

Sanierungsdarlehen

Von PD Dr. iur. LUKAS GLANZMANN, Zürich/St.Gallen*

I. Einleitung

Der Begriff «Sanierungsdarlehen» hatte bis vor Kurzem keine feste Bedeutung. Erst im Jahre 2008 tauchte er – soweit ersichtlich – zum ersten Mal in einem Bundesgerichtsentscheid auf. Das Bundesgericht hat den Begriff in einem von zahlreichen Anfechtungsprozessen in Sachen SAir Group eingeführt und zwar im sog. ZKB-Entscheid.¹ Seither tauchte der Begriff noch in den Entscheiden gegen Bank X (Money Market Line)² und Z Bank (Betriebsmittelrahmenkredit)³ auf. Bemerkenswert ist, dass nach Auffassung des Bundesgerichts weder im ZKB-Entscheid noch in den beiden anderen Entscheiden die Voraussetzungen für ein Sanierungsdarlehen erfüllt waren, weshalb die ganzen Erörterungen zum Sanierungsdarlehen bis heute *obiter dicta* blieben.

Um was geht es in diesen Entscheiden? Die fraglichen Banken haben sich von der SAir Group vor deren Grounding von Anfang Oktober 2001 Darlehen zurückbezahlen lassen. Im ZKB-Entscheid waren es CHF 30 Mio. am 21.8.2001, CHF 30 Mio. am 5.9.2001 und CHF 20 Mio. am 27.9.2001 (also nach dem 11. September). Der Betriebsmittelrahmenkredit über CHF 80 Mio. der Z Bank wurde am 29.8.2001 und die Money Market Line über CHF 50 Mio. der Bank X am 29.6.2001 zurückbezahlt.

Das Bundesgericht hat die Anfechtungsklagen gegen diese Darlehensrückzahlungen in den erwähnten Entscheiden gutgeheissen. Es hat dabei seine Rechtsprechung bestätigt, dass die Rückzahlung eines

* Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zurich, Privatdozent an der Universität St. Gallen. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die schriftliche Fassung eines Referats, das der Autor am 27.01.2010 vor der Fachgruppe Bankenrecht des Zürcherischen Anwaltsverbandes gehalten hat. Der Autor dankt MLaw Fabian Sutter für die Bearbeitung der Fussnoten. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakernet.com).

1 BGE 134 III 452.

2 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009.

3 BGer 5A_386/2008 v. 06.04.2009.

Darlehens anfechtbar ist, wenn sie kurz vor Konkurseröffnung erfolgt. Diese Praxis hat es seit längerer Zeit auf sämtliche Darlehen angewendet, also auch auf Sanierungsdarlehen. Leidet nun eine Gesellschaft an einem Liquiditätsengpass, dann stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ihr ein Überbrückungskredit bzw. ein Sanierungsdarlehen gewährt werden soll. Sofern das Sanierungsdarlehen nämlich nicht den erhofften Erfolg – also die Sanierung der Gesellschaft – zeitigt, hat der Kreditgeber das Risiko, dass die Gesellschaft entweder in Konkurs fällt und er nur noch eine Konkursdividende erhält oder die Rückzahlung zwar kurz vor dem Konkurs erfolgt, aber später angefochten wird. Auch im zweiten Fall erhält der Darleiher letztlich nur noch eine Konkursdividende. Bis anhin hat sich die Praxis zur Überwindung dieses Dilemmas damit beholfen, dass ein Überbrückungskredit stets besichert wurde. Das Bundesgericht hat nun aber im erwähnten *obiter dictum* erklärt, dass die Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens nicht angefochten werden könne.⁴ Damit stellt sich nur noch die Frage, was ein gewöhnliches Darlehen zu einem bundesgerichtlichen Sanierungsdarlehen macht.

Im Folgenden wird das vom Bundesgericht geschaffene Konstrukt des Sanierungsdarlehens kritisch betrachtet. Dabei ist vorab die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und nachträglichen Besicherungen darzustellen. Die Ausführungen konzentrieren sich auf Darlehen, die von unabhängigen Dritten gewährt werden, d.h., der ganze Bereich der kapitalersetzenden Darlehen wird ausser Acht gelassen.

II. Voraussetzungen einer Anfechtung

1. Allgemeine Voraussetzungen

Rechtshandlungen eines Schuldners sind paulianisch anfechtbar, wenn sie zu einer Schädigung der Gläubiger führen. Der Anfechtung unterliegen allerdings nur Handlungen, die unter einen der Tatbestände von Art. 286–288 SchKG fallen (sog. Schenkungs-, Überschuldungs- und Absichtsanfechtung).

4 BGE 134 III 452 E. 5.2.

Die angefochtenen Handlungen müssen während einer bestimmten Frist vor Konkurseröffnung bzw. Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung⁵ vorgenommen worden sein. Diese sog. Verdachtsfrist oder *période suspecte* beträgt bei der Schenkungs- und Überschuldungsanfechtung ein Jahr und bei der Absichtsanfechtung fünf Jahre. Sie verlängert sich um die Dauer eines vorausgehenden Nachlassverfahrens, die Dauer eines etwaigen Konkursaufschubes nach Art. 725a OR und auch um die Dauer der Betreuung, die zum Konkurs führt.⁶ Daraus folgt zweierlei: Einerseits ist eine Handlung überhaupt nur anfechtbar, wenn die Schuldnergesellschaft in Konkurs fällt oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wird. Andererseits sind Handlungen, die vor Beginn der jeweiligen Verdachtsfrist vorgenommen worden sind, nicht anfechtbar.

2. Gläubigerschädigung

a. Allgemeines

Wichtigste Voraussetzung jeder erfolgreichen Anfechtung ist, dass die angefochtene Handlung alle oder einzelne Gläubiger tatsächlich schädigt. Eine Gläubigerschädigung tritt ein, wenn die angefochtene Handlung entweder das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren sonst wie verschlechtert:⁷ Während z.B. der Verkauf eines Aktivums unter seinem Marktwert das Vollstreckungssubstrat vermindert, kann die Begründung neuer Verbindlichkeiten zu einer anderweitigen Verschlechterung der Stellung der Gläubiger führen.

Ob die anfechtbare Handlung zu einer Gläubigerschädigung führt, ist im konkreten Fall zu beurteilen. So liegt z.B. keine Gläubigerschädigung vor, wenn gleichwertige Leistungen Zug um Zug

⁵ Art. 331 Abs. 2 SchKG. Beim ordentlichen Nachlassvertrag besteht keine Anfechtungsmöglichkeit; BGE 134 III 273 E. 4.4.2.

⁶ Art. 288a SchKG.

⁷ BGE 135 III 265 E. 2, 134 III 452 E. 2, 99 III 27 E. 3.

oder gegen Vorauszahlung ausgetauscht werden,⁸ wie z.B. bei der Veräußerung eines Aktivums gegen Geld (sog. Aktiventausch).⁹ Nach Ansicht des Bundesgerichts können jedoch selbst solche Geschäfte zu einer Gläubigerschädigung führen, wenn der Schuldner mit dem fraglichen Geschäft lediglich den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger zu verfügen.¹⁰

Die tatsächliche Schädigung wird nach konstanter Praxis des Bundesgerichts zugunsten der Konkursmasse vermutet, d.h., sie muss vom Kläger nicht bewiesen werden.¹¹ Diese Vermutung kann der Anfechtungsbeklagte durch den Gegenbeweis, dass die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners geschädigt worden wären, widerlegen.¹² Die Anfechtungsklage bezweckt nämlich nicht eine Bestrafung des beklagten Gläubigers, sondern sie dient der Wiederherstellung des Zustandes, in welchem sich das Vermögen des Schuldners ohne das angefochtene Geschäft im Zeitpunkt der Konkursöffnung befunden hätte.¹³

b. *Gläubigerschädigung beim Passiventausch*

Weniger klar ist die Lehre und Rechtsprechung beim Passiventausch. Die Gesamtheit der Gläubiger wird grundsätzlich nicht geschädigt, wenn die Schuldnergesellschaft für die Bezahlung bestehender Verbindlichkeiten keine Aktiven verwendet, sondern dafür neue Verbindlichkeiten eingeht, d.h., wenn ein sog. Passiventausch vorliegt.¹⁴ Dieser Fall liegt z.B. vor, wenn eine Bank eine bestehende Verbindlichkeit der Schuldnergesellschaft ablöst oder wenn die

8 HANS-UELI VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, in: GesKR 2009 II, 163–190, 175 f., vertritt die Auffassung, dass beim Austausch gleichwertiger Leistungen der Zeitpunkt der Leistung der Schuldnergesellschaft nicht relevant sein darf, d.h., dass auch bei einer nachträglichen Leistung keine Gläubigerschädigung stattfindet.

9 BGE 99 III 27 E. 4, 79 III 174. Als Beispiel, in dem der Gläubigerschaden verneint wurde, vgl. BGer 5A_420/2008 v. 28.05.2009 E. 6 («Total Return Swap»).

10 BGE 130 III 235 E. 2.1.2, 101 III 92 E. 4a.

11 BGE 134 III 615 E. 4.1, 85 III 185 E. 2a.

12 BGE 134 III 615 E. 4.1, 85 III 185 E. 2a.

13 BGE 134 III 615 E. 4.1, 99 III 27 E. 3, 85 III 185 E. 2a.

14 DIETER ZOBL, Fragen zur paulianischen Anfechtung, in: SJZ 2000, 25–37, 30; ANDREAS DIEM, Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1987, 93.

Schuldnergesellschaft ein Konto überziehen kann. Sofern die kreditgebende Bank der Erhöhung ihrer Forderung zustimmt, liegt keine für eine Anfechtungsklage erforderliche Gläubigerschädigung vor. Anders als nach der bundesgerichtlichen Praxis zur Verantwortlichkeitsklage¹⁵ muss bei der Anfechtungsklage die Zustimmung eines Gläubigers zu einer Schädigung relevant sein. Letztlich bezweckt die Anfechtungsklage ja die Wiederherstellung des Zustands, der ohne die inkriminierte Handlung vorgelegen hätte.¹⁶ Auf diese Wiederherstellung kann aber nur ein Anspruch bestehen, soweit ein Gläubiger geschädigt wurde, welcher der entsprechenden Handlung nicht zugestimmt hat.

Gewisse Autoren vertreten die Meinung, dass auch beim Passiventausch eine Gläubigerschädigung vorliege, weil er nicht anders zu beurteilen sei, als wenn die Bank das Geld zuerst der Schuldnergesellschaft überweist und diese dann zugunsten eines Gläubigers darüber verfügt.¹⁷ Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen, denn es kann nicht sein, dass ein bestimmtes Verhalten als Umgehungsgeschäft pönalisiert wird, wenn der notwendige Erfolg, nämlich die Schädigung von Gläubigern, ausbleibt. Hinzu kommt, dass die Bank eine bestimmte Verbindlichkeit der Schuldnergesellschaft auch dadurch begleichen könnte, dass sie sich die Forderung abtreten lässt; in diesem Fall ist einzig die betreffende Bank geschädigt, jedoch kein anderer Gläubiger.¹⁸ Wirtschaftlich das genau gleiche Resultat wird erreicht, wenn die Schuldnergesellschaft die Bank anweist, eine Verbindlichkeit direkt zu bezahlen, indem ein bereits im Soll geführtes Konto belastet wird. Auch in diesem Fall wird nur die betroffene Bank geschädigt.

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn eine Bank das Darlehen zuerst einem Konto – vielleicht auch bei einer anderen Bank – gutschreibt und anschliessend von diesem im Haben geführten Konto die Vergütung getätigt wird. Ein solches Vorgehen kann z.B. aus abwicklungstechnischen Gründen angezeigt sein. Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass ein im Haben geführtes

15 Vgl. BGer 4A.478/2008 v. 16.12.2008 E. 4.3.2.

16 S. oben II.2a.

17 ZOBL (Fn. 14), 33.

18 ZOBL (Fn. 14), 33. Eine Anfechtung – ausser nach Art. 214 SchKG – ist in diesem Fall schon deshalb nicht möglich, weil keine Handlung der Schuldnergesellschaft vorliegt.

Konto sämtlichen Gläubigern als Haftungssubstrat zur Verfügung steht. Sofern das Konto bei der kreditgebenden Bank geführt wird, stimmt diese Regel allerdings nur, wenn die Bank kein Verrechnungsrecht hat, was praktisch nie der Fall ist. Hinzu kommt, dass es m.E. keinen Unterschied machen darf, ob eine Verbindlichkeit direkt beglichen oder der entsprechende Betrag rein abwicklungstechnisch zuerst einem anderen Konto gutgeschrieben wird. Deshalb muss auch in diesem Fall die Anfechtung immer dann ausgeschlossen sein, wenn die kreditgebende Bank nicht bereit gewesen wäre, das Darlehen der Schuldnergesellschaft zur freien Verfügung auszubezahlen, d.h., wenn dieses Vorgehen rein abwicklungstechnisch gewählt wurde.¹⁹

In all diesen Konstellationen liegt selbstverständlich nur dann keine Gläubigerschädigung vor, wenn dem neuen Kreditgeber weder ein Konkursprivileg noch eine Sicherheit oder eine Verrechnungsmöglichkeit zusteht, die der befriedigte Gläubiger nicht hatte.

c. *Gläubigerschädigung bei Zahlungen im Zusammenhang mit Darlehen*

Nach den allgemeinen Ausführungen über die Gläubigerschädigung stellt sich nun die Frage, wie durch Zahlungen im Zusammenhang mit einem Darlehen Gläubiger geschädigt werden können. Dabei sind Darlehensrückzahlung, Zinszahlungen und Gebühren zu unterscheiden. Nie zu einer Gläubigerschädigung führt die Aufnahme eines unbesicherten Darlehens,²⁰ weshalb dieser Fall im Folgenden nicht diskutiert wird.

aa) *Darlehensrückzahlungen*

Das Bundesgericht stellt in absolut konstanter Rechtsprechung immer wieder fest, dass eine Darlehensrückzahlung an den Darleiher die übrigen Gläubiger schädigt, weil deren Vollstreckungsergebnis vermindert und der befriedigte Darleiher gegenüber den verblei-

¹⁹ Gl.M. ZOBL (Fn. 14), 33.

²⁰ DIEM (Fn. 14), 99. Die vor allem in Deutschland vertretene Auffassung, dass die Gewährung eines Darlehens eine Beihilfe zur Konkursverschleppung sei, wird in der Schweiz mit guten Gründen abgelehnt; vgl. VITO ROBERTO, Die Haftung der Bank als Kreditgeberin, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht – Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel 2006, 124.

benden Gläubigern begünstigt werde.²¹ Es begründet diese Rechtsprechung damit, dass die Darlehensrückzahlung nicht die Gegenleistung für die Darlehenshingabe sei, sondern die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zur späteren Rückzahlung.²² Daraus folgert es, dass bei einer Darlehensrückzahlung nicht von einem Austausch gleichwertiger Leistungen gesprochen werden könne, weshalb die Rückzahlung anfechtbar sei.

Die vom Bundesgericht immer so betonte Qualifikation der Rückzahlungspflicht ist für die Beurteilung, ob die Darlehensrückzahlung zu einer Gläubigerschädigung führt, irrelevant. Wesentlich ist viel mehr, dass die Darlehenshingabe und -rückzahlung nie Zug um Zug erfolgen, weil sonst gar kein Darlehen vorläge. Eine kreditgebende Bank ist somit immer eine Gläubigerin, die potenziell zu Lasten der übrigen Gläubiger bevorzugt werden kann, wenn ihre Forderung befriedigt wird.

Doch auch eine Bank kann gegenüber der Borgergesellschaft Leistungen erbringen, die eine gleichwertige Gegenleistung zur Darlehensrückzahlung sein können. So kann die Bank z.B. als Gegenleistung für die teilweise Rückzahlung eines Darlehens den anderen Teil des Darlehens stunden oder nicht fällig stellen. Der Effekt einer solchen Massnahme könnte z.B. sein, dass der Eintritt eines *Cross-Default*²³ verhindert wird. Dadurch kann die Gesellschaft unter Umständen vor einer sofortigen Illiquidität geschützt und ein noch viel grösserer Schaden für ihre Gläubiger abgewendet werden. Dabei ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass die Verhinderung eines *Cross-Default* kein genereller Rechtfertigungsgrund sein kann;²⁴ immerhin muss aber im konkreten Fall dargelegt werden können, dass der Eintritt eines *Cross-Default* für die Gläubiger negativere Folgen gehabt hätte.

Das Gleiche gilt, wenn die Bank als Gegenleistung noch nicht benutzte Kreditlinien offenhält. Dies kann insbesondere bei Gesellschaften, die über eine komplexe Finanzierungsstruktur verfügen und

21 BGE 134 III 452 E. 3.1, BGer 5A_386/2008 v. 06.04.2009 E. 3, BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 5, BGer 5A_420/2008 v. 28.05.2009 E. 2, BGE 99 III 27 E. 5.

22 BGE 134 III 452 E. 3.1, 99 III 27 E. 5.

23 *Cross-Default*-Klauseln besagen, dass ein Darlehen kündbar wird, wenn unter einem anderen Darlehensvertrag, den die Borgergesellschaft abgeschlossen hat, ein Kündigungsgrund vorliegt.

24 BGer 5A_386/2008 v. 06.04.2009 E. 4.3.

sich am Kapitalmarkt finanziert haben, zutreffen. Leider hat das Bundesgericht solche Fragen noch nie eingehend diskutiert. Vielmehr hält es z.B. im ZKB-Entscheid fest: «Im Lichte der Rechtsprechung ist der Einwand unberechtigt, die Teilrückzahlungen seien die Gegenleistung für die teilweise Verlängerung des bestehenden Kredits».²⁵ Oder im Entscheid betreffend die Money Market Line sagt es: «Ausserdem war klar, dass mit der Teilrückzahlung des Darlehens kein operativer Zweck verfolgt, sondern letzte vorhandene Liquidität abgeführt wurde.»²⁶ Es verkennt damit, dass auch eine Darlehensrückzahlung operativ begründet sein kann. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn ein Verzug so gravierende Folgen hätte, dass sämtliche operativen Sanierungsmassnahmen obsolet würden.

Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, dass jede Darlehensrückzahlung zu einer Gläubigerschädigung führt, ist aber auch noch aus einem anderen Grund fraglich: Die Erfahrung zeigt, dass der Zeitpunkt der Konkurseröffnung primär durch die vorhandene Liquidität und nicht etwa durch eine bestehende Überschuldung gesteuert wird. Deshalb ist das – möglicherweise nicht rechtmässige, aber wahrscheinliche – Alternativverhalten zu einer Darlehensrückzahlung, dass die Gesellschaft die Liquidität anderweitig verbraucht und den Richter erst dann benachrichtigt hätte, wenn die Liquidität aufgebraucht ist.²⁷ Die übrigen Gläubiger sind in diesem Fall weder besser noch schlechter gestellt als bei einer Darlehensrückzahlung.

Wie bereits erwähnt, tritt bei einer Darlehensrückzahlung keine Gläubigerschädigung ein, wenn ein eigentlicher Passiventausch vorliegt.²⁸ Das Gleiche gilt, wenn der befriedigte Darleiher gegenüber der Schuldnergesellschaft eine werthaltige Sicherheit oder ein Verrechnungsrecht hatte. Wurde hingegen die Sicherheit von einem Dritten bestellt, dann führt zwar die Rückzahlung durch die Schuldnergesellschaft nicht notwendigerweise zu einer Begünstigung des befriedigten Darleihers, aber dennoch zu einer Schädigung der übrigen Gläubiger der Schuldnergesellschaft. Der Dritte, der die Sicherheit bestellte, wird zudem begünstigt, weil der befriedigte Darleiher diese nicht verwerten wird; bei einer Verwertung hätte der Dritte ge-

25 BGE 134 III 452 E. 3.2.

26 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 6.3.

27 DIEM (FN 14), 76.

28 Vgl. dazu oben II.2.b.

genüber der Schuldnergesellschaft zwar einen Rückgriffsanspruch im Umfang des Wertes der Sicherheit gehabt, doch würde er auf diesen Anspruch lediglich eine Konkursdividende erhalten.²⁹

bb) Zinsen

Zinsen sind die Gegenleistung für das Überlassen eines Darlehens.³⁰ Üblicherweise werden Zinsen nachträglich bezahlt. Werden fällige Zinsen nicht bezahlt, dann kann die Bank das Darlehen kündigen und zur Rückzahlung fällig stellen.³¹ Daneben kann die Bank z. B. auch noch nicht beanspruchte Kreditlimiten schliessen.

Ob die Bezahlung von Zinsen die Gläubiger schädigt, ist wiederum anhand des konkreten Falls zu beurteilen. Dabei ist nicht nur der durch die Zinszahlungen verursachte Mittelabfluss relevant, sondern es sind auch die übrigen Folgen einer Nichtbezahlung von Zinsen zu berücksichtigen: Es besteht die Gefahr, dass die Bank den Vertrag kündigt und die ausstehenden Darlehen zurückfordert.³² Daneben kann sie aber auch zukünftige Leistungen verweigern, indem sie nicht beanspruchte Kreditlimiten schliesst. All dies kann wiederum negative Auswirkungen auf die Gesellschaft haben und für die Gläubiger schädigender sein als die Bezahlung der Zinsen.

cc) Gebühren

Bei einem kommerziellen Kredit muss der Borger in der Regel verschiedene Gebühren bezahlen:

Die *Strukturierungskommission* (*Arrangement Fee*) ist eine Gebühr für die Strukturierung des Kredits und steht dem Arrangeur zu. Üblicherweise ist ein Teil der Strukturierungskommission bereits bei Unterzeichnung des Term Sheet zu bezahlen. Der andere Teil wird

29 Vgl. BGE 51 III 204 E. 2, 33 II 657 E. 1, 25 II 178 E. 5.

30 ANDREAS VON TUHR /HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A., Zürich 1984, 68; HEINZ SCHÄRER/BENEDIKT MAURENBRECHER, Kommentar zu Art. 305 – 318 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, OR 313 N 4a.

31 Dieses Recht hat der Darleiher nach Art. 107 Abs. 2 OR (vgl. SCHÄRER/MAURENBRECHER [Fn. 30], OR 313 N 8) und meistens auch aufgrund entsprechender vertraglicher Kündigungsrechte.

32 Vgl. BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 5.

meistens bei Unterzeichnung des Kreditvertrags fällig. Damit handelt es sich bei der Strukturierungskommission um die Gegenleistung für die Erstellung der Kreditdokumentation, deren Bezahlung Zug um Zug erfolgt und somit nicht anfechtbar ist.

Die *Beteiligungskommission (Upfront Fee)* ist eine Gebühr für die Übernahme des Risikos aus der Finanzierung und steht den Kreditgebern zu. Die Beteiligungskommission wird üblicherweise bei Abschluss des Kreditvertrags fällig. Damit ist die Beteiligungskommission eine direkte Gegenleistung für den Abschluss des Kreditvertrags, deren Bezahlung wie die Strukturierungskommission Zug um Zug erfolgt und deshalb nicht anfechtbar ist.

Die *Bereitstellungskommission (Commitment Fee)* ist eine Entschädigung für die Eigenmittelunterlegungskosten der Bank. Sie ist auf dem nicht beanspruchten Teil der Fazilität geschuldet und wird üblicherweise quartalsweise im Nachhinein fällig. Die Bezahlung der Bereitstellungskommission erfolgt zwar nicht Zug um Zug, womit möglicherweise die Bank als Gläubigerin bevorzugt wird. Die Bezahlung sichert aber häufig eine zukünftige Leistung der Bank, nämlich das Offenhalten der Kreditlimite. Damit ist die Bezahlung immer dann gerechtfertigt, wenn es für die Borgergesellschaft essenziell ist, dass die Kreditlimite offengehalten werden. Weil die Nichtbezahlung der Bereitstellungskommission die Bank auch berechtigt, einen beanspruchten Kredit fällig zu stellen, gelten im Übrigen die gleichen Überlegungen wie bei den Zinsen. Aus anfechtungsrechtlichen Überlegungen wäre es empfehlenswert, wenn die Bereitstellungskommission im Voraus zu bezahlen wäre. Sie könnte dann bei Beanspruchung der Fazilität auf den zu bezahlenden Zins angerechnet werden.

Die *Verwaltungskommission (Agency Fee)* ist eine Entschädigung für die Tätigkeit des Agenten bei Konsortialkrediten. Die Verwaltungskommission ist in der Regel jährlich im Voraus zu bezahlen. Das Problem ist, dass in den Kreditverträgen kaum je vorgesehen ist, dass der Agent bei Nichtbezahlung der Verwaltungskommission sein Mandat niederlegen kann. Deshalb hat die Nichtbezahlung der Verwaltungskommission grundsätzlich die gleichen Folgen wie die Nichtbezahlung von Zinsen und ist auch unter diesem Aspekt zu beurteilen.

d. *Gläubigerschädigung bei der Besicherung von Darlehen*

Bei der Besicherung von Darlehen unterscheidet man zwischen nachträglichen Besicherungen und ursprünglichen Besicherungen. Diese Unterscheidung ist für die Beurteilung, ob durch die Besicherung Gläubiger geschädigt werden, von Bedeutung.

Eine *ursprüngliche Besicherung* liegt vor, wenn die Sicherheit entweder vor Ausrichtung des Darlehens oder Zug um Zug gegen Hingabe des Geldes errichtet wird. Die Errichtung einer solchen Sicherheit führt in der Regel nicht zu einer Gläubigerschädigung, weil dem Rechtsgeschäft ein Austausch gleichwertiger Leistungen zugrunde liegt.³³ Das Gleiche gilt, wenn eine derart bestellte Sicherheit später durch eine neue Sicherheit ersetzt wird, sofern dem besicherten Gläubiger dadurch nicht anderweitige Vorteile zukommen.³⁴ Dieser Grundsatz gilt generell; der neue Art. 287 Abs. 3 SchKG könnte fälschlicherweise zur Annahme verleiten, dass dieser Grundsatz nur im Rahmen einer Überschuldungsanfechtung bei einer Besicherung mit Effekten, Bucheffekten oder anderen an einem repräsentativen Markt gehandelten Finanzinstrumenten gilt, und zwar auch dann nur, wenn der Schuldner sich dieses Austauschrecht bereits früher einräumen liess.

Nach Ansicht des Bundesgerichts kann in gewissen Fällen selbst eine ursprüngliche Besicherung zu einer Gläubigerschädigung führen, was namentlich beim Sanierungsdarlehen relevant ist.³⁵

Von einer *nachträglichen Besicherung* wird gesprochen, wenn zuerst das Darlehen ausgerichtet und erst danach die Sicherheit errichtet wird. Eine Gläubigerbevorzugung tritt bei einer nachträglichen Bestellung einer Sicherheit grundsätzlich immer ein, weil gerade kein Zug-um-Zug-Geschäft vorliegt.³⁶ Für die Beurteilung, ob auch eine Gläubigerschädigung eintritt, gelten die im Zusammenhang mit der Darlehensrückzahlung gemachten Überlegungen zur Gegenleistung analog. Selbst eine nachträgliche Besicherung kann im kon-

33 BGE 101 III 92 E. 4a, 53 III 79.

34 FRANCO LORANDI, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in: AJP/PJA 1299–1311, 1305.

35 Vgl. unten V.1a.

36 BGE 99 III 89 E. 4. Analoges gilt für die Ausübung eines Kaufrechts, das als Sicherheit für die Gewährung eines Darlehens eingeräumt wurde, vgl. BGer 5C.29/2000 vom 19.09.2000 E. 3a.

kreten Fall für die Gesamtheit der Gläubiger vorteilhaft sein, wenn z.B. deswegen ein Kredit nicht gekündigt wird. Zu beachten ist, dass eine Realsicherheit erst mit dem Verfügungsgeschäft als errichtet gilt. Bei der Verpfändung oder Sicherungsübereignung von Fahrnis ist dies die Übertragung des Besitzes an der Sicherheit,³⁷ bei Grundstücken der Eintrag im Grundbuch,³⁸ bei Sicherheiten an Luftfahrzeugen der Eintrag im Luftfahrzeugregister,³⁹ bei Bucheffekten die Gutschrift im Effektenkonto des Gläubigers,⁴⁰ bei Forderungen und anderen Rechten die schriftliche Verfügung⁴¹ und bei der Bestellung von Sicherheiten durch Vermögensübertragung der Eintrag im Handelsregister⁴². Somit gilt eine Sicherheit auch dann als nachträglich bestellt, wenn sich zwar die Schuldnergesellschaft bereits bei der Kreditaufnahme zur Besicherung verpflichtet hat, diese aber erst später vollzogen wird.⁴³ In einem vom Bundesgericht als anfechtbar erachteten Fall vergingen zwischen dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gerade einmal zwei Monate.⁴⁴

3. Kausalzusammenhang

Nach richtiger Ansicht muss die angefochtene Rechtshandlung adäquat kausal zur eingetretenen Gläubigerschädigung sein.⁴⁵ Leider äussert sich das Bundesgericht nie explizit zur Frage der Kausalität, sondern streift sie jeweils nur am Rande, und zwar im Zusammenhang mit dem Tatbestandselement der Absicht. Es spricht dann davon, dass als *natürliche Folge* der angefochtenen Rechtshandlung Gläubiger

37 Art. 884 Abs. 1 ZGB; MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. A., Bern 2000, § 31 N 6.

38 Art. 799 ZGB.

39 Art. 4 BG über das Luftfahrzeugbuch.

40 Art. 24 BEG.

41 Art. 165 Abs. 1 OR und Art. 900 ZGB.

42 Vgl. dazu CHRISTOPH HURNI, Kreditsicherheiten im Handelsregister, in: Reprax 2008, 125–137.

43 BGE 99 III 89 E. 4a.

44 BGE 99 III 89 E. 4a.

45 ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zu Art. 285–288a SchKG, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel 1998, SchKG 285 N 14.

benachteiligt bzw. einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt werden müssen,⁴⁶ oder dass die Schädigung eine *mögliche Folge* der angefochtenen Rechtshandlung sein muss⁴⁷.

Mit diesen Aussagen öffnet das höchste Gericht der Anfechtungsklage Tür und Tor, denn damit lässt sich keine vernünftige Einschränkung der Anfechtbarkeit erreichen. Wenn «natürliche Folge» im Sinne einer natürlichen Kausalität zu verstehen ist, so wäre eine Darlehensrückzahlung immer dann anfechtbar, wenn sie eine *conditio sine qua non* zum eingetretenen Schaden ist.⁴⁸ Da bei der Rückzahlung eines Darlehens der entsprechende Betrag im Konkurs der Schuldnergesellschaft nicht mehr zur Befriedigung der übrigen Gläubiger zur Verfügung steht, kann die Schädigung von Gläubigern in einem Konkurs wohl immer als die natürliche Folge der Rückzahlung eines Darlehens verstanden werden.⁴⁹ Und wenn sie nicht eine natürliche Folge ist, dann ist sie zumindest eine «mögliche Folge», die andere vom Bundesgericht verwendete Formel. Letztlich bedeutete dies, dass jede Darlehensrückzahlung innerhalb von fünf Jahren vor der Konkurseröffnung anfechtungsgefährdet ist, was offensichtlich nicht der Zweck des Gesetzes sein kann.

Immerhin hat das Bundesgericht wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass eine Darlehensrückzahlung nur dann anfechtbar ist, wenn die bedrängte Schuldnergesellschaft die Rückzahlung aus den letzten Mitteln macht.⁵⁰ Daraus darf geschlossen werden, dass eine Darlehensrückzahlung in einem Zeitpunkt, in dem keine Anhaltspunkte für einen späteren Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der Schuldnergesellschaft bestehen, nicht anfechtbar ist, selbst wenn sie kausal zu einer späteren Gläubigerschädigung ist.

In anderen Rechtsbereichen wie z.B. im Haftpflichtrecht werden die rechtlich relevanten und die übrigen Ursachen durch die sog. Adäquanztheorie getrennt. Danach ist ein Ereignis nur dann rechtlich erheblich, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg

46 BGE 135 III 265 E. 2, 134 III 452 E. 4.1, 99 III 89 E. 4b, 83 III 82 E. 3b, 21 I 660 E. 4.

47 BGE 134 III 452 E. 7.4, BGer 4C.262/2002 vom 19.05.2004 E. 5.1, 53 III 78.

48 Vgl. z.B. BGE 132 III 715 E. 2.2.

49 Gl. M. VOGT (FN 8), 179.

50 BGE 134 III 452 E. 3.1 und 7.4, 99 III 27 E. 4 und E. 5 (S. 38).

zu bewirken.⁵¹ Dieser adäquate Kausalzusammenhang wäre auch bei der Absichtsanfechtung ein sinnvolles Kriterium, um anfechtbare von nicht anfechtbaren Handlungen abzugrenzen. Danach wäre die angefochtene Handlung nur anfechtbar, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung des Lebens geeignet war, die eingetretene Gläubigerschädigung zu bewirken. Bei dieser Formulierung würde eine Anfechtbarkeit zumindest erfordern, dass im Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung der Konkurs oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ein ernsthaft zu befürchtendes Szenario ist.

III. Anfechtung von Darlehensrückzahlungen

1. Absichtsanfechtung

Die weitaus wichtigste Grundlage für eine Anfechtung von Darlehensrückzahlungen ist die sog. Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG. Danach sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Die Verdachtsfrist beträgt fünf Jahre.

Es wurde bereits dargelegt, dass tatsächlich eine durch die angefochtene Handlung adäquat kausal verursachte Gläubigerschädigung eingetreten sein muss.⁵²

a. *Schädigungsabsicht*

Eine Absichtsanfechtung setzt voraus, dass die Schuldnergesellschaft die anfechtbare Handlung mit der Absicht vorgenommen hat, ihre Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Ob die Schuldnergesellschaft mit Absicht gehandelt hat, ist aus einer *Ex-ante*-Perspektive zu beurteilen.⁵³

Bei der erforderlichen «Absicht» handelt es sich nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht um eine Absicht,

51 Vgl. z.B. BGE 123 III 110 E. 3a.

52 Vgl. oben II.2.a und II.3.

53 BGE 134 III 452 E. 4.1.

die man vom gewöhnlichen Sprachgebrauch her kennt; es ist nicht notwendig, dass die Schuldnergesellschaft mit ihrer Handlung die Benachteiligung bzw. Begünstigung geradezu bezweckt.⁵⁴ Vielmehr liegt eine Absicht bereits dann vor, wenn die Schuldnergesellschaft voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt.⁵⁵ Blosser Fahrlässigkeit genügt nach Ansicht des Bundesgerichts hingegen richtigerweise nicht.⁵⁶

Die Schädigungsabsicht betrifft eine innere Tatsache und lässt sich unmittelbar nur durch die Parteiaussage beweisen, im Übrigen aber bloss durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt haben.⁵⁷ Dabei handelt es sich um Tatfragen. Gestützt darauf ist zu beurteilen, ob eine Schädigungsabsicht vorgelegen hat; dies wiederum ist eine Rechtsfrage.⁵⁸

Wirft man einen Blick auf die für das Bundesgericht wesentlichen äusseren Umstände, dann ist teilweise erstaunlich, woraus letztlich die Schädigungsabsicht abgeleitet wird. So war bei den SAir-Group-Entscheiden offenbar wesentlich, dass die Konzern-Nettoverschuldung 6,3 Mia. Franken betragen hat (ohne jedoch diese Zahl zu irgendetwas in Relation zu setzen), am 7. März 2001 Herr Suter zurückgetreten und am 15. März 2001 Herr Honegger entlassen worden ist, sich der Verwaltungsrat bereits im März über mögliche Verantwortlichkeitsansprüche und Abwehrstrategien informieren liess, Herr Corti sich sein Gehalt für fünf Jahre vorausbezahlen liess, der Konzernverlust für das Vorjahr 2,8 Mia. Franken betragen hat, sich eine Bank aus den Verhandlungen über den sog. Milliardenkredit zurückzog und am 25. April 2001 die Mehrheit des Verwaltungsrats zurücktrat.⁵⁹ Wenn all diese Tatsachen sichere Zeichen eines späteren Konkurses wären, dann wären Anfang des Jahrtausends neben der

54 Vgl. dazu die Kritik bei VOGT (Fn. 8), 177 f.; BGE 83 III 82 E. 4a, 21 I 660 E. 4.

55 BGE 135 III 265 E. 2, 134 III 452 E. 4.1, 99 III 89 E. 4b, 83 III 82 E. 3a.

56 BGer 4C.262/2002 vom 19.05.2004 E. 5.1.

57 BGE 134 III 452 E. 4.1; zu den abweichenden Ausführungen der Vorinstanz im betreffenden Fall vgl. ausführlich ANDREA GALLIKER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Absichtsanfechtung und Sanierung, in: SZW 2008, 602–613, 606 ff.

58 BGE 134 III 452 E. 4.1.

59 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 6.2.

SAir Group noch zahlreiche weitere Gesellschaften in Konkurs gefallen. Diese Tatsachen sind nämlich entweder nichts aussagend, z.B. die Nettoverschuldung von 6,3 Mia. Franken, oder sie treten in jeder Krisensituation auf. Eine solche Rechtsprechung lähmt die Organe in der Umsetzung ihrer berechtigten Sanierungsbemühungen.⁶⁰

Es wäre wünschenswert, wenn das Bundesgericht die notwendige Absicht auf wirklich harte Fakten stützte. Immerhin soll es diese bei der SAir Group auch gegeben haben: So soll Herr Corti am 11. Juni 2001 dem Verwaltungsrat gesagt haben, die Gesellschaft befinde sich in einem eigentlichen Überlebenskampf, die Kapitalquote soll gegen null gestrebt sein und am 27. Juni stellte der Verwaltungsrat angeblich gar fest, dass eine verlässliche Liquiditätsprognose weiterhin fehle und die Besorgnis einer Überschuldung bestehe.⁶¹ Trotzdem ist z.B. bemerkenswert, dass das Bundesgericht den Einfluss der Attentate in New York kaum in seine Erwägungen einbezieht, ja nicht einmal unterscheidet, ob eine angefochtene Rückzahlung vor oder nach dem 11. September getätigt worden ist.

Bei dieser Sachlage erstaunt es nicht, dass das Bundesgericht, soweit ersichtlich, das Vorhandensein der Absicht nur ganz vereinzelt verneint.⁶² Dabei wird man den Verdacht nicht los, dass das Vorhandensein der Absicht allzu stark aus einer *ex post*-Perspektive beurteilt wird.⁶³ Es ist im Nachhinein ja auch relativ einfach, all jene Begebenheiten herauszupflücken, die auf ein Scheitern der Gesellschaft hindeuten. Und weil es um die Absicht im Rahmen von Anfechtungsklagen geht, handelt es sich immer um gescheiterte Gesellschaften; sonst wäre eine Anfechtung nämlich gar nicht möglich.⁶⁴

Die Schädigungsabsicht bei der Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens wird speziell diskutiert.⁶⁵

60 Gl.M. VOGT (Fn. 8), 190; vgl. auch FRANCO LORANDI, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BISchK), 2009, 213–236, 219.

61 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 6.2.

62 Vgl. immerhin BGE 79 III 78 und BGer 4C.262/2002 vom 19.05.2004 E. 5.2.

63 Gl.M. RASHID BAHAR, Entre Charybde et Scylla: le prêt d'assainissement judiciaire, une solution aux problèmes juridiques et économiques des sociétés en difficulté, in: GesKR 2009, 331–343, 336.

64 Vgl. oben II.1.

65 Vgl. dazu unten V.2a.

b. *Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht*

Neben einer Schädigungsabsicht der Schuldnergesellschaft ist für eine erfolgreiche Anfechtung auch erforderlich, dass die Gegenpartei des Schuldners dessen Schädigungsabsicht erkennen konnte.⁶⁶ Auch das Vorliegen der Erkennbarkeit ist aus einer *Ex-ante*-Perspektive zu beurteilen.⁶⁷

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist alles erkennbar, was bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden kann.⁶⁸ Dabei genügt es, wenn die Gegenpartei bei der ihr nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen.⁶⁹

Damit stellt sich die Frage nach der Verpflichtung des Vertragspartners, Abklärungen zu treffen, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht. Grundsätzlich braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch eine Rechtshandlung die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht.⁷⁰ Deshalb gibt es auch keine unbeschränkte Erkundigungspflicht. Eine entsprechende Obliegenheit besteht nach Ansicht des Bundesgerichts nur dann, wenn *deutliche* Anzeichen (und nicht bloss Anzeichen) dafür sprechen, dass eine Schädigung beabsichtigt ist. In diesem Fall muss vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, ob eine fragliche Absicht wirklich besteht.⁷¹ Ob der Dritte die Schädigungsabsicht der Schuldnergesellschaft erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, ist unter Würdigung sämtlicher Umstände zu beurteilen.⁷²

Ein Dritter muss also immer dann Nachforschungen betreiben, wenn deutliche Anzeichen dafür sprechen, dass als natürliche oder mögliche Folge des fraglichen Rechtsgeschäfts Gläubiger benachtei-

⁶⁶ Art. 288 SchKG.

⁶⁷ BGE 134 III 452 E. 4.2, 5C.3/2007 vom 09.08.2007 E. 3.4; STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 288 N 22.

⁶⁸ BGE 30 II 160 E. 5; STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 288 N 18 m.w.H.

⁶⁹ BGE 134 III 452 E. 4.2, 99 III 89 E. 4b, 83 III 82 E. 3b.

⁷⁰ BGE 134 III 452 E. 4.2.

⁷¹ BGE 134 III 452 E. 4.2.

⁷² BGE 134 III 452 E. 4.2.

ligt werden bzw. er gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt wird. Es ist wenig überraschend, dass das Bundesgericht im ZKB-Entscheid diese Erkennbarkeit für die Zeit nach dem 11. September bejaht hat.⁷³ Für die Zeit davor hat das Bundesgericht in seinen diversen SAir-Group-Entscheiden festgestellt, dass die finanziellen Schwierigkeiten spätestens ab April 2001 für das breitere Publikum erkennbar waren. Diese Feststellung machte es wiederum aufgrund der bekannten Sachverhaltselemente wie Bekanntgabe des Konzernverlusts oder Rücktritt des Verwaltungsrats.⁷⁴ Für das Bundesgericht war sodann auch klar, dass die Ankündigung des Verkaufs profitabler Flugnebenbetriebe kein Befreiungsschlag, sondern «ein für jedermann erkennbares Alarmsignal [war], dass die finanzielle Schieflage dramatische Ausmasse angenommen haben muss und der Schuldner um sein Überleben kämpft». Und der Abschluss des sog. Milliardenkredits war nicht etwa ein Beweis der Kreditfähigkeit und -würdigkeit der SAir Group, sondern «ein alarmierendes Zeichen, wenn ... die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit ... einzig auf das Eingehen neuer Schulden und nicht auf echte Sanierungsmassnahmen oder gar auf Erfolge im operativen Geschäft zurückzuführen ist»⁷⁵. Sehr bedenklich ist die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, dass man auch der Presse entnehmen konnte, dass es letztlich zum Kollaps kommen musste.⁷⁶ Zwar attestiert das höchste Gericht, dass die Berichterstattung in zwei verschiedene Richtungen ging: Teilweise wurde aber «einfach das von der SAir Group nach aussen hin kommunizierte beschönigende Bild wiedergegeben», während in anderen – offenbar objektiven – Pressemitteilungen «eindringlich auf die dramatische Lage hingewiesen wurde.»⁷⁷

Nebst diesen wenig aussagekräftigen Indizien gab es für die beklagten Banken auch deutlichere Anzeichen, die sie hätten aufhören lassen müssen. So hat z.B. Moody's ein erhebliches Kreditrisiko konstatiert und für kurzfristige Verbindlichkeiten überhaupt kein Rating mehr erteilt.⁷⁸ Oder der SAir Group gelang es angeblich nicht,

73 BGE 134 III 452 E. 8.3 f.

74 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.1.

75 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.3.

76 Nach VöGT (Fn. 8), 189, dürfen Medienberichte für sich allein keine Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht begründen.

77 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.1.

78 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.1.

am Markt einen Credit Default Swap zu kaufen für die – nachträgliche – Besicherung der Money Market Line.⁷⁹ Diese beiden Indizien zeigen auch, dass die Schwelle der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht bei erfahrenen Geschäftsbanken tiefer liegt als bei der Allgemeinheit, weil ihnen weiter gehende Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung stehen.⁸⁰ Den Banken wurde schliesslich auch zur Last gelegt, dass sie die Kredite auf eine interne *Watch-List* setzten⁸¹, den Kredit nachträglich besichern wollten⁸² oder einen langfristigen in einen kurzfristigen Kredit umwandelten⁸³.

Aus all diesen Gründen schliesst das Bundesgericht in den *Swissair*-Entscheiden, dass von den Banken eine sorgfältige Prüfung verlangt werden musste, ob durch Zahlungen der Schuldnergesellschaft die Schädigung anderer Gläubiger als möglich erscheint oder gar gewollt sein könnte.⁸⁴ Wenn man diese Indizien betrachtet, dann erscheinen sie im Nachhinein tatsächlich wie die Chronik eines angekündigten Konkurses. Nur darf die nachträgliche Sicht nicht massgebend sein, sondern es muss eine Würdigung aus einer *Ex-ante*-Perspektive vorgenommen werden. In diese Würdigung müsste sodann auch einfließen, dass bis im Sommer 2001 ein Konkurs der SAir Group schlicht für nicht möglich gehalten wurde. Dies spiegelt sich z.B. auch in den Kursen der Aktien und Obligationen in der Zeit zwischen April und August 2001. Solche Überlegungen finden sich aber in den erwähnten Bundesgerichtsentscheiden nicht.

2. Überschuldungsanfechtung

Die Rückzahlung eines Darlehens kann auch noch unter dem Titel der Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 Abs. 1 SchKG angefochten werden. Danach ist die Rückzahlung anfechtbar, wenn die Schuldnergesellschaft im Zeitpunkt der Rückzahlung überschul-

79 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.2.

80 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.1, 5A_386/2008 v. 06.04.2009 E. 5.2.

81 BGer 5A_386/2008 v. 06.04.2009 E. 5.2.

82 BGer 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.2.

83 BGer 5A_386/2008 v. 06.04.2009 E. 5.2, 5A_116/2009 v. 28.09.2009 E. 7.2.

84 BGE 134 III 452 E. 8.4.

det ist und, als zusätzliche Voraussetzung, das Darlehen entweder durch unübliche Zahlungsmittel (Ziff. 2) oder vor seiner Fälligkeit (Ziff. 3) getilgt wird. Die Verdachtsfrist beträgt bei der Überschuldungsanfechtung ein Jahr.⁸⁵

Auch bei der Überschuldungsanfechtung muss die angefochtene Handlung adäquat kausal zu einem Gläubigerschaden sein.⁸⁶ Obwohl bei der Überschuldungsanfechtung der Schuldnergesellschaft keine Schädigungsabsicht nachgewiesen werden muss, ist dieser Tatbestand bei Darlehensrückzahlungen viel weniger bedeutend als jener der Absichtsanfechtung.

a. *Unübliche oder vorfällige Tilgung*

Eine Tilgung ist unüblich, wenn sie auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel erfolgt.⁸⁷ Ob eine bestimmte Tilgung üblich oder unüblich ist, bestimmt sich nach dem Ortsgebrauch und den konkreten Abmachungen.⁸⁸ Als unüblich gilt in der Regel die Übertragung von Aktiven (z.B. von Liegenschaften oder Beteiligungen) zur Begleichung einer Schuld⁸⁹ oder die Anweisung an einen Schuldner zur direkten Zahlung an einen Gläubiger⁹⁰. Ein Grenzfall stellt die Abtretung einer Forderung zahlungshalber oder an Zahlungs Statt dar.⁹¹

Nicht unüblich ist hingegen die Tilgung durch Verrechnung.⁹² Allerdings kann die Begründung der Forderung der Schuldnergesellschaft gegenüber dem verrechnenden Gläubiger anfechtbar sein. Eine Spezialregelung sieht sodann Art. 214 SchKG vor: Danach ist die Verrechnung anfechtbar, wenn der Gläubiger die Forderung gegen die Schuldnergesellschaft in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit erworben hat, um sich oder einem anderen durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden. Anders als bei den Anfechtungsklagen nach Art. 286–288 SchKG liegt

85 Zur Verdachtsfrist s. oben II.1.

86 STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 285 N 14; s. oben II.3.

87 Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

88 STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 287 N 9.

89 STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 287 N 10.

90 BGE 53 III 177.

91 Vgl. STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 287 N 11 m.w.H.

92 STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 287 N 9.

dieser Anfechtung keine Handlung der Schuldnergesellschaft zugrunde.⁹³

Die Tilgung eines Darlehens vor seiner Fälligkeit ist bei gewöhnlichen Bankkrediten wenig wahrscheinlich. Diese können nämlich entweder als Kontokorrentkredite jederzeit fällig gestellt werden, oder sie verfügen als feste Vorschüsse regelmässig über Kündigungsgründe (sog. *Event-of-Default*-Klauseln), die in einer Überschuldungssituation eine Fälligstellung erlauben. Sobald ein Darlehen aber zur Rückzahlung fällig gestellt werden kann, ist die Voraussetzung der Vorfälligkeit nicht mehr erfüllt. Dabei darf es keine Rolle spielen, ob die Fälligkeit ordentlich eingetreten ist oder durch eine (ausserordentliche) Kündigung seitens des Kreditgebers herbeigeführt worden ist. Relevant ist einzig, dass die Schuldnergesellschaft die Zahlung nicht freiwillig machte, sondern aufgrund einer vertraglich durchsetzbaren Verpflichtung. Somit wird eine Darlehensrückzahlung kaum je wegen einer vorfälligen Tilgung angefochten werden können.

b. *Begriff der Überschuldung*

Eine Anfechtung nach Art. 287 SchKG ist nur möglich, wenn die Schuldnergesellschaft im Zeitpunkt der Tilgung bzw. Rückzahlung bereits überschuldet war. Es stellt sich deshalb die Frage, wann eine Überschuldung im Sinne dieser Bestimmung vorliegt.

Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Fremdkapital die Aktiven übersteigt. Die h.L. geht richtigerweise davon aus, dass die Gesellschaft wie bei Art. 725 Abs. 2 OR zu Fortführungs- und Liquidationswerten überschuldet sein muss.⁹⁴ Die entsprechenden Werte sind aufgrund eines Einzelabschlusses nach OR zu ermitteln.

Eine andere Frage ist, ob eine Überschuldung im Sinne dieser Bestimmung auch noch vorliegt, wenn im Umfang der Überschuldung Rangrücktritte bestehen.⁹⁵ Zwar stimmt es, dass die Überschuldung durch die Gewährung von Rangrücktritten nicht beseitigt wird. Dennoch sollte die Anfechtbarkeit zumindest dann ausgeschlossen

⁹³ ZOBL (Fn. 14), 27.

⁹⁴ RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 114; BRIGITTE UMBACH-SPAHN, Kommentar zu Art. 285–292 SchKG, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), SchKG: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009, SchKG 287 N 8.

⁹⁵ Vgl. Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

sein, wenn durch die Darlehensrückzahlung gewöhnliche, d.h. nicht nachrangige Gläubiger befriedigt werden:⁹⁶ In diesem Fall sind nämlich die gewöhnlichen Gläubiger in derselben Situation, wie wenn die Gesellschaft nicht überschuldet wäre,⁹⁷ und die nachrangigen Gläubiger können durch eine Befriedigung von gewöhnlichen Gläubigern nicht benachteiligt werden. Es versteht sich von selbst, dass die Rückzahlung von nachrangigen Verbindlichkeiten anfechtbar ist, sofern die weiteren Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind.

c. *Ausschluss der Anfechtung*

Die Überschuldungsanfechtung ist ausgeschlossen, wenn der befriedigte Kreditgeber beweist, dass ihm die Überschuldung der Schuldnergesellschaft im Zeitpunkt, in dem die betreffende Transaktion vorgenommen wurde, nicht bekannt gewesen ist und er diese bei normaler Aufmerksamkeit auch nicht hätte erkennen müssen.⁹⁸

3. Folgen einer erfolgreichen Anfechtung

Wird eine Rechtshandlung erfolgreich angefochten, so ist der Begünstigte verpflichtet, das durch die angefochtene Handlung erworbene Vermögen der Schuldnergesellschaft zurückzugeben.⁹⁹ Bestand die angefochtene Handlung in der Tilgung einer Forderung, so tritt diese mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft.¹⁰⁰ Dabei handelt es sich um eine gewöhnliche Konkurs- oder Nachlassforderung.¹⁰¹ Der Anfechtungsbeklagte wird damit gleichgestellt, wie wenn die Forderung nie getilgt (also z.B. das Darlehen nie zurückbezahlt) worden wäre.

96 A.M. JÖRG WITMER, Rechtlich legitimierte Überschuldung und Anfechtungstatbestände, in: AJP/PJA 2006, 148–160, 152.

97 Vgl. LUKAS GLANZMANN, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung, in: GesKR 2007, 6–23, 14.

98 Art. 287 Abs. 2 SchKG.

99 Art. 291 SchKG; THOMAS BAUER, Kommentar zu Art. 291–292 SchKG, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel 1998, SchKG 291 N 42.

100 Art. 291 Abs. 2 SchKG.

101 BAUER (Fn. 99), SchKG 291 N 42.

Zu beachten ist, dass nach Ansicht des Bundesgerichts anfechtbare Handlungen regelmässig eine Pflichtverletzung im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts darstellen.¹⁰² Diese Rechtsauffassung hat vor allem dann gravierende Folgen, wenn der begünstigte Gläubiger nicht in der Lage ist, das Empfangene zurückzubezahlen, oder wenn ein entsprechendes Urteil gegen ihn nicht vollstreckbar ist.¹⁰³

Eine paulianisch anfechtbare Handlung kann unter Umständen auch strafbar sein.¹⁰⁴ Der strafrechtlichen Haftung unterliegen dabei nicht nur die Organe der Schuldnergesellschaft;¹⁰⁵ der Empfänger der anfechtbaren Leistung kann aus Gehilfenschaft oder Anstiftung strafbar sein, sofern er sich nicht darauf beschränkt, die Leistung der Gesellschaft bloss anzunehmen. Dies ist namentlich der Fall, wenn er den Täter zur Tat anstiftet oder wenn er die Tat vorsätzlich durch Handlungen fördert, die über die blossе Annahme der Leistung hinausgehen.¹⁰⁶

IV. Anfechtung der nachträglichen Besicherung von Darlehen

Die obenstehenden Ausführungen zeigen, dass die Rückzahlung eines Darlehens während einer finanziellen Krise der Borgergesellschaft in hohem Masse anfechtungsgefährdet ist. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit sich ein Kreditgeber durch die nachträgliche Einräumung von Sicherheiten schadlos halten kann. Damit eine nachträgliche Bestellung einer Sicherheit anfechtbar ist, muss sie ebenfalls adäquat kausal eine Gläubigerschädigung verursachen.¹⁰⁷ Inwieweit eine nachträgliche Besicherung zu einer Gläubigerschädigung führen kann, wurde bereits einleitend dargestellt.¹⁰⁸

102 BGer 5C.29/2000 v. 19.09.2000 E. 4b/aa. Vgl. die Kritik dazu bei VOGT (Fn. 8), 184 f.

103 Vgl. zum schweizerischen Recht BGE 131 III 227 E. 3.3 ff.; es besteht das Risiko, dass ein Anfechtungsurteil in ausländischen Rechtsordnungen nicht anerkannt wird.

104 Vgl. Art. 164 und 167 StGB.

105 Art. 29 lit. a StGB.

106 BGE 75 IV 106 E. 2; 74 IV 40 E. 4

107 S. oben II.3.

108 S. oben II.2d.

1. Überschuldungsanfechtung

Die nachträgliche Besicherung eines bestehenden Darlehens kann einmal aufgrund des Tatbestands der Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG anfechtbar sein. Als nachträgliche Besicherung eines bestehenden Darlehens gilt dabei auch die Besicherung eines neuen Kredites, der dazu verwendet wird, eine bereits bestehende Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem gleichen Gläubiger zu tilgen.¹⁰⁹

Der Tatbestand der Überschuldungsanfechtung wird nur erfüllt, wenn die Schuldnergesellschaft nicht schon früher zur Bestellung der Sicherheit verpflichtet war. Somit ist z.B. der bloss nachträgliche Vollzug einer Sicherheitenbestellung unter dem Tatbestand der Überschuldungsanfechtung nicht anfechtbar. Ebenfalls nicht anfechtbar ist die im Voraus vereinbarte Aufstockung einer Sicherheit bei Änderungen im Wert der Sicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit oder der Ersatz einer Sicherheit durch eine andere Sicherheit mit gleichem Wert.¹¹⁰ Auch die zum Voraus vereinbarte nachträgliche Besicherung mit dem Ziel, bei Verschlechterung der Kreditwürdigkeit der Schuldnergesellschaft die Situation der Sicherungsnehmerin zulasten anderer Gläubiger zu korrigieren, ist unter dem Tatbestand der Überschuldungsanfechtung nicht anfechtbar.¹¹¹

Hat die Schuldnergesellschaft eine nachträgliche Besicherung im Sinne dieser Bestimmung vorgenommen, dann ist diese nur anfechtbar, wenn die Schuldnergesellschaft im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit bereits überschuldet war.¹¹² Zudem muss die Transaktion während der Verdachtsfrist von einem Jahr vorgenommen worden sein.¹¹³

Die Überschuldungsanfechtung ist ausgeschlossen, wenn der besicherte Kreditgeber beweist, dass ihm die Überschuldung der Schuldnergesellschaft im Zeitpunkt, in dem die Sicherheit bestellt

109 STAEHELIN (Fn. 45), SchKG 287 N 7. Zur Besicherung von neuen Krediten im Allgemeinen vgl. oben II.2c.

110 Art. 287 Abs. 3 SchKG. Vgl. oben II.2c.

111 A.M. offenbar Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBl 2006, 9315–9419, 9395. Immerhin ist in diesem Fall eine Anfechtung nach Art. 288 SchKG möglich; vgl. unten 2.

112 Zum Begriff der Überschuldung s. oben III.2b.

113 Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.

wurde, nicht bekannt gewesen ist und er diese bei normaler Aufmerksamkeit auch nicht hätte erkennen müssen.¹¹⁴

2. Absichtsanfechtung

Die nachträgliche Bestellung einer Sicherheit kann auch nach Art. 288 SchKG anfechtbar sein. Die Absichtsanfechtung ist namentlich dann von Interesse, wenn die Bestellung der Sicherheit nicht unter den Tatbestand der Überschuldungsanfechtung fällt.¹¹⁵ Sie kommt also insbesondere zum Tragen, wenn die Schuldnergesellschaft schon früher zur Bestellung der Sicherheit verpflichtet war, im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit nicht überschuldet war oder die Transaktion nicht innerhalb der einjährigen Verdachtsfrist vorgenommen wurde.

Für die Anfechtung einer Sicherheit aufgrund von Art. 288 SchKG müssen grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen erfüllt sein wie bei der Anfechtung einer Darlehensrückzahlung. Dies bedeutet einmal, dass die Bestellung der Sicherheit die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich schädigt, indem sie das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren sonst wie verschlechtert.¹¹⁶

Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass der Grundgedanke von Art. 288 SchKG, wonach der dem finanziellen Zusammenbruch nahe Schuldner nicht einzelne Gläubiger auf Kosten anderer besserstellen darf, auch für den *Vollzug* von Pfandbestellungen gilt, zu denen sich die Gesellschaft schon früher verpflichtet hatte.¹¹⁷ In dieser Hinsicht sind namentlich Kreditverträge problematisch, die bestimmen, dass der Besitz an der Pfandsache erst auf Verlangen der Bank oder gar erst beim Vorliegen eines *Event of Default* auf die Bank übertragen werden muss.¹¹⁸

114 Art. 287 Abs. 2 SchKG.

115 Vgl. oben IV.1.

116 Vgl. oben III.1.

117 BGE 99 III 89 E. 4; vgl. oben II.2c.

118 MARKUS AFFENTRANGER, Die Stellung der Bank in der Krisensituation – Rechtliche Aspekte, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. A., Zürich 2003, 103–120, 108 m.w.H.

Für die Voraussetzungen der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit kann auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit der Rückzahlung von Darlehen verwiesen werden.¹¹⁹

3. Folgen einer erfolgreichen Anfechtung

Wird die Bestellung einer Sicherheit erfolgreich angefochten, dann ist der Begünstigte verpflichtet, das durch die angefochtene Handlung erworbene Vermögen der Schuldnergesellschaft zurückzugeben.¹²⁰ Dies bedeutet, dass der Anfechtungsbeklagte eine ihm eingeräumte Sicherheit wieder herausgeben muss.¹²¹ Der Anfechtungsbeklagte wird somit gleichgestellt, wie wenn für das Darlehen nie eine Sicherheit bestellt worden wäre.

V. Anfechtbarkeit von Sanierungsdarlehen

1. Besichertes Sanierungsdarlehen

Soll einer Gesellschaft, die sich in einer schwierigen finanziellen Situation befindet, ein Darlehen gewährt werden, stellt sich unweigerlich die Frage, was vorzukehren ist, damit dieses Darlehen anfechtungssicher zurückbezahlt werden kann. Aufgrund der obenstehenden Ausführungen wird ersichtlich, dass es wohl nur eine Möglichkeit zur anfechtungssicheren Gewährung und Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens gibt: Das Darlehen wird voll besichert und nur Zug um Zug gegen Aushändigung der Sicherheiten ausbezahlt. In diesem Fall liegt sowohl bei der Darlehensgewährung als auch bei der Rückzahlung (gegen Freigabe der Sicherheiten) ein Zug-um-Zug-Geschäft vor, was in der Regel zu keiner Gläubigerschädigung bzw. -bevorzugung führt.¹²² Damit ist auch eine Anfechtung ausgeschlossen.

a. *Anfechtbarkeit der Sicherheit*

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist unter gewissen Voraussetzungen selbst die Einräumung einer Zug um Zug gewährten Si-

¹¹⁹ Vgl. oben III.1a und b.

¹²⁰ Art. 291 SchKG.

¹²¹ BAUER (Fn. 99), SchKG 291 N 13–15; Zobl (FN 14), 36.

¹²² BGE 130 III 235 E. 2.1.2, 101 III 92 E. 4a, 53 III 79.

cherheit anfechtbar, und zwar aufgrund des Tatbestands der Absichtsanfechtung. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Kreditgeber weiss oder wissen müsste, dass der Konkurs der Schuldnergesellschaft unmittelbar bevorsteht und das von ihm gewährte Darlehen nur noch dazu dienen kann, einzelne Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen.¹²³ Werden hingegen die Mittel aus dem Darlehen für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit verwendet und kann die Hilfe ernstlich als Erfolg versprechend betrachtet werden,¹²⁴ so ist dies nach richtiger Ansicht des Bundesgerichts zulässig und die Sicherheit nicht anfechtbar. Das Bundesgericht drückt dies bildlich dadurch aus, dass das Darlehen dazu verwendet werden darf, um «Löcher zu stopfen»¹²⁵ oder der Schuldnergesellschaft «aus der Klemme zu helfen»¹²⁶. Es ist aber nach Ansicht des Bundesgerichts notwendig, dass diese Hilfe ernstlich als Erfolg versprechend betrachtet werden kann.¹²⁷

Aufgrund dieser Rechtsprechung darf also die Schuldnergesellschaft aus einem besicherten Überbrückungskredit privilegierte Verbindlichkeiten oder betrieblich notwendige Kreditoren bezahlen, in der Regel jedoch nicht unbesicherte Finanzverbindlichkeiten begleichen. Nach der hier vertretenen Auffassung muss jedoch selbst Letzteres unter besonderen Voraussetzungen zulässig sein: Denkbar ist, dass bei Nichtbezahlung einer Finanzverbindlichkeit über den sog. *Cross-Default*¹²⁸ grössere Forderungen gegenüber der Schuldnergesellschaft fällig gestellt werden könnten oder dies sonst sehr negative Auswirkungen auf die Schuldnergesellschaft hätte. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn eine Anleiheobligation nicht fristgerecht bedient werden kann. Die Bezahlung einer solchen Finanzverbindlichkeit – und damit die Vermeidung einer unkontrollierbaren Kettenreaktion – kann im Interesse sämtlicher anderer Gläubiger liegen. Auch in dieser Situation muss es deshalb zulässig sein, dem Schuldner «aus der Klemme zu helfen».¹²⁹

123 BGE 101 III 92 E. 4b, 79 III 175, 74 III 48 E. 4.

124 BGE 53 III 78 (S. 80).

125 BGE 101 III 92 E. 4b.

126 BGE 33 II 345 E. 6.

127 BGE 53 III 78.

128 Vgl. dazu oben II.2b/aa.

129 Vgl. auch BGE 79 III 78 (Verneinung der Schädigungsabsicht bei der Bezahlung einer Wechselbetreibung zur Abwendung einer Betreibung).

b. *Folgen einer erfolgreichen Anfechtung*

Wird ein besichertes Sanierungsdarlehen im konkreten Fall erfolgreich angefochten, dann ist der Kreditgeber verpflichtet, die ihm eingeräumten Sicherheiten wieder herauszugeben.¹³⁰ Selbstredend hat er Anspruch darauf, seine Gegenleistung, also die Darlehenssumme, von der Schuldnergesellschaft ebenfalls zurückzuerhalten.

Soweit sich die Gegenleistung noch in den Händen der Schuldnergesellschaft befindet, ist sie in natura zurückzugeben.¹³¹ Ist sie hingegen nicht mehr in natura vorhanden, aber die Schuldnergesellschaft noch bereichert, dann hat der Anfechtungsbeklagte einen Herausgabeanspruch. Beide Ansprüche richten sich gegen die Masse, sind also sog. Masseverbindlichkeiten,¹³² und werden als solche vorab befriedigt.¹³³ Bei der Hingabe eines Darlehens dürften diese Voraussetzungen aber kaum je erfüllt sein: Eine Rückgabe in Natura wäre nur dann möglich, wenn das Darlehen bei der Schuldnergesellschaft ausgesondert wurde und z.B. auf einem separaten Konto gebucht wurde. Erfahrungsgemäss werden solche Gelder aber vor dem Konkurs verbraucht, weshalb die Schuldnergesellschaft in der Regel auch nicht mehr bereichert sein dürfte.¹³⁴

Ist die Gegenleistung des Anfechtungsbeklagten nicht mehr vorhanden, dann hat er nur eine Ersatzforderung gegen die Schuldnergesellschaft.¹³⁵ Diese ist eine Konkurs- bzw. Nachlassforderung, d.h., sie wird in der 3. Klasse kolloziert.¹³⁶ Somit wird der Kreditgeber bei einer erfolgreichen Anfechtung gleichgestellt, wie wenn für das Darlehen nie eine Sicherheit bestellt worden wäre. Unerheblich scheint dabei zu sein, dass der Kreditgeber einer finanziell angeschlagenen Schuldnergesellschaft wohl kaum ein unbesichertes Darlehen ausgerichtet hätte.

130 Art. 291 SchKG. BAUER (Fn. 99), SchKG 291 N 13–15; ZOBEL (Fn. 14), 36.

131 Art. 291 Abs. 1 Satz 1 SchKG; BAUER (Fn. 99), SchKG 291 N 33.

132 BAUER (Fn. 99), SchKG 291 N 34; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldtreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 52 N 52.

133 Art. 262 Abs. 1 SchKG; MATTHIAS STAEHELIN, Kommentar zu 261–264 SchKG, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel 1998, SchKG 262 N 10.

134 ZOBL (Fn. 14), 36.

135 Art. 291 Abs. 1 Satz 3 SchKG.

136 BAUER (Fn. 9899), SchKG 291 N 37; AMONN/WALTHER (Fn. 132), § 52 N 53.

c. *Kritik*

Die vom Bundesgericht verfolgte Praxis beim besicherten Sanierungsdarlehen geht zu weit. Die Aufnahme eines Darlehens Zug um Zug gegen Bestellung einer Sicherheit stellt grundsätzlich keine Gläubigerschädigung dar.¹³⁷ Erst die Verwendung der Mittel kann zu einer Gläubigerschädigung führen. Deshalb muss sich die Anfechtungsklage gegen den bevorzugten Gläubiger und nicht gegen den besicherten Kreditgeber richten. Wird die Anfechtung der Sicherheit gutgeheissen, dann wird auch nicht der *status quo ante* hergestellt, denn der Kreditgeber hat gegenüber der Schuldnergesellschaft in aller Regel nur eine Konkurs- oder Nachlassforderung.¹³⁸ Dies führt zu einer eigentlichen Bestrafung des Kreditgebers, denn dieser hätte den Kredit wohl kaum ohne Sicherheit ausgerichtet. Die Anfechtung der Sicherheit selber kann deshalb nur gerechtfertigt sein, wenn dem besicherten Kreditgeber geradezu ein kollusives Verhalten vorzuwerfen ist.

2. Sanierungsdarlehen im engeren Sinn

a. *Schädigungsabsicht beim Sanierungsdarlehen*

Wie einleitend bereits erwähnt, hat das Bundesgericht im ZKB-Entscheid¹³⁹ den Begriff des Sanierungsdarlehens begründet, ohne jedoch im konkreten Fall ein solches zu anerkennen.

Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt ein Sanierungsdarlehen vor, wenn die Zahlungsmittel zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt werden¹⁴⁰ und zudem «berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen» gegeben sind.¹⁴¹ In diesem Fall liegt die Darlehensgewährung und -rückzahlung nicht nur im Interesse des Darleihers, sondern auch in jenem aller anderen Gläubiger. Deshalb darf nach Ansicht des Bundesgerichts die Frage

137 Vgl. oben II.2d.

138 Vgl. oben V.2a.

139 BGE 134 III 452.

140 BGE 134 III 452 E. 5.2.

141 BGE 134 III 452 E. 5.3.

nach der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht bloss hinsichtlich der Rückzahlung gestellt werden, sondern die Aufnahme und Rückzahlung des Darlehens müssen als Einheit gewürdigt werden.¹⁴² Dabei müssen nicht zwingend neue Zahlungsmittel gewährt werden, sondern ein Sanierungsbeitrag kann auch durch die Verlängerung eines bestehenden Darlehens begründet werden.¹⁴³

Ein Sanierungsdarlehen ist nicht generell unanfechtbar, sondern es muss der besondere Zweck des Darlehens bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht in die Würdigung einfließen.¹⁴⁴ Weil das Bundesgericht die Voraussetzungen für ein Sanierungsdarlehen noch nie als erfüllt betrachtet hat, kann nicht antizipiert werden, wie es – bei Annahme eines Sanierungsdarlehens – diese Würdigung im Rahmen der Schädigungsabsicht vornehmen wird.

b. *Kritik*

Das Bundesgericht beruft sich bei seiner Schöpfung des Sanierungsdarlehens auf eine vermeintliche Praxis, die auch von der Lehre getragen werde. In Anlehnung an MERZ¹⁴⁵ postuliert es, dass beim Versuch, einem bedrängten, aber sich noch nicht in gänzlich aussichtsloser Lage befindlichen Schuldner das Durchhalten zu ermöglichen, der besondere Entstehungsgrund der Rückzahlungsverpflichtung berücksichtigt werden müsse mit der Folge, dass die Begünstigungsabsicht auf Seiten des Schuldners sowie ihre Erkennbarkeit für den Dritten zu verneinen seien.¹⁴⁶ Wie bereits erwähnt, spricht das Gericht an anderer Stelle allerdings nur davon, dass der besondere Zweck des Darlehens in die Würdigung der Schädigungsabsicht einfließen müsse.

Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts ist eine solche Praxis aber zumindest in den publizierten Entscheiden nicht ersichtlich.¹⁴⁷ Vielmehr liegen den vom Bundesgericht zitierten Entscheiden – bis

142 BGE 134 III 452 E. 5.3.

143 BGE 134 III 452 E. 6.1.

144 BGE 134 III 452 E. 5.3 und 5.5.

145 HANS MERZ, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1949–1952, in: ZBJV 90 (1954) 145–173, 167 f.

146 BGE 134 III 452 E. 5.3.

147 Gl.M. THOMAS REBSAMEN, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen, in: Jusletter 21.09.2009, 4.

auf zwei Fälle – pfandgesicherte Darlehen zugrunde, und es stellte sich jeweils die Frage, ob die Pfandbestellung gültig sei.¹⁴⁸ In den anderen beiden Entscheiden ging es einmal um die Bezahlung einer Verbindlichkeit, der eine Lieferung zugrunde lag, um eine Wechselbetreibung abzuwenden.¹⁴⁹ Beim einzigen Entscheid, der die Rückzahlung eines unbesicherten Darlehens betrifft, hat das Bundesgericht angenommen, dass durch die Rückzahlung gar kein Schaden entstanden sei, weil das Darlehen für die Befriedigung privilegierter Verbindlichkeiten verwendet worden sei.¹⁵⁰ Diese Begründung wurde zuerst von MERZ¹⁵¹ als falsch bezeichnet und in einem späteren Bundesgerichtsentscheid ausdrücklich widerrufen.¹⁵² Bei dieser Gelegenheit hielt das Gericht sodann fest, dass die Umstände der Darlehensgewährung keinen Einfluss auf die Beurteilung der Schädigung bzw. Schädigungsabsicht bei der Rückzahlung haben können.¹⁵³ Diese Begründung hat es später bestätigt.¹⁵⁴ Es ist somit unerklärlich, weshalb das Bundesgericht von einer klaren Praxis ausgeht; die Praxis war bis anhin gerade umgekehrt, nämlich dass die aus den letzten Mitteln erfolgte Rückzahlung unbesicherter Darlehen stets anfechtbar ist.¹⁵⁵ Auf diese fragwürdige Praxis wurde bereits eingegangen.¹⁵⁶

Unter diesen Umständen ist nicht einmal sicher, ob das Bundesgericht eine Praxisänderung herbeiführen wollte. Diese Ungewissheit gilt umso mehr, als das Bundesgericht in den beurteilten Fällen weder das von der ZKB gewährte Darlehen¹⁵⁷ noch die Money Market Line der Bank X¹⁵⁸ oder der Betriebsmittelrahmenkredit der Z Bank¹⁵⁹ als

148 Vgl. BGE 74 III 48, 53 III 78, 33 II 345.

149 BGE 79 III 78.

150 BGE 78 III 83 E. 2.

151 MERZ (Fn. 145), 168.

152 BGE 99 III 27 E. 5 (S. 38 f.).

153 BGE 99 III 27 E. 5 (S. 38 f.); a.A. PHILIPP WEBER, Paulianische Anfechtung von (Sanierungs-)Darlehensrückzahlungen, in: Jusletter 20.10.2008, S. 8.

154 BGer 5C.29/2000 v. 19.09.2000 E. 4b/aa; 5A_64/2008 E. 6.16.2.2; BGE 130 III 235 E 2.1.2, 101 III 92 E. 4a.

155 A.A. wohl HARI OLIVER, Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen, in: GesKR 2008, 1–6, 3, der vom «Prinzip der Nichtanfechtbarkeit der Rückerstattung» spricht.

156 S. oben II.2a/aa und II.2b/aa.

157 BGE 134 III 452 E. 6.1.

158 BGer 5A_116/2009 E. 6.1.

159 BGer 5A_386/2008 E. 4.1.

Sanierungsbeiträge anerkannte. Die entsprechenden Ausführungen über die Schädigungsabsicht beim Sanierungsdarlehen waren somit noch in keinem Fall entscheidend relevant.

Weiter ist auch nicht ersichtlich, weshalb in einer Sanierungsphase Kreditgeber besser behandelt werden sollen als andere Gläubiger. Kreditgeber sind zwar in einer Sanierungsphase sehr wichtige Partner der angeschlagenen Gesellschaft. Doch ebenso wichtig sind z.B. Lieferanten, die einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft immer noch auf Kredit liefern.¹⁶⁰ Zwar stimmt es, dass Lieferanten gewisse Vorkehrungen treffen können, um ihre Forderungen sicherzustellen, wie etwa die Eintragung eines Eigentumsvorbehalts.¹⁶¹ Die gleichen Möglichkeiten haben aber auch Kreditgeber, indem sie sich ihre Darlehensforderungen besichern lassen. Eine etwaige unterschiedliche Behandlung von Gläubigern sollte deshalb in den vorhandenen rechtlichen Strukturen erfolgen. Dazu gehören, dass Forderungen privilegiert oder besichert sind, Leistungen im Voraus bezahlt werden oder aber auch dass der befriedigte Gläubiger eine Gegenleistung erbringt, die für die Gesellschaft wesentlich ist.¹⁶² In all diesen Fällen werden durch die Tilgung der betreffenden Forderung die übrigen Gläubiger nicht geschädigt.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das bundesgerichtliche Sanierungsdarlehen in seiner heutigen Ausgestaltung der Sanierungspraxis nicht mehr Rechtssicherheit bringen wird. Kein Mensch weiss, was «berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen» sind.¹⁶³ Hinzu kommt, dass auch nicht antizipiert werden kann, wie das Bundesgericht den besonderen Zweck des Sanierungsdarlehens in die Würdigung der Schädigungsabsicht einfließen lassen wird. Sowohl der Schuldner als auch die Kreditgeber dürften daher besser beraten sein, auch in Zukunft gemäss der bisherigen Praxis vorzugehen. Dies bedeutet, dass ein Überbrückungs- bzw. Sanierungsdarlehen stets besichert sein sollte und

160 Gl.M. JÜRGEN ROTH, Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 105 (2009) 457–466, 460.

161 Art. 715 f. ZGB.

162 Vgl. oben II.2c/aa.

163 Gl.M. LORANDI (Fn. 60), 215. UMBACH-SPAHN (Fn. 94), Art. 288 N 13 spricht von einer realistischen Chance.

nur, um «Löcher zu stopfen» oder der Schuldnergesellschaft «aus der Klemme zu helfen», verwendet werden darf.¹⁶⁴ Dieses Vorgehen bringt auch Vorteile, wenn das Darlehen nicht mehr vor einem Konkurs bzw. vor einer Nachlassstundung zurückbezahlt werden kann. In diesem Fall kann sich nämlich der Kreditgeber an der eingeräumten Sicherheit schadlos halten, während ihm beim bundesgerichtlichen Konstrukt des Sanierungsdarlehens im Konkurs bzw. in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung keine besondere Stellung – sprich Privilegierung im Sinne von Art. 219 SchKG – eingeräumt wird.

VI. Folgerungen

Die obenstehenden Ausführungen zeigen, dass der Spielraum für die Rückzahlung oder Besicherung von Darlehen in der finanziellen Krise des Kreditnehmers von Gesetzes wegen klein ist.¹⁶⁵ Der verbleibende Handlungsspielraum wird zudem durch eine strenge und nicht in allen Bereichen überzeugende bundesgerichtliche Praxis noch weiter eingengt.¹⁶⁶ So verlangt das Bundesgericht z.B. nicht, dass der Kausalzusammenhang zwischen der angefochtenen Handlung und dem eingetretenen Gläubigerschaden adäquat sein muss. Die Urteile offenbaren zudem bei der Beurteilung der Absicht bzw. deren Erkennbarkeit eine unzulässige *Ex-post*-Sichtweise des Gerichts.¹⁶⁷ Schliesslich ist nicht nur die Rückzahlung oder die nachträgliche Besicherung von Darlehen anfechtbar, sondern unter Umständen selbst die ursprüngliche Besicherung eines Sanierungsdarlehens.

Ein Kreditgeber wird sich unter diesen Rahmenbedingungen gut überlegen müssen, ob er sich auf das Abenteuer einer Sanierung der Schuldnergesellschaft einlassen will oder nicht,¹⁶⁸ oder ob er nicht doch lieber versucht, den Kredit beim ersten Schwächezeichen zu kündigen, um sich von seinem Engagement zu lösen. Dieses Pro-

164 Vgl. oben V.1a.

165 Vgl. auch GALLIKER/VON DER CRONE (Fn. 57), 613.

166 Gl.M. VOGT (Fn. 8), 174 f.

167 Gl.M. LORANDI (Fn. 60), 220 f. ; BAHAR (Fn. 63), 336.

168 Gl.M. LORANDI (Fn. 60), 215 f.

blem löst auch das vom Bundesgericht geschaffene Konstrukt des Sanierungsdarlehens nicht, das weder strukturell überzeugt noch mehr Rechtssicherheit bringt.¹⁶⁹ Damit besteht eine Situation, die gerade nicht dem Zweck der Anfechtungsklage entspricht: Nach richtiger Auffassung des Bundesgerichts sollen nämlich nicht alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich gemacht werden.¹⁷⁰ Es wäre wünschenswert, wenn sich das Bundesgericht auf diesen Grundsatz zurückbesinnte.

169 Gl.M. HANS-UELI VOGT/THOMAS KÄSER, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction, in: GesKR 2009, 583–590, 589.

170 BGE 134 III 452 E. 5.2.