

Olivier Hari\*

## Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen

Die Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens als Sonderfall  
von Artikel 288 SchKG im Lichte von BGE 134 III 452

### Inhaltsübersicht

- I. Zusammenfassung von BGE 134 III 452
  1. Sachverhalt
  2. Zusammenfassung der Erwägungen des Entscheides
    - 2.1 Schädigung der Gläubiger
    - 2.2 Schädigungsabsicht
    - 2.3 Erkennbarkeit der Absicht des Schuldners für den Dritten
- II. Die Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens als Sonderfall von Art. 288 SchKG
  1. Einleitung
  2. Der Begriff des Sanierungsdarlehens
    - 2.1 Sanierungsdarlehen und Zweck der Absichtspauliana
    - 2.2 Darlehen und Darlehensrückzahlung als untrennbare Einheit
    - 2.3 Zweck und charakteristische Merkmale eines Sanierungsdarlehens
      - a. Zweck eines Sanierungsdarlehens
      - b. Merkmale im Einzelnen
      - c. Das Sanierungsdarlehen wird im Interesse der Gläubiger geleistet
  3. Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen *de lege ferenda*
- III. Praktische Auswirkungen des Entscheids auf Darlehensgeber

Absichtspauliana (Art. 288 SchKG); Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 10. Januar 2007.

## I. Zusammenfassung von BGE 134 III 452

### 1. Sachverhalt

Mitte August 1999 gewährte die Zürcher Kantonalbank der SAirGroup eine Kreditlimite von CHF 100 Mio. Anfangs Juli 2001 vereinbarten die Parteien zudem, dass der Kredit der Zürcher Kantonalbank zur sofortigen Rückzahlung fällig gestellt werden könne, falls eine andere Bank den Entschluss fassen sollte, eine Kreditlimi-

te der SAirGroup zu reduzieren, sie nicht zu verlängern oder sie ganz aufzuheben.

Da andere Banken ihre Kredite in der Folge kürzten, bezahlte die SAirGroup der Zürcher Kantonalbank vertragsgemäss am 21. August 2001 CHF 30 Mio., am 5. September 2001 CHF 30 Mio. und am 27. September 2001 CHF 20 Mio. zurück. Unter Berücksichtigung der auf diesen Beträgen angefallenen Zinsen belief sich der Gesamtbetrag der Rückzahlung auf CHF 80 516 263.90. Am 2. Oktober 2001 stellte die SAirGroup ihren Flugbetrieb ein («Grounding»). Am 5. Oktober 2001 wurde ihr provisorische Nachlassstundung gewährt. Mit Urteil vom 20. Juni 2003 bestätigte das Bezirksgericht Zürich einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Im Jahre 2005 leitete die SAirGroup in Nachlassliquidation, vertreten durch ihren Liquidator, gestützt auf Art. 288 SchKG eine Absichtspauliana gegen die Zürcher Kantonalbank ein. Sie forderte, dass die Bank der Nachlassmasse den Betrag von CHF 80 516 263.90 zuzüglich 5 % Zins seit dem 8. Juni 2005 bezahle. Am 10. Januar 2007 wies das Handelsgericht Zürich die Klage der SAirGroup in Nachlassliquidation ab.

Die SAirGroup in Nachlassliquidation reichte beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen ein und beantragte, ihre Klage sei gutzuheissen oder die Sache sei eventualiter zur Neuurteilung ans Handelsgericht zurückzuweisen. Die Zürcher Kantonalbank schloss, soweit auf die Klage eingetreten werde, auf Abweisung des Anspruchs der Beschwerdeführerin. Das Bundesgericht hiess den Antrag und die Klage der SAirGroup in Nachlassliquidation gut.

### 2. Zusammenfassung der Erwägungen des Entscheides

Unter Hinweis auf Art. 288 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs<sup>1</sup>

\* Olivier Hari, Rechtsanwalt, Schellenberg Wittmer (<http://www.swlegal.ch>), Doktorand. Der Autor dankt lic. iur. Andrea Hauser und RA Benno Strub für ihre Hilfe bei der Übersetzung der französischen Fassung dieser Besprechung. Die französische Fassung dieser Besprechung erscheint in der GesKR 4/2008, S. 372 ff.

<sup>1</sup> SR 201.1. Gemäss Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu be-

hielt das Bundesgericht einleitend fest, dass für eine Absichtspauliana kumulativ drei Voraussetzungen, die vom Kläger nachzuweisen sind, gegeben sein müssen: die effektive Benachteiligung bzw. Schädigung eines oder mehrerer Gläubiger (objektive Voraussetzung), die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zu begünstigen, und die Erkennbarkeit für den Dritten, dass die Handlung in der Absicht erfolgt war, Gläubiger zu schädigen bzw. einzelne zu begünstigen (subjektive Voraussetzungen)<sup>2</sup>.

### 2.1 Schädigung der Gläubiger

Das Bundesgericht hält fest, dass im Allgemeinen keine Schädigung vorliegt, wenn die angefochtene Rechtshandlung in einem Austausch gleichwertiger Leistungen besteht. Seines Erachtens stellt die Rückzahlung eines Darlehens aber keine gleichwertige Gegenleistung, sondern die Erfüllung einer vertraglichen Pflicht dar<sup>3</sup>. Erfolgt eine Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens an einen Gläubiger, welcher kein Konkursprivileg genießt, werden die anderen Gläubiger gemäss Bundesgericht jedoch dadurch geschädigt, dass das Vermögen des Schuldners durch die Handlung vermindert wird, was wiederum das Vollstreckungsergebnis bzw. den jeweiligen Anteil der Gläubiger daran entsprechend reduziert<sup>4</sup>.

Da *in casu* der Rückzahlung ein ungesicherter Kredit zugrunde lag, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Zürcher Kantonalbank begünstigt und zumindest die anderen Drittklassgläubiger geschädigt wurden<sup>5</sup>.

### 2.2 Schädigungsabsicht

Gemäss Art. 288 SchKG ist eine Rechtshandlung anfechtbar, wenn der Schuldner die Absicht hatte, einen oder mehrere Gläubiger zu schädigen bzw. einen oder mehrere Gläubiger zum Nachteil der anderen Gläubiger zu begünstigen. Die Schädigungsabsicht liegt vor, sobald der Schuldner hätte voraussehen können oder müssen, dass die fragliche Rechtshandlung Gläubiger schädigt oder gewisse Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner ein solches Ergebnis verfolgen wollte; es genügt, dass er in Kauf nahm, dass die Schädigung der Gläubiger oder die Begünstigung einzelner Gläubiger die natürliche Folge der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung sein könnte<sup>6</sup>.

Nach Ansicht des Bundesgerichts handelte die SAirGroup mit Schädigungsabsicht<sup>7</sup>. Die SAirGroup war sich ihrer finanziellen und strukturellen Schwierigkeiten<sup>8</sup> und des Ausmasses ihres Verlustes (ca. CHF 2,8 Mrd.) ab Beginn des Jahres 2001 bewusst; im Juli 2001 stellte die SAirGroup ihren Bankenvertretern einen «Restructuring Plan» vor<sup>9</sup>. Trotz ihrer finanziellen Schwierigkeiten verfolgte die SAirGroup eine langfristige Kreditpolitik<sup>10</sup>. Sie hätte erkennen können und müssen, dass sie mit der Rückzahlung des Darlehens einen Gläubiger begünstigte, da sie vor der ersten Rückzahlung dauernd in Schwierigkeiten war: Ihre Schulden beliefen sich auf CHF 2 Mrd. und sie war nicht mehr imstande, das notwendige Kapital selbst zu beschaffen.

### 2.3 Erkennbarkeit der Absicht des Schuldners für den Dritten

Die Absicht des Schuldners, sei es direkter Vorsatz oder Eventualvorsatz, muss für den Dritten des Weiteren bekannt oder erkennbar sein<sup>11</sup>. Als für einen Dritten erkennbar hat jede konkrete Situation zu gelten, welche bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte<sup>12</sup>. Es genügt, wenn der Dritte infolge der Umstände hätte erkennen können oder müssen, dass die Schädigung der Gläubiger oder die Begünstigung einzelner unter ihnen die natürliche Folge der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung ist<sup>13</sup>. Nach Ansicht des Bundesgerichts kann einem Vertragspartner keine allgemeine Nachforschungspflicht auferlegt werden. Nur bei Vorliegen deutlicher Anzeichen einer Absicht zur Gläubigerschädigung besteht für den Vertragspartner eine Pflicht im Sinne einer Obliegenheit zu verschärfter Vorsicht und zur Nachfrage beim Schuldner. In Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls ist folglich zu beurteilen, ob der Dritte die Schädigungsabsicht des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung wirklich erkannt hat (Tatfrage) oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen (Rechtsfrage)<sup>14</sup>.

Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Begünstigungsabsicht der SAirGroup für die Zürcher Kantonalbank erkennbar war<sup>15</sup>. Gemäss Bundesgericht gab es jedenfalls seit Beginn des Jahres 2001 zahlreiche Anzeichen<sup>16</sup> für die wirtschaftlichen

nachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, anfechtbar.

<sup>2</sup> BGE 134 III 452, E. 2.

<sup>3</sup> BGE 134 III 452, E. 3.1.

<sup>4</sup> BGE 134 III 452, E. 3.1 *in fine*.

<sup>5</sup> BGE 134 III 455, E. 3.2.

<sup>6</sup> BGE 134 III 452, E. 4.1.

<sup>7</sup> BGE 134 III 452, E. 7.

<sup>8</sup> BGE 134 III 452, E. 7.2. und 7.4.

<sup>9</sup> BGE 134 III 452, E. 7.2.

<sup>10</sup> BGE 134 III 452, E. 7.3.

<sup>11</sup> BGE 134 III 452, E. 4.

<sup>12</sup> BGE 134 III 452, E. 4.2.

<sup>13</sup> BGE 134 III 452, E. 4.2 mit Verweis auf BGE 83 III 82, E. 3b und 99 III 89, E. 4b.

<sup>14</sup> BGE 134 III 452, E. 4.2 *in fine*.

<sup>15</sup> BGE 134 III 452, E. 8.5.

<sup>16</sup> BGE 134 III 452, E. 8.4.

Schwierigkeiten der SAirGroup, aufgrund welcher die Zürcher Kantonalbank hätte erkennen müssen, dass die Rückzahlung des Darlehens durch die SAirGroup Gläubiger schädigen könnte. Die Schwierigkeiten der SAirGroup waren der Öffentlichkeit seit Beginn des Jahres 2001 bekannt. Spätestens im April 2001 hätte die Bank den durch die SAirGroup erlittenen Gesamtverlust und insbesondere die Neubesetzung ihrer Führung bemerken müssen. Am 1. Juni 2001 hatte die Bank im Übrigen das Darlehen nur um einen Monat statt um zwei verlängert, was auch auf ein gewisses Misstrauen hinweist. Das Bundesgericht hat der Bank des Weiteren zum Vorwurf gemacht, dass sie passiv geblieben sei<sup>17</sup>: Da es deutliche Anzeichen der Zahlungsunfähigkeit gab, hätte die Zürcher Kantonalbank sich über die genaue Lage der SAirGroup informieren müssen. Sie hätte die Tatsache in Erwägung ziehen sollen, dass die Rückzahlungen durch ihre Schuldnerin geeignet waren, andere Gläubiger zu schädigen oder gewisse zum Nachteil anderer zu begünstigen<sup>18</sup>.

Im Rahmen seiner Analyse betreffend Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit für einen Dritten präzisiert das Bundesgericht eine alte Rechtsprechung betreffend die Anfechtung einer Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens<sup>19</sup>. Es hält fest, dass die Absichtspauliana Sanierungsmassnahmen nicht verunmöglichen dürfe und dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Sanierungsdarlehen dem Darlehensgeber durch den Schuldner zurückbezahlt werden können muss, ohne dass der Darlehensgeber Gefahr läuft, der Konkursmasse den Gesamtbetrag zurückerstatten zu müssen und entsprechend auf seiner ursprünglichen Darlehensforderung nur die Nachlass- oder Konkursdividende zu erhalten. Das Bundesgericht bestätigt folglich das Prinzip der Nichtanfechtbarkeit der Rückerstattung des Sanierungsdarlehens. Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das Darlehen der Zürcher Kantonalbank nicht die Sanierung der SAirGroup bezweckte, sondern dass die Rückzahlung der Geschäftspolitik der Bank betreffend nicht gesicherte Kredite entsprach<sup>20</sup>. Die Bank konnte sich folglich nicht auf die durch die Rechtsprechung gemachte Ausnahme, welche die Nichtanfechtbarkeit der Rückerstattung von Sanierungsdarlehen betrifft, berufen. Der vorliegende Fall musste vom Bundesgericht somit unter Anwendung der allgemeinen, im Zusammenhang mit Art. 288 SchKG entwickelten Grundsätze beurteilt werden.

## II. Die Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens als Sonderfall von Art. 288 SchKG<sup>21</sup>

### 1. Einleitung

Gemäss Art. 288 SchKG sind alle Handlungen anfechtbar, welche durch den Schuldner in den fünf Jahren vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen wurden, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Art. 331 SchKG<sup>22</sup>, welcher im Falle der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung anwendbar ist, verweist auf diese Bestimmung. Die Absichtspauliana steht nicht offen im Falle der Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages; diese Frage ist jedoch kontrovers<sup>23</sup>.

Die vollumfängliche oder teilweise Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens durch einen Schuldner, über welchen in der Folge der Konkurs eröffnet wird oder welcher die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung erwirkt, kann den betreffenden Darlehensgeber offensichtlich begünstigen. Dieser kann sofort über den gesamten Darlehensbetrag verfügen und ist folglich nicht verpflichtet, den Ausgang der Zwangsvollstreckung abzuwarten, um sein Guthaben – teilweise – zurückzuerhalten; er kann den Betrag anderswo gewinnträchtig anlegen. Die anderen Gläubiger müssen dagegen zunächst ein Konkurs- oder Nachlassverfahren durchlaufen und die Auszahlung der auf ihre Forderungen entfallenden Konkurs- oder Nachlassdividenden abwarten.

Nachstehend wird jedoch auf die Frage eingegangen, unter welchen Voraussetzungen die Rückzahlung eines Darlehens durch den Schuldner nicht der Anfechtung unterliegt. Dies ist der Fall, wenn das Darlehen zwecks Sanierung des Schuldners, also im Interesse aller Gläu-

<sup>21</sup> Die Analyse basiert hauptsächlich auf den Erwägungen der Entscheidung BGE 134 III 452. Punktuell wird auch auf andere Entscheide sowie auf Autoren, die direkt oder indirekt dieselbe Problematik behandeln, verwiesen.

<sup>22</sup> Festzuhalten ist, dass diese Bestimmung kürzlich Gegenstand eines Bundesgerichtsentscheides (BGE 134 III 273) bildete, in welchem festgehalten wurde, dass die zweijährige Verwirkungsfrist der Anfechtungsklage (Art. 292 SchKG) zu jenem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem das Urteil betreffend Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung rechtskräftig wird, und nicht ab Bewilligung der Nachlassstundung.

<sup>23</sup> Man kann sich in der Tat fragen, ob es sich nicht um eine Inkohärenz unseres Rechtssystems handelt und ob es nicht besser wäre, die Anfechtung unabhängig von der Art des bestätigten Nachlassvertrages zuzulassen; siehe DOMINIQUE JUNOD MOSER/LOUIS GAILLARD, n° 5 ad art. 331 LP, in: Dallèves/Foëx/Jeandin (Herausgeber), Commentaire Romand, Poursuite pour dettes et faillite, Basel, Genf, Munich und den Verweis auf Schübach (Droit et actions révocatoires, Commentaire des art. 285 ff., N° 308 zu Art. 285 SchKG).

<sup>17</sup> BGE 134 III 452, E. 8. 4.

<sup>18</sup> BGE 134 III 452, E. 8.

<sup>19</sup> BGE 134 III 452, E. 5. 2.

<sup>20</sup> BGE 134 III 452, E. 6. 2.

biger und ohne Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht gewährt wurde.

## 2. Der Begriff des Sanierungsdarlehens

### 2.1 Sanierungsdarlehen und Zweck der Absichtspauliana

Gemäss Bundesgericht soll das Risiko einer Anfechtung von Rechtshandlungen nicht zur Folge haben, dass zugunsten eines Schuldners vorgenommene Rettungsversuche, die im Interesse der Gläubiger sind, verunmöglicht oder erschwert werden<sup>24</sup>. Der Zweck der Rechtshandlung, welche mittels Absichtspauliana angefochten werden könnte, und der Zusammenhang, in welchem diese allenfalls erfolgt, müssen folglich im Einzelfall beurteilt werden, um festzustellen, ob eine Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht vorlag<sup>25</sup>.

### 2.2 Darlehen und Darlehensrückzahlung als untrennbare Einheit

Ein sehr kurzfristiges Darlehen oder ein Vorschuss, welcher von einem Dritten eingeräumt wurde, damit der Schuldner gewisse Zahlungsausstände begleichen kann, können auch kurzfristig ohne Risiko einer späteren Anfechtung zurückbezahlt werden<sup>26</sup>. Leistung und Gegenleistung stehen hier nämlich in einem Austauschverhältnis und müssen als eine Einheit qualifiziert werden. Dieses Prinzip findet hingegen keine Anwendung mehr, wenn sich die finanzielle Lage des Schuldners, welcher den Kredit empfangen hat, zwischen der Gewährung und der Rückzahlung erheblich verschlechtert hat. Der Zeitablauf in Kombination mit einer Verschlechterung der finanziellen Lage wandelt deshalb die Natur der Forderung, welche nun zu einem langfristigen, ungesicherten Darlehen wird. Im letztgenannten Fall können Leistung und Gegenleistung nicht mehr als Einheit aufgefasst werden<sup>27</sup>.

M.E. ist vor allem die Verschlechterung der finanziellen Situation des Schuldners, welche sowohl dem Dritten als auch dem Schuldner selbst bekannt ist, als entscheidendes Kriterium anzusehen. Der Zeitablauf zwischen Gewährung und Rückzahlung des Darlehens darf demgegenüber für sich alleine keine ausschlaggebende Rolle spielen. Es dürfte nämlich sehr schwierig sein, genau zu bestimmen, wann sich ein kurzfristiger Kredit in ein langfristiges Darlehen umwandelt.

### 2.3 Zweck und charakteristische Merkmale eines Sanierungsdarlehens

#### a. Zweck eines Sanierungsdarlehens

Damit ein Darlehen als Sanierungsdarlehen qualifiziert werden kann – und vom Schuldner entsprechend ohne Risiko einer späteren Anfechtung zurückbezahlt werden kann – muss es zum Zwecke der Sanierung gewährt worden sein<sup>28</sup>. So hilft das Sanierungsdarlehen, wenn dadurch dem Schuldner effektiv liquide Mittel zufließen, schnell, wenn auch nur vorübergehend, eine Liquiditätskrise zu überwinden<sup>29</sup>. Es verhindert jedoch aufgrund seiner Zugehörigkeit zum Fremdkapital nicht eine allfällige Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR.

Das Darlehen darf nicht bloss mit der Absicht möglichst rascher Rückzahlung und möglichst hoher Zinserträge gewährt worden sein<sup>30</sup>. Vielmehr muss der Zins, zu dem das Sanierungsdarlehen gewährt wurde, angemessen sein und darf nicht an Wucher grenzen. Der Zinssatz bildet insofern ein Kriterium, um den tatsächlichen, vom Darlehensgeber anvisierten Zweck zu eruieren. Dieser darf nicht einerseits vorgeben, dem Schuldner helfen zu wollen, und andererseits gleichzeitig einen derart hohen Zinssatz verlangen, dass dieser den Schuldner erneut in Schwierigkeiten bringt. M.E. müssen die Zinsen deshalb marktüblich – wie wenn der Schuldner nicht in Schwierigkeiten stecken würde – oder allenfalls sogar leicht tiefer angesetzt sein. Allerdings darf man nicht so weit gehen und fordern, dass der Darlehensgeber dem Schuldner unentgeltlich und ohne eigene Gewinnaussichten Kapital zur Verfügung stellt.

#### b. Merkmale im Einzelnen

Aufgrund der zur Verfügung gestellten Mittel muss eine Sanierung objektiv betrachtet ernsthaft überhaupt in Betracht gezogen werden können. In zweiter Linie folgt, dass die zur Verfügung gestellten Mittel es auch tatsächlich erlauben, diesen Zweck zu erreichen<sup>31</sup>.

Die Sanierung kann objektiv in Betracht gezogen werden, solange die finanzielle Situation des Schuldners nicht aussichtslos ist und das Darlehen hilft, eine Liquiditätskrise zu überwinden. Bevor das Darlehen und die Rückzahlungsbedingungen vereinbart werden, muss der Darlehensgeber entsprechend die Chancen auf eine Verbesserung der finanziellen Lage abklären und eine diesbezügliche Prognose stellen können. Diese Chancen auf eine Verbesserung müssen objektiv, klar und

<sup>24</sup> BGE 134 III 452, E. 4.2; BGE 99 III 27, E. 5; BGE 78 III 83, E. 2; BGE 33 II 345.

<sup>25</sup> BGE 134 III 452, E. 4.2.

<sup>26</sup> BGE 134 III 452, E. 5.3.

<sup>27</sup> BGE 78 III 83, E. 2.

<sup>28</sup> BGE 134 III 452, E. 5.3 und 5.5.

<sup>29</sup> ARMAND RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002, 190.

<sup>30</sup> BGE 134 III 452, E. 5.2 a.E. und 5.5.

<sup>31</sup> BGE 134 III 452, E. 5.3.

unzweideutig<sup>32</sup> sowie langfristig<sup>33</sup> vorhanden sein. Sodann müssen alle Gläubiger von der Verbesserung der finanziellen Lage des Schuldners profitieren können<sup>34</sup>. Die Hoffnung hierauf allein genügt nicht. Zudem muss die Möglichkeit einer Verschlechterung der Situation zwischen dem Zeitpunkt der Darlehensgewährung und der Rückzahlung des Darlehens ausgeschlossen werden können<sup>35</sup>. Der gutgläubige Darlehensgeber darf eine Verschlechterung der finanziellen Lage des Darlehensnehmers nicht in Betracht ziehen können, sondern muss vielmehr davon ausgehen, dass sich der Schuldner nur vorübergehend in einer angespannten finanziellen Lage befindet<sup>36</sup>, z. B. weil sich der Rückfluss von liquiden Mitteln verzögert.

Die neuen Mittel, welche dem Schuldner zur Verfügung gestellt werden, müssen gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts den tatsächlichen Bedürfnissen des Schuldners entsprechen und effektiv geeignet sein, den anvisierten Zweck zu erreichen<sup>37</sup>. Diese Voraussetzung ist ziemlich streng, wenn man bedenkt, dass die Gewährung bzw. Rückzahlung eines Darlehens, welches gemäss Definition Fremdkapital darstellt, keine Auswirkung auf die Verluste und die Überschuldung des Schuldners hat, soweit und solange mit dem geliehenen Geld die Schulden getilgt werden können. Abstrakt gesprochen ist der einzige positive Effekt eines Sanierungsdarlehens darin zu sehen, dass es dem Schuldner die Möglichkeit verschafft, die kurzfristigen Verpflichtungen einzuhalten, und verhindert, dass ein Gläubiger ein Betreibungsbegehren stellt, das zu einem Konkurs führen könnte.<sup>38</sup>

In gewissen Fällen erlaubt das Sanierungsdarlehen allerdings auch, die Schulden zu reduzieren, und zwar deshalb, weil es ein gewichtiges Argument im Rahmen von Verhandlungen über Schuldenerlasse darstellt. Das ist allerdings nur dann der Fall, wenn das Darlehen anlässlich einer Kapitalerhöhung in Eigenkapital gewandelt wird, das Eigenkapital also erhöht wird, und man, zumindest im Sinne von Art. 725 OR, von einer Sanierung wirklich sprechen kann.

### c. Das Sanierungsdarlehen wird im Interesse der Gläubiger geleistet

Ein besonderer Behandlung würdiges Sanierungsdarlehen kann nur dann angenommen werden, wenn berechnete, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen bestehen. Das heisst also, nur wenn berechtigterweise davon ausgegangen werden kann, dass die Sanierungsbemühungen erfolgreich sein werden, **und wenn die Darlehensgewährung, die Hinausschiebung des Rückzahlungszeitpunktes oder die Erhöhung der Darlehenssumme tatsächlich die Sanierung des Darlehensnehmers bezwecken**, kann davon ausgegangen werden, dass das Sanierungsdarlehen im Interesse aller Gläubiger geleistet wurde<sup>39</sup>. Nur unter diesen Voraussetzungen kann die Rückzahlung des Darlehens an den Darlehensgeber nicht mit einer *actio pauliana* angefochten werden. Dieses Prinzip gilt auch, wenn das Darlehen dazu dient, privilegierte Gläubiger zu befriedigen oder pfandgesicherte Forderungen zu bezahlen, so dass die Pfandsicherheiten frei werden<sup>40</sup>. Bei den privilegierten Gläubigern ist v.a. an die Sozialversicherungen zu denken, wobei daran erinnert sei, dass die Nicht-Bezahlung von Schulden diesen gegenüber einen Straftatbestand erfüllen kann<sup>41</sup>.

### 3. Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen *de lege ferenda*

Die mit der Revision des Nachlassverfahrens befasste Expertengruppe hat im April 2008 einen Expertenbericht<sup>42</sup> mit einem Vorprojekt zur Revision<sup>43</sup> vorgelegt. Das Sanierungsdarlehen und die Notwendigkeit seiner privilegierten Behandlung wurden darin geprüft. Die Expertengruppe kam zum Schluss, dass eine substantielle Änderung des SchKG in diesem Sinne nicht notwendig sei. Gemäss der Expertengruppe erlaubt Art. 310 Abs. 2 SchKG, vom Schuldner zu Sanierungszwecken aufgenommene Darlehen mit Einverständnis des Konkursverwalters als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren. Es wird keine spezifische Regelung bezüglich des Sanierungsdarlehens und seiner vor dem Konkurs des Schuldners erfolgten Rückzahlung vorgeschlagen.

<sup>32</sup> In der Erwägung 5.3 von BGE 134 III 452 wird auf die beiden Autoren HANS MERZ, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1949–1952, ZBJV 90/1954, S. 168 und JEAN CASTELLA, La connivence du bénéficiaire de l'acte révocable d'après l'art. 288 LP, JdT 1956 II 67 (79 ff.) verwiesen.

<sup>33</sup> THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch das Aktienrecht, Diss. Zürich, Basel/Genf 2004, p. 170, n° 556 *in fine*.

<sup>34</sup> REBSAMEN, *op. cit.*, S 162, n° 535.

<sup>35</sup> BGE 78 III 83, E. 2.

<sup>36</sup> BGE 53 III 78.

<sup>37</sup> BGE 74 III 48, E. 4; BGE 53 III 78.

<sup>38</sup> BGE 74 III 48, E. 4. In diesem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass das von einem Dritten gewährte Darlehen dazu bestimmt war zu verhindern, dass verzweifelte Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner einleiten. Das Darlehen wurde jedoch als zu wenig hoch eingestuft, um das erhoffte Resultat zu erreichen, und das Pfandrecht, welches zur Sicherung des Darlehens begründet worden war, wurde als anfechtbar qualifiziert.

<sup>39</sup> BGE 134 III 452, E. 5.3.

<sup>40</sup> BGE 99 III 27, E. 5.

<sup>41</sup> Vgl. u.a. Art. 159 StGB.

<sup>42</sup> Bericht von Juni 2008, einsehbar auf der offiziellen Homepage des Bundesamtes für Justiz unter [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf) (eingesehen am 5. November 2008).

<sup>43</sup> Vorprojekt von Juni 2008, einsehbar auf der offiziellen Homepage des Bundesamtes für Justiz unter [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0004.File.tmp/ve-entw-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0004.File.tmp/ve-entw-d.pdf) (eingesehen am 5. November 2008).

Es ist in der Tat nicht erforderlich, im Gesetz jede Ausnahme von der Regel festzuhalten. Es ist vielmehr Aufgabe der Gerichte, Lösungen zu entwickeln und Ausnahmekataloge zu erstellen, ohne dass jedoch das Gesetz nach Ermessen des Richters konstant angepasst werden müsste. Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid und die umfangreichen Ausführungen, welche dem Begriff der Sanierung gewidmet sind, erscheinen somit ausreichend präzise.

### III. Praktische Auswirkungen des Entscheids auf Darlehensgeber

Der Entscheid des Bundesgerichts hat für Investoren und auch alle übrigen Gläubiger wichtige praktische Konsequenzen.

Aus Sicht von Investoren wird er Risikokapitalinvestoren (*private equity, venture capital*), welche Wandeldarlehen (*convertible loans*) an in Schwierigkeiten steckende Gesellschaften vergeben, interessieren. Da ihre Investition begriffsnotwendig zur Vermehrung des Vermögens bestimmt ist, dürfte das Bundesgericht das Vorliegen einer Sanierungsabsicht verneinen. Bei Zahlungsunfähigkeit stünde daher jegliche vertragliche Abmachung zur vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens im Widerspruch zu den im vorliegend kommentierten Entscheid entwickelten Prinzipien.

Die gleichen Regeln gelten bei Bankdarlehen. Rückzahlungen durch den sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Darlehensnehmer, welche aufgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Bank oder anderer spezifischer Vertragsbestimmungen, die beim Eintreten bestimmter Umstände (z.B. Zahlungsverzug) eine sofortige Rückzahlungspflicht des Kredites vorsehen, erfolgen, könnten daher unter den obgenannten Bedingungen anfechtbar sein. Es ist anzufügen, dass diese neue Rechtsprechung *mutatis mutandis* auch bei Vereinbarung von Sicherheiten als Garantie für die Rückzahlung eines Darlehens anwendbar ist: So unterläge eine Globalzession künftiger Forderungen zur Besicherung eines nicht als eigentliches Sanierungsdarlehen qualifizierten Darlehens ebenfalls der Anfechtung.

In Anbetracht der in Zukunft geltenden strikten Regelung kann man Kreditgebern in erster Linie raten, vor der Gewährung eines Darlehens die Zahlungsfähigkeit ihrer Vertragspartner vermehrt zu prüfen. Soweit möglich sollte das Darlehen bzw. die Kreditlinie von Anfang an besichert sein (z. B. durch Faust- oder Grundpfand, Abtretung von Forderungen). Ein Sanierungsdarlehen sollte im Übrigen im Vertrag als solches bezeichnet werden. Der Darlehensgeber sollte schliesslich die Aktivitäten seines Vertragspartners genau verfolgen und regelmässig Einsicht in seine finanzielle Situation verlangen, um so möglichst früh das Risiko einer finanziellen

Krise erkennen und den Darlehensvertrag kündigen zu können und sich das Darlehen zurückzahlen zu lassen, solange der Schuldner noch zahlungsfähig ist.

Im vorliegenden Fall nimmt das Bundesgericht eine ziemlich strenge Haltung gegenüber den Vertragspartnern von Schuldnern in finanziellen Schwierigkeiten ein, über welche anschliessend der Konkurs eröffnet wurde oder eine Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung erfolgte. Bei strikter Anwendung der vom Bundesgericht entwickelten Prinzipien besteht die Gefahr, dass jede Zahlung oder andere Leistung an einen Dritten durch einen Schuldner in Schwierigkeiten Gegenstand einer Absichtspauliana bilden kann, wenn die fragliche Leistung nicht notwendig war oder keinen Sanierungszweck verfolgte. Eine solche Interpretation wäre jedoch nicht tragbar und hätte eine kontraproduktive Wirkung. Sie würde darauf hinauslaufen, dass dem Schuldner sämtliche Vertragspartner entzogen würden.

Es bleibt anzufügen, dass das Bundesgericht einen Katalog von Alarmsignalen aufgestellt hat, die einen Vertragspartner veranlassen sollen, aktiv beim Schuldner Informationen über die finanzielle Lage einzuholen: massive Verluste; Fehlen von Liquidität; rein fremdfinanzierte liquide Mittel; Eröffnung von Kreditlimiten; Verkauf von Konzerngesellschaften oder Unternehmensteilen; durch die Medien publizierte finanzielle Schwierigkeiten.

Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Erkennbarkeit der Schädigung auch erwiesen ist, wenn der begünstigte Dritte im Sinne rein objektiver Kriterien fahrlässig gehandelt hat. Der Dritte kann sich folglich gemäss Rechtsprechung nicht auf subjektive Entschuldigungsgründe berufen, um der Anfechtung zu entgehen.