der Generalversammlung der A. AG vorbehielt und diesen Vorbehalt in die «Übernahme-Vereinbarung» vom 7. Dezember 2011 mit der G. AG schrieb (Art. 704 Abs. 1 OR) (E. 4.1.4). Die A. AG und die Banken waren sich einig, dass die A. AG die Geschäftstätigkeit nach der Abwicklung der laufenden Aufträge einstellen sollte und die Liquidation der A. AG eine Bedingung des Unternehmensverkaufsvertrags war; allerdings sollte die formelle Liquidation erst später nachgeholt werden, nach Beendigung der geordneten Liquidation (E. 4.1.5. f.). Die Rüge eines falsch verstandenen «*anfechtungsrelevanten Sanierungsbegriffs*» wies das Bundesgericht entsprechend ab.

(2) Die A. AG rügte weiter, dass die Vorinstanz die Darlehensverlängerung in einen Sanierungskontext gesetzt und den Sanierungswillen der Banken zu Unrecht bejaht habe (E. 4.3).

Das Bundesgericht erwog, dass die Verlängerung der Bankkredite eine Sanierungsabsicht nicht ohne weiteres erkennen lasse und hielt fest: «*Die blosser Nicht-Fälligkeitstellung oder Verlängerung eines vorbestehenden Kredits muss (als bloss indirekter Sanierungsbeitrag) vom privilegierten (von der Anfechtung freigestellten) Sanierungsdarlehen abgegrenzt werden*» (E. 4.3.1).¹⁹ Die A. AG machte geltend, dass die Umdeutung des Kredits in ein Sanierungsdarlehen vorliegend nicht möglich sei, weil Gläubiger so durch blosses Entgegenkommen die Freistellung von der Anfechtung erreichen könnten. Das Bundesgericht entgegnete, es bestehe kein Anlass, die in BGE 134 III 452²⁰ entwickelte Rechtsprechung zu ändern (E. 4.3.1). Die Gläubigerbank im dortigen Entscheid hatte im Vergleich zu anderen Kreditgebern «*weder Sonderleistungen versprochen noch ein eigentliches Entgegenkommen gezeigt noch die Sanierung direkt unterstützt.*»²¹ Das Bundesgericht verwies auf die Feststellungen der Vorinstanz, dass die fünf Gläubigerbanken das Stillhalteabkommen und die Kreditlimiten verlängert sowie Rangrücktrittserklärungen über CHF 250'000 abgegeben hatten, d.h. über ca. 10 % des Kredits. Die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass diese Leistungen im kon-

kreten Fall Sonderleistungen darstellten, die von der Anfechtung ausgenommen sind (E. 4.3.2).

III. Bemerkungen

Der besprochene Entscheid wird in der Amtlichen Sammlung nicht veröffentlicht.²² Jedoch trägt er zur Rechtssicherheit bei in diesem Spannungsverhältnis zwischen Sanierungsdarlehen und paulianischer Anfechtung und verdient zu Recht Beachtung.²³

Der Sachverhalt zeigt eine bei Sanierungen oft anzutreffende Situation: Zwischen dem Schuldner und den Gläubigern wird um Lösungen gerungen und über Sanierungsbeiträge verhandelt. Der Schuldner möchte das Fremdkapital reduzieren, den Gläubigern geht es in erster Linie um die Bezahlung ihrer Forderungen.²⁴ Da der Schuldner die Sanierung aus eigenen Kräften nur selten schafft,²⁵ bleibt er auf Sanierungsbeiträge der Gläubiger angewiesen. Die Gläubiger hingegen wägen die zu erwartende Konkursdividende²⁶ gegen die Erfolgsaussichten einer Sanierung ab.²⁷ Entscheidet sich ein (Darlehens-)Gläubiger, die Sanierung zu unterstützen, kommt die Verlängerung eines bestehenden Darlehens in Betracht – natürlich neben Stundung und Verzicht. Für einen Gläubiger hat die Verlängerung den Vorteil, dass das bestehende Darlehen zum Sanierungsdarlehen mutieren kann.²⁸ Dieses vermag der Schuldner privilegiert zurückzuzahlen, d.h. es ist von der Anfechtung nach Art. 288 SchKG ausgenommen. Möglich wird die Rückzahlung, weil die Schädigungsabsicht des Schuldners in

¹⁹ Mit Verweis auf BSK EB SchKG-BAUER, Art. 288 N 13, in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, Ergänzungsband zur 2. A., Basel 2017.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts in Sachen SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Zürcher Kantonalbank vom 29. Mai 2008 (BGE 134 III 452 = BGer, 5A_29/2007, 29.5.2008).

²¹ BGE 134 III 452 E. 6.1.

²² Das Bundesgericht misst dem Entscheid folglich keine grundsätzliche Bedeutung zu (Art. 58 Abs. 1 BGER) und erachtet ihn nicht als wegleitend (siehe PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Publikation gerichtlicher Entscheide, in: Daniel Kettiger/Thomas Säggerer [Hrsg.], Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011, 71, Rz. 6). Das ist folgerichtig, da das Bundesgericht bestehende Rechtssätze aus früheren Entscheiden auf einen weiteren Sachverhalt anwendet.

²³ Siehe die Zusammenfassungen und Kommentierungen des Entscheids von LUKAS WIGET, 5A_671/2018: Sanierungsdarlehen und paulianische Anfechtung, www.swissblawg.ch vom 30. November 2020, Internet: https://swissblawg.ch/2020/11/5a_671-2018-sanierungsdarlehen-und-paulianische-anfechtung.html (Abruf 9.2.2021); ANDREAS GÜNGERICH/ANDREA MIESCHER, *ius.focus* 2020, Heft 12, Nr. 317, 23; KARL SPÜHLER, *Pra* 2021 Nr. 8.

²⁴ Neben beispielweise altruistischen Motiven (wie z.B. dem Erhalt von Arbeitsplätzen) oder immateriellen Eigeninteressen (z.B. der Reputation des Gläubigers).

²⁵ Meist deshalb, weil die Unternehmensführung mit dem Ergreifen von Sparmassnahmen so lange zuwartet, bis diese allein zur Sanierung der Gesellschaft nicht mehr ausreichen.

²⁶ Sowie die zu erwartenden Beraterkosten für das Begleiten des Konkursverfahrens.

²⁷ Siehe OLIVER KÄLIN, Asymmetrische Forderungsverzichte, *AJP* 2019, 155 ff., 157.

²⁸ BGE 134 III 452 E. 6.1; BGer, 5A_358/2008, 3.8.2010, E. 2.2.1.

aller Regel fehlt.²⁹ Wenn sich ein Schuldner Geld leiht, um sein Unternehmen zu retten, richtet sich sein Wille in der Regel auf die Sanierung und nicht auf die Schädigung der anderen Gläubiger.³⁰

Das Bundesgericht wiederholt die Voraussetzungen, damit ein Darlehen als Sanierungsdarlehen gilt. Sie sind bereits in BGE 134 III 452 nachzulesen, dort allerdings in den Erwägungen verteilt: (1) Sanierungsbemühungen des Schuldners; (2) günstige Prognose, dass die Sanierungsbemühungen erfolgreich sein werden; (3) Sanierungszweck des Darlehens.³¹ Für die Darlehensverlängerung gelten diese Voraussetzungen ebenfalls. Zu Voraussetzung (3) präzisiert das Bundesgericht, dass der Gläubiger einen Sanierungswillen zeigen müsse (z.B. in einer Sanierungsvereinbarung); weiter wird verlangt, dass sich sein Verhalten von dem gewöhnlicher Kreditgeber unterscheidet (z.B. durch Sonderleistungen, eigentliches Entgegenkommen, direkte Unterstützung).³² Es genügt somit nicht, wenn ein Gläubiger ein bestehendes Darlehen lediglich verlängert. Das gilt, selbst wenn im Vertrag über die Verlängerung steht, dass das Darlehen aufgrund der Sanierung einstweilen nicht zurückgefordert werde. Vielmehr muss der Gläubiger die Sanierung zusätzlich unterstützen, indem er beispielsweise auf einen Teil seiner Forderung verzichtet oder zumindest im Rang zurücktritt. Auch eine (nicht nur minimale) Senkung des Zinssatzes dürfte in Frage kommen. Für die Qualifikation des Sanierungsdarlehens ist somit massgebend, wie weit der Gläubiger dem Schuldner entgegenkommt und durch dieses Entgegenkommen eine Sonderleistung erbringt.³³ Anders formuliert ist ein Sanierungsdarlehen umso eher anzunehmen, je grosszügigere Darlehenskonditionen ein Gläubiger gewährt.

Im besprochenen Fall schlug die Rüge fehl, mit der die A. AG Folgendes vorgebracht hatte: Die Vorinstanz habe zu Unrecht die Darlehensverlängerung in ein Sanierungsdarlehen umgedeutet; so hätten die Banken durch blosses Entgegenkommen die Freistellung von der Anfechtung erreicht.³⁴ Mit der Vorinstanz beurteilte das Bundesgericht die Sanierungs(sonder)leistungen der Banken indessen als ausreichend (Verlängerung der Kreditlimite und Rangrücktrittserklärungen im Umfang von CHF 250'000). Ob eine Darlehensverlängerung und Rangrücktrittserklärungen von ca. 10% der Forderung generell genügen, um als Sanie-

rungsdarlehen zu gelten, ist fraglich und dürfte vom Einzelfall und insbesondere von der Forderungshöhe abhängen.

Die andere Rüge betraf den Sanierungsbegriff: Die A. AG warf der Vorinstanz vor, diesen verkannt zu haben. Da die A. AG letztlich liquidiert werden sollte, liege keine Sanierung vor.³⁵

In der Tat widerspricht eine Liquidation der Sanierung. Das Bundesgericht hatte in früheren Entscheiden festgehalten, dass unter Sanierung sämtliche Massnahmen zu verstehen seien, die auf die finanzielle Gesundung der Gesellschaft abzielen, also auf ihren Fortbestand und die Verhinderung der Liquidation.³⁶

Im vorliegenden Fall stützte das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz, welche einen anfechtungsrelevanten Sanierungsbegriff herangezogen hatte, und hielt fest, dass dieser anfechtungsrelevante Sanierungsbegriff nicht mit dem bilanzrechtlichen Sanierungsbegriff (Art. 725 OR) gleichgesetzt werden könne.³⁷ Es sei aus Sicht der Gläubiger und damit unter Art. 288 SchKG grundsätzlich einerlei, ob die bisherige Gesellschaft weiterbestehe oder untergehe, solange die Gläubiger voll befriedigt werden und der Konkurs abgewendet werde.³⁸

Obschon die bundesgerichtlichen Erwägungen überzeugen, scheint die Unterscheidung zwischen bilanzrechtlichem und anfechtungsrelevantem Sanierungsbegriff unnötig.³⁹ Wesentlich bleibt für den Sanierungsbegriff, dass «damit der Konkurs oder ein Nachlassverfahren abgewendet werden soll».⁴⁰ Dass zudem die Gläubiger vollständig bezahlt werden, darauf kommt es für den Sanierungsbegriff m.E. nicht an. Natürlich ist eine möglichst weitgehende Befriedigung der Gläubiger anzustreben, da die Sanierung stets auch ihnen dient.⁴¹ Allerdings kommt es oft vor, dass Gläubiger Zugeständnisse machen: Sie verzichten z.B. freiwillig ganz oder teilweise auf ihre Forderungen und werden nicht mehr voll befriedigt. Die Frage nach der Bezahlung der Gläubiger betrifft daher die Frage nach der Schädigungsabsicht des Schuldners und damit eine Voraussetzung der Absichtspauliana.

²⁹ Siehe BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 3.5.2.

³⁰ Siehe BGE 137 III 268 E. 4.2.3. a.E. (der Entscheid betrifft Zahlungen für Sanierungsberatung).

³¹ BGE 134 III 452 E. 3, E. 5.

³² BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 3.5.3.

³³ BGE 134 III 452 E. 6.1; BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 4.3.2 a. E.

³⁴ BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 4.3.1.

³⁵ BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 4.1.

³⁶ BGE 138 III 204 E. 3.3.1; 121 III 420 E. 2b; siehe 137 III 268 E. 4.2.3 f.

³⁷ BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 4.1.2.

³⁸ BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 4.1.3.

³⁹ Auch wenn in verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedliche Sanierungsbegriffe existieren (KÄLIN [FN 18], Rz. 54 ff.), bleibt ihnen gemeinsam, dass die Sanierung einen Vorgang beschreibt, der den Weiterbestand der Gesellschaft bezweckt (KÄLIN [FN 18], Rz. 67).

⁴⁰ BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 4.1.2.

⁴¹ GÜNGERICH/MIESCHER (FN 23), 23, mit Hinweis auf die massgebende «Optik der Gläubiger» (BGer, 5A_671/2018, 8.9.2020, E. 4.1.2. und E. 4.1.3).

Wie aber verhält sich die Sanierung zur späteren Liquidation der Schuldnerin? Dazu kann dem Entscheid eine konzise Abgrenzung entnommen werden: Eine finanzielle Gesundung und damit eine Sanierung liegen vor, wenn Konkurs und Nachlassverfahren auf absehbare Zeit abgewendet sind. Schafft die Schuldnerin diese Aufgabe, ist die Sanierung beendet. Ob die Schuldnerin nach der Sanierung trotzdem aufgelöst wird, bleibt Sache der Eigentümer zu entscheiden. Sie können den Entscheid mit dem nötigen Quorum jederzeit fällen (für die AG: Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR). An der abgeschlossenen Sanierung (und am Sanierungsbegriff) ändert sich dadurch aber nichts mehr.

Der besprochene Bundesgerichtsentscheid ist in sich stimmig und knüpft an die bisherige Rechtsprechung an. Er ist ein begrüßenswerter weiterer Baustein für den Gläubiger, um abzuwägen zwischen Hilfe an den notleidenden Schuldner und der Gefahr einer Rückgabe zurückerhaltener Sanierungsgelder (Art. 291 SchKG).