

# Aussergerichtliche Sanierung einer Aktiengesellschaft

## Bundesgerichtsurteil 5A\_671/2018 vom 8. September 2020

Mit Bemerkungen von Bruno Mahler und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 6. Juni 2018
  - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2020
- III. Bemerkungen
  - 1. Rechtliche Rahmenbedingungen der aussergerichtlichen Sanierung
  - 2. Retrospektive Beurteilung der Sanierungsaussichten durch die Gerichte
- IV. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die im Baugewerbe tätige A. AG befand sich seit längerem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Gestützt auf ein Stillhalteabkommen mit den Banken B., C., D., E. und F. verfügte sie über Kontokorrentlimiten von insgesamt CHF 3 Mio. Im Laufe des Jahres 2011 spitzte sich einerseits die finanzielle Situation der A. AG zu, andererseits konkretisierten sich die Verhandlungen mit der G. AG, welche den Betrieb der A. AG im Rahmen eines Asset Deals übernehmen wollte. Nachdem das Stillhalteabkommen anfangs um jeweils ein Jahr verlängert wurde, gingen die Parteien ab Ende September 2011 zu einem monatlichen Verlängerungsrhythmus über.<sup>1</sup> Der Zwischenabschluss der A. AG per 30. September 2011 wies für die ersten drei Quartale einen Verlust von CHF 3,2 Mio. und eine Überschuldung aus, weshalb eine Nachlassstundung oder der Konkurs zunächst als unausweichlich erschien. Die Lagebeurteilung änderte sich, als die A. AG den Banken am 23. November 2011 einen provisorischen Liquiditätsplan vorlegte. Dieser beinhaltete die Prognose, dass bei einem Abschluss des Asset Deals mit anschliessender Liquidation der A. AG ausserhalb eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens ein Liquidationsüberschuss von CHF 165 000 vor Bedie-

nung der rangrücktrittsbelasteten Forderungen resultieren würde.<sup>2</sup>

Am 2. Dezember 2011 vereinbarten die A. AG und die Banken, dass die A. AG sämtliches Betriebsinventar sowie die noch nicht angefangenen Bauaufträge zu Fortführungswerten an die G. AG veräussern soll.<sup>3</sup> Auch die Arbeitsverträge der A. AG sollten auf die G. AG übergehen. Die Debitoren und die bereits angefangenen Aufträge sollten indes bei der A. AG bleiben. Sie sollte die angefangenen Arbeiten fertigstellen und konnte zu diesem Zweck Material und Arbeitskräfte von der G. AG zurückmieten. Zugleich vereinbarten die Parteien eine Verlängerung des Stillhalteabkommens: Die A. AG durfte die bisherigen Kreditlimiten bis Ende 2011 weiterbenutzen. Anschliessend sollten die gewährten Kredite von CHF 3 Mio. bis zum 30. Juni 2012 etappenweise reduziert werden, und zwar auf CHF 2 Mio. per 2. Januar 2012, auf CHF 750 000 per 31. Januar 2012, auf CHF 250 000 per 28. Februar 2012 und auf CHF 0 per 30. Juni 2012.<sup>4</sup> Die Rückzahlungen an die stillhaltenden Banken sollten vorab aus dem Erlös des Asset Deals erfolgen, während die übrigen Gläubiger aus den betrieblichen Erträgen der fertigzustellenden Aufträge befriedigt werden sollten.<sup>5</sup> Darüber hinaus wurden Rangrücktritte der Banken (im Umfang von CHF 250 000) sowie der Altaktionäre und leitenden Mitarbeiter vorgesehen.

Der Asset Deal mit der G. AG kam am 7. Dezember 2011 zustande und wurde plangemäss per Anfang Januar 2012 vollzogen. Wie am 2. Dezember 2011 vereinbart, erhielten die Banken bis Ende Februar 2012 einen Betrag von CHF 2,75 Mio. (entsprechend 91,7% der verlängerten Kredite) zurück.<sup>6</sup>

Ab März 2012 verschlechterte sich die wirtschaftliche Situation der A. AG derart, dass sie sich schliesslich im Mai 2012 veranlasst sah, um Nachlassstundung zu ersuchen. Am 7. August 2013 wurde der zwischen der A. AG und ihren Gläubigern ausgehandelte Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt. Für die (verbleibenden) Gläubiger der A. AG resultiert eine Nachlassdividende von voraussichtlich 30%.<sup>7</sup>

\* RA MLaw Bruno Mahler und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird in Kürze auf [www.aktienrechtplus.ch](http://www.aktienrechtplus.ch) publiziert.

<sup>1</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.3.

<sup>2</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.1.

<sup>3</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.2.

<sup>4</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.3.

<sup>5</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.4.1.

<sup>6</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 3.4.1.

<sup>7</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 3.4.1.

Am 24. Juli 2015 erhob die A. AG in Nachlassliquidation (Klägerin, Beschwerdeführerin) beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt paulianische Anfechtungsklage (Absichtsanfechtung) gegen die fünf Banken (Beklagte, Beschwerdegegnerinnen), welche das Zivilgericht mit Entscheid vom 15. März 2017 guthiess. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hiess die hiergegen erhobene Berufung der Beklagten am 6. Juni 2018 gut und wies die Klage ab. Gegen das Urteil des Appellationsgerichts gelangte die Klägerin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Mit Entscheid vom 8. September 2020 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

## II. Erwägungen der Gerichte

### 1. Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 6. Juni 2018

Die Erwägungen des Appellationsgerichts beschränken sich auf die Prüfung der Schädigungsabsicht der A. AG und der Erkennbarkeit dieser Absicht für die Banken. Da es diese Voraussetzungen der Absichtsanfechtung letztlich verneinte, musste das Gericht nicht mehr prüfen, ob die angefochtenen Rechtshandlungen überhaupt eine Gläubigerschädigung bewirkten (was von den Banken bestritten wurde).<sup>8</sup> Vorab war der für die Beurteilung der Schädigungsabsicht (und deren Erkennbarkeit) massgebliche Zeitpunkt zu bestimmen. Nach Ansicht des Appellationsgerichts war erstens auf den 2. Dezember 2011, als die Parteien die schrittweise Rückzahlung vereinbarten, und zweitens auf Ende 2011 abzustellen. Bis zu diesem Zeitpunkt sei es der A. AG möglich gewesen, die Rückzahlung der Kredite zu verhindern. Eine Berücksichtigung der Sachlage nach Ende 2011 fiel für das Appellationsgericht ausser Betracht, weil die A. AG durch ein Tätigwerden im Jahr 2012 die Rückzahlung – wenn überhaupt – nur noch teilweise hätte verhindern können.<sup>9</sup>

Sodann befasste sich das Appellationsgericht mit der Frage, ob die verlängerten Kredite als Sanierungsdarlehen anzusehen waren. Den Einwand der Klägerin, dass es sich beim Betriebsverkauf mit anschliessend geplanter Liquidation der A. AG gar nicht um

eine Sanierungsmassnahme handelte, liess das Gericht nicht gelten. Der anfechtungsrechtlich relevante Sanierungsbegriff sei vom Bundesgericht bisher nicht definiert worden. Das Appellationsgericht stellte auf die Gläubigerperspektive ab: Entscheidend sei, ob die fraglichen Massnahmen auf eine Abwendung des Konkurses und auf eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger abzielten.<sup>10</sup> Vorliegend hätten die Parteien mit dem Asset Deal und der anschliessenden «ordentlichen Liquidation» der A. AG genau diese Ziele erreichen wollen. Die A. AG habe sich folglich um eine Sanierung bemüht. Die Kreditgewährung sei überdies zum besonderen Zweck der Sanierung erfolgt.<sup>11</sup>

Des Weiteren hatte das Appellationsgericht zu prüfen, ob die Sanierungsbemühungen erfolgversprechend waren.<sup>12</sup> Dies sei für den Zeitraum bis Anfang November 2011 zu verneinen. In dieser Phase mussten nach Ansicht des Gerichts sowohl die A. AG wie auch die Banken voraussehen, dass die Rückzahlung der Kredite andere Gläubiger geschädigt hätte. In der Folge jedoch hätten die Umstände sich massgeblich verändert und die Parteien zusätzliche Erkenntnisse gewonnen. Namentlich der provisorische Liquiditätsplan vom 23. November 2011 habe eine günstigere Beurteilung der Sanierungsaussichten erlaubt.<sup>13</sup> Das Appellationsgericht gelangte zum Ergebnis, dass im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 2. Dezember 2011 berechnete, eine günstige Prognose rechtfertigende Hoffnungen auf einen erfolgreichen Ausgang der Sanierungsbemühungen bestanden. Folglich sei die Verlängerung der Kreditlimiten als Sanierungsdarlehen zu qualifizieren und die Schädigungsabsicht für diesen Zeitpunkt zu verneinen.<sup>14</sup>

Bei Sanierungsdarlehen seien die Gewährung und die Rückzahlung des Darlehens als Einheit zu betrachten. Deshalb prüfte das Appellationsgericht die Schädigungsabsicht per Ende 2011 (den nach seiner Auffassung massgeblichen Rückzahlungszeitpunkt) nur noch im Sinne einer Eventualbegründung.<sup>15</sup> Dabei hielt es fest, dass nach dem 2. Dezember 2011 das wirtschaftliche Eigenkapital durch Rangrücktritte weiterer Gläubiger gestärkt und der voraussichtliche

<sup>8</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 6.

<sup>9</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 3.3.

<sup>10</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.2.2.

<sup>11</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.3.

<sup>12</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.4.

<sup>13</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.1.

<sup>14</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.7.

<sup>15</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.8.

Liquidationsüberschuss von CHF 165 000 auf CHF 733 000 gesteigert worden sei. Zudem hätten die Parteien zwischenzeitlich ihre Einschätzungen plausibilisiert, indem sie sich mit der Revisionsstelle absprachen. Unter diesen Umständen sei eine Schädigungsabsicht für Ende Dezember 2011 erst recht nicht gegeben. Damit sei die Klage selbst dann abzuweisen, wenn man ein Sanierungsdarlehen verneinen und die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nach den gewöhnlichen Massstäben prüfen würde.

## 2. Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2020

Das Bundesgericht rekapitulierte einleitend seine bisherige Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Absichtsanfechtung, insbesondere zur Schädigungsabsicht bei Sanierungsmassnahmen und zu den Sanierungsdarlehen. Bei der Rückzahlung eines Darlehens bestehe ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht, wenn sich der Darlehensnehmer seiner finanziellen Notlage bewusst sei. Sei dies der Fall, so müsse davon ausgegangen werden, dass der Darlehensnehmer eine Schädigung anderer Gläubiger zumindest in Kauf genommen habe.<sup>16</sup> Die Schädigungsabsicht fehle indes, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpfe und diese erfolgversprechend erscheine. Die Aufnahme und Rückzahlung eines Darlehens sind laut dem Bundesgericht als Einheit und anfechtungsresistentes Sanierungsdarlehen zu betrachten, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Auch die Verlängerung eines früher gewährten Darlehens könne zur Sanierung beitragen und als Sanierungsdarlehen gelten, sofern der Sanierungswille (z.B. durch eine Sanierungsvereinbarung) zum Ausdruck komme und sich das Verhalten (etwa durch Sonderleistungen) von dem gewöhnlicher Kreditgeber unterscheide.<sup>17</sup>

In einem nächsten Schritt äusserte sich das Bundesgericht zum anfechtungsrechtlich relevanten Sanierungsbegriff. Dass die Vorinstanz für die Frage, ob ein Darlehen der «Sanierung» diene und nicht anfechtbar sei, auf die Optik der Gläubiger abgestellt habe, sei nicht zu beanstanden.<sup>18</sup> Dass die A. AG nach der vertragsgemässen Fortführung der laufenden Ge-

schäfte liquidiert werden sollte, schliesse nicht aus, dass der Verkauf des Betriebs der Substanzerhaltung zugunsten der Gläubiger und damit der Sanierung diene.<sup>19</sup> Entscheidend sei vielmehr, dass mit diesem Vorgehen der Konkurs vermieden, das Unternehmen erhalten, die Kreditoren und Fremdkapitalgeber und alle nicht rücktrittsbelasteten Forderungen vollständig befriedigt werden sollten. Der Schluss der Vorinstanz, dass sich die A. AG um eine Sanierung bemühte, sei haltbar.<sup>20</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts durfte die Vorinstanz auch den Sanierungszweck der Kreditverlängerungen bejahen: Diese seien kein blosses Zuwarten der Banken im eigenen Interesse gewesen.<sup>21</sup>

Schliesslich verwarf das Bundesgericht den Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz den Sanierungsplan zu Unrecht als erfolgversprechend beurteilt habe. Die Vorinstanz habe im Ergebnis annehmen dürfen, es hätten objektiv keine erheblichen Bedenken vorgelegen, dass mit dem Sanierungsvorhaben der Konkurs abgewendet und die übrigen Gläubiger trotz Zahlungen an einzelne Gläubiger befriedigt werden könnten. Wenn die Vorinstanz die Chancen der Sanierungsbemühungen grösser als das Konkursrisiko erachtete, habe sie von berechtigter Hoffnung auf Sanierung sprechen dürfen.<sup>22</sup> Dass der Plan letztlich gescheitert sei, führe anfechtungsrechtlich nicht zum Nachteil. Die Verlängerung der Kredite sei (trotz Teilrückführung) als Sanierungsdarlehen zu betrachten. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Vorinstanz die Schädigungsabsicht der A. AG zu Recht verneinte.<sup>23</sup>

## III. Bemerkungen

### 1. Rechtliche Rahmenbedingungen der aussergerichtlichen Sanierung

Gegenstand des Bundesgerichtsentscheids ist der (letztlich gescheiterte) Versuch, eine Aktiengesellschaft aussergerichtlich zu sanieren. Das Urteil soll zum Anlass genommen werden, in einem ersten Schritt die aktien- und konkursrechtlichen Rahmen-

<sup>16</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 3.5.1.

<sup>17</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 3.5.2.

<sup>18</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.1.2.

<sup>19</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.1.6.

<sup>20</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.2.2.

<sup>21</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.3.2.

<sup>22</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.4.3.

<sup>23</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.5.

bedingungen der aussergerichtlichen Sanierung zu skizzieren.

### 1.1 Krisenindikatoren nach geltendem und künftigem Aktienrecht

Droht die Gesellschaft, in eine wirtschaftliche Schiefelage zu geraten, muss der Verwaltungsrat Massnahmen ergreifen, um die Ertragskraft wiederherzustellen. Dies ergibt sich bereits aus seiner allgemeinen Pflicht, die Geschäfte sorgfältig und im Interesse der Gesellschaft zu führen (Art. 717 Abs. 1 OR).<sup>24</sup> Konkrete Handlungsanweisungen enthält das geltende Recht für den Fall, dass sich die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft in qualifizierter Weise in der Bilanz manifestieren. Gemäss Art. 725 Abs. 1 OR hat der Verwaltungsrat der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen zu beantragen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven durch die Aktiven nicht mehr gedeckt ist (sog. hälftiger Kapitalverlust). Lässt sich durch die eingeleiteten Massnahmen eine weitere Verschlechterung der finanziellen Lage nicht abwenden, ist rasches Handeln angezeigt: Sobald der Verwaltungsrat bei pflichtgemässer Sorgfalt befürchten muss, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr voll gedeckt sind (Überschuldung), muss er eine Zwischenbilanz erstellen lassen.<sup>25</sup> Bestätigt die Zwischenbilanz, dass die Aktiven weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten<sup>26</sup> ausreichen, um die Schulden der Gesellschaft zu decken, muss der Verwaltungsrat die Bilanz deponieren (Art. 725 Abs. 2 OR). Die durch den Zwischenabschluss verifizierte Überschuldung markiert damit (im Grundsatz) den Übergang von der aussergerichtlichen Sanierung in ein gerichtlich geleitetes Insolvenzverfahren. Dies ist insofern konsequent, als mit dem Dahinfallen des Eigenkapitals das unternehmerische Risiko von den Aktionären auf die Gläubiger übergeht, deren Interessen nun besonders zu schützen sind.<sup>27</sup>

Das revidierte Aktienrecht hält an den bilanzbezogenen Krisenindikatoren des hälftigen Kapitalverlusts und der Überschuldung fest, nimmt daran aber Modifikationen vor:<sup>28</sup> So muss der Verwaltungsrat bei Vorliegen eines Kapitalverlusts künftig etwa nicht mehr in jedem Fall eine Generalversammlung einberufen, sondern nur noch, wenn die ins Auge gefassten Sanierungsmassnahmen in deren Zuständigkeit fallen (Art. 725a Abs. 1 revOR<sup>29</sup>). Damit bringt das Gesetz zutreffend zum Ausdruck, dass eine Sanierung nicht immer den (sofortigen) Einbezug der Generalversammlung voraussetzt. Im Gegenteil: Eine zu frühe Einberufung kann wegen der damit einhergehenden Publizität eine Sanierung nachgerade vereiteln.<sup>30</sup>

Neu ins Gesetz aufgenommen wurde das Kriterium der drohenden Zahlungsunfähigkeit: Art. 725 Abs. 2 revOR verpflichtet den Verwaltungsrat, Massnahmen zur Sicherstellung der Liquidität und (so weit erforderlich) weitere Sanierungsmassnahmen zu veranlassen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden droht.<sup>31</sup> Die sich abzeichnende Illiquidität der Gesellschaft ist damit künftig ein zusätzlicher Anknüpfungspunkt für (zunächst) aussergerichtliche Sanierungsmassnahmen. Erst wenn sich die Zahlungsunfähigkeit dadurch nicht abwenden

nunmehr unmittelbar am Erfolg des Unternehmens interessiert. Denn je mehr das Gesellschaftsvermögen an Wert verliert, desto geringer fällt ihre Deckung aus (*Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge 1991* [Nachdruck, Cambridge/London 1996], 68 f.; siehe auch *Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?*, SZW 2014, 227–239, 235).

<sup>28</sup> Im Einzelnen von der Crone (Fn. 24), N 1997 ff.

<sup>29</sup> Als revOR werden die Bestimmungen des revidierten Obligationenrechts (Aktienrechts) bezeichnet, die am 19. Juni 2020 von der Bundesversammlung beschlossen wurden (AS 2020, 4005 ff.).

<sup>30</sup> Siehe Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff. (zit. Botschaft 2016), 575, wonach die zwingende Einberufung der Generalversammlung in der Vernehmlassung als «oftmals wirkungslos oder sogar kontraproduktiv» bezeichnet worden sei; vgl. *Glanzmann* (Fn. 26), 469 f.

<sup>31</sup> Dazu einlässlich *Dominik Milani/Philipp Schürch, Die Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach neuem Aktienrecht*, SZW 2020, 519–533, 526 ff.

<sup>24</sup> *Christoph B. Bühler, Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft*, ST 2010, 444–451, 444; *Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht*, 2. Aufl., Bern 2020, N 1997.

<sup>25</sup> Siehe dazu *Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 766 ff.

<sup>26</sup> Weiterführend *Lukas Glanzmann, Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung*, SZW 2015, 465–480, 471.

<sup>27</sup> Wenn die Aktiven nicht mehr ausreichen, um die *fixed claims* der Gläubiger zu decken, lösen die Gläubiger die Aktionäre als *residual claimants* ab: Die Gläubiger sind

lässt («nötigenfalls»), hat der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen.<sup>32</sup>

## 1.2 Sanierungsmassnahmen

Im vorliegenden Fall haben die Parteien mit einem Bündel von Massnahmen versucht, den Konkurs der A. AG abzuwenden. Nachfolgend sollen die Bestandteile des Sanierungskonzepts kurz dargestellt und gewürdigt werden.

### 1.2.1 Stillhalteabkommen

In einem Stillhalteabkommen verpflichten sich die Kreditgeber (häufig Banken) insbesondere dazu, bestehende Kreditlinien bis zu einem festgelegten Termin offenzuhalten und ausstehende Kredite einstweilen nicht zurückzufordern.<sup>33</sup> Im Gegenzug kann sich der Kreditnehmer im Rahmen von sog. *covenants* zu Handlungen verpflichten, welche die spätere Rückzahlung sicherstellen sollen.<sup>34</sup> Ein Stillhalteabkommen verschafft dem Schuldner die nötige Zeit, um durch weitere Sanierungsmassnahmen einen vorübergehenden Liquiditätsengpass zu überwinden.<sup>35</sup> Dabei ist er auf die Mitwirkung der Fremdkapitalgeber angewiesen. Besteht eine Bank auf einer sofortigen Rückzahlung, kann dies die aussergerichtliche Sanierung zum Scheitern bringen.<sup>36</sup>

### 1.2.2 Asset Deal

Unter Umständen kann sich als Sanierungsmassnahme anbieten, den Betrieb (oder einen Teil davon) auf eine andere Gesellschaft zu übertragen. Bei der Erwerberin kann es sich um eine eigens zu diesem Zweck gegründete Auffanggesellschaft oder um ein bereits existierendes (Konkurrenz-)Unternehmen handeln. Der Kauf erfolgt in der Form eines Asset Deals: Die Erwerberin übernimmt von der schuldnerischen Gesellschaft die für die Fortführung des Betriebs notwendigen Aktiven und Verträge; die Passiven verblei-

ben bei der Verkäuferin. Der Verkaufserlös wird zur Schuldentilgung verwendet.<sup>37</sup> Idealerweise kann damit der *going concern* aufrechterhalten werden. Da der Betrieb zu Fortführungswerten verkauft wird, erhalten die Gläubiger eine bessere Deckung als im Konkursfall. Diese Form der Sanierung ist indes ökonomisch einzig dann sinnvoll, wenn das Unternehmen (nach der Übertragung) auf Dauer überlebensfähig ist.<sup>38</sup> Dies wird nur (aber immerhin) dort zutreffen, wo die finanzielle Schieflage sich durch eine effizientere Allokation der Verfügungsrechte beheben lässt und gerade nicht in der fehlenden Rentabilität des Unternehmens begründet liegt.<sup>39</sup>

Mit Blick auf die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung ist daran zu erinnern, dass die Vertretungsmacht des Verwaltungsrats auf den Gesellschaftszweck beschränkt ist (Art. 718a Abs. 1 OR). Der Verkauf des ganzen Betriebs muss daher grundsätzlich von der Generalversammlung der Verkäuferin beschlossen werden.<sup>40</sup> Für den Verkauf eines Betriebsteils gilt dies dann, wenn er einer Änderung des Gesellschaftszwecks gleichkommt.

### 1.2.3 Rangrücktritt

Mit einem Rangrücktritt erklärt der betreffende Gläubiger unwiderruflich, im Fall des Konkurses oder der Liquidation der Gesellschaft im Rang hinter alle übrigen Gläubiger zurückzutreten, bis diese voll befriedigt sind.<sup>41</sup> Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR kann der

<sup>32</sup> Siehe *Milani/Schürch* (Fn. 31), 530 f.; vgl. auch *Peter Böckli*, Finanznotlagerecht, SZW 2017, 524–551, 537 f.

<sup>33</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 3.1.1; *Oliver Kälin*, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2016, N 139.

<sup>34</sup> Zu möglichen Inhalten solcher *covenants* siehe *Markus Wolf*, Stillhalteabkommen kreditgebender Banken, Diss. St. Gallen 2012 (= SSHW 310), N 275 ff.

<sup>35</sup> *Urs Schenker*, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 2009, 485–497, 491 f.

<sup>36</sup> *Kälin* (Fn. 33), N 141.

<sup>37</sup> Siehe *Urs Schenker*, Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, 303–326, 305. In Deutschland wird die Sanierung durch Verkauf des Betriebs gemeinhin als «übertragende Sanierung» bezeichnet (siehe z.B. *Christopher Seagon*, in: Andrea K. Buth/Michael Hermanns [Hrsg.], Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Aufl., München 2014, § 24 N 73 f.).

<sup>38</sup> *Seagon* (Fn. 37), § 24 N 74.

<sup>39</sup> Siehe dazu *Lukas Müller/Georg J. Wohl*, Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, ZZZ 2020, 146–163, 149 ff., die zwischen «*financial distress*» und «*economic distress*» unterscheiden.

<sup>40</sup> BGE 116 II 320, E. 3a. Eine Ausnahme macht das Bundesgericht, wenn der Gesellschaftszweck infolge Konkursreife der Gesellschaft nicht mehr zu erreichen ist und eine vorgängige Einberufung der Generalversammlung wegen zeitlicher Dringlichkeit ausser Betracht fällt (dazu *Böckli* [Fn. 25], § 13 N 499 ff.).

<sup>41</sup> Statt vieler *Hanspeter Wüstiner*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 46 zu Art. 725.

Verwaltungsrat einer überschuldeten Gesellschaft auf die Benachrichtigung des Richters verzichten, wenn Gläubiger im Umfang der Überschuldung in ihrem Rang zurückgetreten sind. Ein Rangrücktritt hilft der schuldnerischen Gesellschaft nur aus der Bedrängnis, wenn er mit einer Stundung der Forderung verknüpft wird (sog. qualifizierter Rangrücktritt).<sup>42</sup> Doch auch dann genügen Rangrücktritte für sich allein nicht, um die Gesellschaft zu sanieren. Sie können ihr jedoch vorübergehend Luft verschaffen, um eine in Angriff genommene Sanierung ohne Depo- nierung der Bilanz abzuschliessen zu können.<sup>43</sup>

#### 1.2.4 Würdigung des Sanierungskonzepts

Der A. AG war es zunächst gelungen, alle fünf Banken zu einem gemeinsamen Stillhalteabkommen zu bewegen.<sup>44</sup> Als eine Weiterführung des Betriebs durch die A. AG nicht mehr realistisch schien, versuchten die Beteiligten, den Konkurs mit einem Betriebsverkauf zu vermeiden. Die Interessenlage der Erwerb- erin war nicht entscheidend relevant. Deshalb ist nicht bekannt, aus welchem Grund sie zum Kauf bereit war. Die A. AG sollte nach der Übertragung nicht direkt liquidiert werden, sondern zuerst die bereits laufenden Bauaufträge zu Ende führen. Im Hinblick auf dieses Vorhaben erklärten die Banken und weitere Gläu- biger Rangrücktritte. Diese Rangrücktritte waren für das Gelingen des Sanierungsvorhabens unentbeh- rlich.<sup>45</sup> Nur so konnten der Asset Deal und die Fortfüh- rung der Aufträge trotz festgestellter Überschuldung aussergerichtlich abgewickelt werden.<sup>46</sup> Den Banken war bewusst, dass der Liquidationserlös voraussicht- lich nicht ausreichen würde, um auch die rangrück- trittsbelasteten Forderungen vollständig zu decken. Ihr Rangrücktritt kommt daher wirtschaftlich einem (teilweisen) Forderungsverzicht gleich.<sup>47</sup> Dies und die Verlängerung des Stillhalteabkommens um mehr als ein halbes Jahr (statt nur um einen Monat) wür-

digten die Gerichte als «eigentliches Entgegenkom- men» der Banken.<sup>48</sup>

Anlass für die paulianische Anfechtung gab nicht die (zu tiefe) Bewertung des verkauften Betriebs (was an sich auch denkbar wäre<sup>49</sup>), sondern der Um- stand, dass sich die Banken vorab aus dem Erlös be- zahlt machten, während die übrigen Gläubiger auf eine Nachlassdividende verwiesen bleiben.<sup>50</sup>

### 1.3 Sanierungsbegriff

Vorliegend hatten sich die Gerichte mit der Frage zu befassen, ob das Vorhaben, den Betrieb zu verkaufen und die A. AG nach der Abwicklung der bereits ange- fangenen Aufträge zu liquidieren, überhaupt eine Sa- nierungsmassnahme war. Nachdem die Erstinstanz eine Sanierung kurzerhand verneint hatte,<sup>51</sup> kamen das Appellationsgericht und das Bundesgericht zum gegenteiligen Ergebnis. Sie stützten sich dabei auf einen «anfechtungsrechtlich relevanten (spezifischen) Sanierungsbegriff». Entsprechend dem Zweckgedan- ken der paulianischen Anfechtung ist für die Annah- me einer Sanierung (allein) entscheidend, dass die beabsichtigten Massnahmen auf eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger abzielen.<sup>52</sup> Forderun- gen, für die ein Rangrücktritt erklärt worden ist, sind dabei nicht zu berücksichtigen.<sup>53</sup> Nicht massgeblich ist, ob die zu sanierende Gesellschaft als Rechtsträ- gerin fortbestehen soll oder ob die «Sanierung» gerade deren Liquidation beinhaltet.<sup>54</sup>

Die Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts lag darin, dass nach der Vorstellung der Parteien der Käuferlös und die Erträge aus der Fortführung der Aufträge ausreichen würden, damit die (anfänglich

<sup>42</sup> Das künftige Recht schreibt denn auch ausdrücklich vor, dass sowohl der geschuldete Betrag wie auch die Zinsfor- derungen gestundet werden müssen (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR); siehe *Glanzmann* (Fn. 26), 479.

<sup>43</sup> BGer 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003, E. 2.2; *Kälin* (Fn. 33), N 143 m.w.H.; *von der Crone* (Fn. 24), N 2027.

<sup>44</sup> Zivilgericht BS K5.2015.16 vom 15. März 2017, I.a.

<sup>45</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.3.2.

<sup>46</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.3.

<sup>47</sup> Vgl. *Schenker* (Fn. 35), 493.

<sup>48</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.3.2; AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.3.

<sup>49</sup> In diesem Fall hätte gegen die Erwerb- erin geklagt werden müssen.

<sup>50</sup> Vgl. BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 3.1.2 und 3.4.1.

<sup>51</sup> Zivilgericht BS K5.2015.16 vom 15. März 2017, E. 2.4: «Eine Sanierung im Sinne der Rechtsprechung stand nie zur Debatte [...]»

<sup>52</sup> *Brigitte Umbach-Spahn/Stefan Bossart*, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkurs- gesetz*, 2. Aufl., Basel 2014; siehe auch *Thomas Rebsamen*, *Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen*, Jusletter 21. Sep- tember 2009, N 28 f.

<sup>53</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 4.2.2.

<sup>54</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.1.2 und 4.1.3.

überschuldete) Gesellschaft alle nicht rücktrittsbelasteten Forderungen erfüllen könnte. Es spricht nichts dagegen, ein solches Sanierungskonzept auch aktienrechtlich als «Sanierung» anzuerkennen, obwohl die Gesellschaft anschliessend liquidiert werden soll.<sup>55</sup> Die Erwägungen zum Sanierungsbegriff machen gleichzeitig die Grenzen der aussergerichtlichen Sanierung deutlich: Hätten die mutmasslichen Erträge auch nur knapp nicht genügt, um eine volle Deckung der Schulden zu erreichen, so wäre nichts anderes übriggeblieben, als um die Einleitung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens zu ersuchen. Ausserhalb eines gerichtlich angeleiteten Verfahrens können die Gläubiger nicht zu Sanierungsbeiträgen gezwungen werden.<sup>56</sup>

#### 1.4 Zeitliche Schranke: Pflicht des Verwaltungsrats zur Überschuldungsanzeige

Mit Eintritt der Überschuldung ist der Verwaltungsrat wie erwähnt verpflichtet, an das Gericht zu gelangen (Art. 725 Abs. 2 OR). Das Gericht hat gestützt auf das Gesuch des Verwaltungsrats zu entscheiden, ob es über die Gesellschaft den Konkurs eröffnen oder ein gerichtliches Sanierungsverfahren<sup>57</sup> einleiten soll. Aussergerichtliche Sanierungsbemühungen sind in diesem Stadium nicht mehr zulässig. Von diesem grundsätzlichen Verbot bestehen zwei Ausnahmen:

Erstens kann der Verwaltungsrat die Sanierung aussergerichtlich fortsetzen, wenn Rangrücktritte im Umfang der Überschuldung erklärt wurden.<sup>58</sup> Zweitens anerkennt das Bundesgericht in einer langjährigen Praxis, dass die Überschuldungsanzeige bei konkreten Aussichten auf eine Sanierung ausnahmsweise aufgeschoben werden kann.<sup>59</sup> Neben realen Sanierungschancen<sup>60</sup> verlangte das Bundesgericht in seinen diesbezüglichen Entscheiden, dass der Verwaltungsrat wie ein vernünftiger Unternehmer handelte und die Forderungen der Gläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet wurden.<sup>61</sup> Diese Praxis wird mit der Aktienrechtsrevision 2020 (leicht modifiziert) ins Gesetz überführt und um eine Höchstfrist ergänzt:<sup>62</sup> Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR bestimmt, dass die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben kann, solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist (spätestens innert 90 Tagen seit Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse) behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

Ausserhalb dieser Ausnahmen verhält sich der Verwaltungsrat pflichtwidrig, wenn er seine Sanierungsbemühungen trotz festgestellter Überschuldung in Eigenregie fortsetzt (sog. Konkursverschleppung). Scheitert in der Folge die Sanierung, ist eine Haftung der Verwaltungsratsmitglieder nach Art. 754 OR zu prüfen.

#### 1.5 Absichtsanfechtung

Neben einer möglichen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) ein weiteres rechtliches Risiko, das bei aus-

<sup>55</sup> In diesem Sinn auch *Böckli* (Fn. 25), § 13 N 751a; *Bettina Kopta-Stutz*, Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2019 (= ZSP 295), 126 f.; *Kälin* (Fn. 33), N 58; ablehnend (mit Bezug auf den Konkursaufschub) *Ulrich Haas/Yael Strub*, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018, N 36 zu Art. 725a m.w.H.

<sup>56</sup> Daraus ergeben sich Probleme des kollektiven Handelns: Für den einzelnen Gläubiger kann es eine nutzenmaximierende Strategie sein, auf der Bezahlung seiner Forderung zu beharren und darauf zu hoffen, dass die anderen Gläubiger sich um eine Sanierung des Schuldners bemühen (vgl. *Kopta-Stutz* [Fn. 55], 9 f. m.w.H.). Das Nachlassverfahren versucht dieses Trittbrettfahrerproblem u.a. dadurch zu entschärfen, dass es die Gläubiger mit Mehrheitsbeschluss über die Sanierungsbeiträge entscheiden lässt (Art. 305 SchKG).

<sup>57</sup> Im geltenden Recht kann entweder ein Konkursaufschub (Art. 725a OR) gewährt oder eine (provisorische) Nachlassstundung (Art. 293a SchKG) bewilligt werden. Mit der Aktienrechtsrevision 2020 wird der Konkursaufschub gestrichen, sodass inskünftig nur noch das Nachlassverfahren zur Verfügung steht (siehe dazu Botschaft 2016 [Fn. 30], 465 f.).

<sup>58</sup> Vgl. oben Ziff. III.1.2.3.

<sup>59</sup> Eine ausführliche Kasuistik findet sich bei *Mauchle/von der Crone* (Fn. 27), 231 ff.; siehe auch *Peter Forstmoser*, Der Richter als Krisenmanager?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2004, 263–291, 269 ff.

<sup>60</sup> Vgl. unten Ziff. III.2.1.

<sup>61</sup> Siehe z.B. BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b; *Mauchle/von der Crone* (Fn. 27), 234.

<sup>62</sup> Siehe Botschaft 2016 (Fn. 30), 579. Der bisherigen Bundesgerichtspraxis lässt sich keine «Toleranzfrist» entnehmen, innert welcher die Sanierung abgeschlossen sein muss (*Mauchle/von der Crone* [Fn. 27], 234; anders *Böckli* [Fn. 25], § 13 N 816 f.).

sergerichtlichen Sanierungen beachtet werden muss. Im Zusammenhang mit Sanierungsbemühungen ist der Tatbestand der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) von besonderer Bedeutung.

### 1.5.1 Zweck und Voraussetzungen

Mit der Anfechtungsklage sollen Vermögenswerte, die der Schuldner zuvor durch anfechtbare Rechtshandlungen veräusserte, der Zwangsvollstreckung zugeführt werden (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Sie dient damit der Verwirklichung des vollstreckungsrechtlichen Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung.<sup>63</sup> Gemäss Art. 288 Abs. 1 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die «der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung<sup>64</sup> in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen». Vorausgesetzt wird, dass die Rechtshandlung die Gläubiger oder einzelne von ihnen durch eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats effektiv geschädigt hat (Gläubigerschädigung),<sup>65</sup> dass der Schuldner mit Schädigungsabsicht handelte und dass diese Schädigungsabsicht für den Begünstigten erkennbar war.<sup>66</sup> Obwohl es sich bei den letzten beiden Voraussetzungen eigentlich um innere Vorgänge handelt, neigt das Bundesgericht zu einer objektivierenden Betrachtung.<sup>67</sup> Es lässt für die Annahme einer Schädigungsabsicht genügen, dass der Schuldner die Gläubigerschädigung «als natürliche Folge seiner Handlung» voraussehen konnte und musste.<sup>68</sup> Mit der Frage, ob Sanierungsbemühungen eine Schädigungsabsicht des Schuldners (und damit deren Erkennbarkeit für den Begünstigten) entfallen lassen, hatte sich das Bundesgericht bereits in verschiedenen Entscheiden zu befassen. Nach seiner

Praxis genügt es dafür nicht, dass sich der Schuldner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten ernsthaft um eine Sanierung bemühte; blosser Hoffnungen befreien nicht vom Anfechtungsrisiko.<sup>69</sup> Erforderlich ist überdies, dass die Sanierungsbemühungen im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung (objektiv) als erfolgsversprechend erschienen.<sup>70</sup> Unter diesen Voraussetzungen hat das Bundesgericht die Schädigungsabsicht etwa verneint, als die Bezahlung von Honoraren für eine Sanierungsberatung angefochten war.<sup>71</sup>

### 1.5.2 Sanierungsdarlehen

Ein besonderes Prüfprogramm hat das Bundesgericht für Kredite entwickelt, die der Darlehensgeber speziell zur Ermöglichung einer Sanierung gewährt (oder verlängert) hat. Diese Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Rückzahlung der Darlehenssumme nicht als (gleichwertige) Gegenleistung zur Darlehenshingabe gilt.<sup>72</sup> Daher kann die Darlehensrückzahlung durch einen Schuldner in wirtschaftlicher Bedrängnis jene Gläubiger, deren Forderungen nicht zurückbezahlt werden, benachteiligen und damit anfechtbar sein.<sup>73</sup> Dieses Anfechtungsrisiko soll aber nicht konkrete und glaubwürdige Versuche zur Rettung des Schuldners vereiteln. Ein von der Anfechtung freigestelltes Sanierungsdarlehen ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn:<sup>74</sup>

1. sich der in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckende Schuldner um die Sanierung bemüht,
2. die Sanierungsbemühungen erfolgsversprechend erscheinen und

<sup>63</sup> Dazu ausführlich *Thomas Rebsamen*, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2004 (= AISUF 231), N 344 ff.

<sup>64</sup> Gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG gilt dies auch für Rechtshandlungen, die der Schuldner vor der Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung vorgenommen hat.

<sup>65</sup> Siehe *KuKo SchKG-Umbach-Spahn/Bossart* (Fn. 52), N 3 ff. zu Art. 288 m.w.H.

<sup>66</sup> Siehe statt vieler *BGE 137 III 268*, E. 4 m.w.H.

<sup>67</sup> Kritisch dazu *Kathrin Kriesi*, Actio Pauliana, Diss. Lausanne 2020, 208 ff.

<sup>68</sup> *BGE 137 III 268*, E. 4.2; *BGE 134 III 615*, E. 5.1; *BGE 134 III 452*, E. 4.1.

<sup>69</sup> Vgl. *Andrea Galliker/Hans Caspar von der Crone*, Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW 2008, 602–613, 610 f.  
<sup>70</sup> Z.B. *BGE 134 III 452*, E. 5.5; siehe dazu *Kriesi* (Fn. 67), 228.

<sup>71</sup> *BGE 137 III 268*, E. 4.2.4.

<sup>72</sup> Dagegen besteht ein Austauschverhältnis zwischen der Zinszahlung und dem Aufrechterhalten der Wertüberlassung. Die Zahlung von Zinsen während der Laufdauer des Darlehens ist folglich (mangels Gläubigerschädigung) nicht anfechtbar, sofern die Zinsen marktüblich sind (*BGE 136 III 247*, E. 5 und 6).

<sup>73</sup> *BGE 134 III 452*, E. 3.1; *KuKo SchKG-Umbach-Spahn/Bossart* (Fn. 52), N 8 zu Art. 288; vgl. auch *BGE 137 III 268*, E. 4.2.3.

<sup>74</sup> *BGer 5A\_671/2018* vom 8. September 2020, E. 3.5.2 m.w.H.; vgl. *Galliker/von der Crone* (Fn. 69), 611 f.



3. das Darlehen zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt wird.

Das Bundesgericht behandelt Sanierungsdarlehen insofern privilegiert, als hier die Frage nach der Schädigungsabsicht «nicht isoliert, bezogen bloss auf die Rückzahlung gestellt wird». Aufnahme und Rückzahlung des Sanierungsdarlehens seien vielmehr «als Einheit zu würdigen».<sup>75</sup> Dies bedeutet, dass bei Sanierungsdarlehen für die Beurteilung der Schädigungsabsicht (entgegen den allgemeinen Regeln) nicht der Zeitpunkt der Rechtshandlung (Rückzahlung), sondern jener der Darlehensgewährung (oder -verlängerung) massgeblich ist.<sup>76</sup> Die «Privilegierung» des Sanierungsdarlehens besteht also genau besehen darin, dass für die Beurteilung der Sanierungsaussichten auf einen früheren Zeitpunkt abgestellt wird als allgemein üblich.<sup>77</sup> War die Sanierung bei der Gewährung des Darlehens noch realistisch, ist die vertragsgemässe Rückzahlung nicht anfechtbar, auch wenn sich die Prognose in der Zwischenzeit verdüsterte. Obwohl diese Praxis in der Lehre verschiedentlich kritisiert worden ist,<sup>78</sup> hält das Bundesgericht mit dem vorliegenden Entscheid an ihr fest. Sowohl das Bundesgericht wie auch die Vorinstanz bejahen die Merkmale eines Sanierungsdarlehens. Streng genommen war der Rückgriff auf diese Rechtsfigur aber wohl nicht nötig, weil sich laut den Angaben zum Sachverhalt das Scheitern des Sanierungsplans erst nach den Rückzahlungen abzuzeichnen begann.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> BGE 134 III 452, E. 5.3.

<sup>76</sup> Vgl. *Kriesi* (Fn. 67), 242 f.

<sup>77</sup> Das wird deutlich, wenn man E. 5.3.7 und E. 5.3.8 im Entscheid des AppGer BS (ZB.2017.34) einander gegenüberstellt. Bei Annahme eines Sanierungsdarlehens war die Sanierungsaussicht per 2. Dezember 2011 zu prüfen (E. 5.3.1–5.3.7). Wenn man das Sanierungsdarlehen verneint (Eventualbegründung), so wären die Erfolgsaussichten per Ende 2011 (Rückzahlungszeitpunkt) massgeblich gewesen (E. 5.3.8).

<sup>78</sup> Siehe *Susan Emmenegger*, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Kreditrecht*, Basel 2010, 153–189, 174 f.; *Kriesi* (Fn. 67), 241 ff.; *Rebsamen* (Fn. 52), N 32 ff.; *Brigitte Umbach-Spahn*, Pauliana und Sanierung, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen*, Zürich/Basel/Genf 2011, 157–180, 171 f.

<sup>79</sup> Offenbar haben sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der A. AG zwischen dem Zeitpunkt der Kreditverlängerung (2. Dezember 2011) und dem für die Vorinstanz massgeb-

Auch wenn die Banken letztlich nicht zur Zahlung an die Nachlassmasse verurteilt wurden, zeigt der Entscheid doch auf, dass aussergerichtliche Sanierungsmassnahmen, die (Rück-)Leistungen der zu sanierenden Gesellschaft umfassen, Anlass für eine Absichtsanfechtung bieten können. Dabei ist oftmals entscheidend, ob die Gerichte die Sanierungsbemühungen als erfolversprechend einstufen oder nicht. Hierauf ist im Folgenden näher einzugehen.

## 2. Retrospektive Beurteilung der Sanierungsaussichten durch die Gerichte

Die Gerichte sind in verschiedenen Situationen dazu aufgerufen, die Erfolgsaussichten von Sanierungsvorhaben zu beurteilen. Hat ein Gericht zu prüfen, ob es einen Konkursaufschub oder eine Nachlassstundung bewilligen soll, nimmt es eine prospektive Beurteilung anhand der eingereichten Gesuchsunterlagen vor.<sup>80</sup> Daneben haben die vorangehenden Ausführungen gezeigt, dass in zwei Fällen eine retrospektive Beurteilung erforderlich sein kann, nämlich:

- wenn bei einer Verantwortlichkeitsklage geltend gemacht wird, das beklagte Organ habe mit der Überschuldungsanzeige zu Unrecht zugewartet,<sup>81</sup> und
- wenn im Rahmen einer paulianischen Anfechtungsklage zu prüfen ist, ob erfolversprechende Sanierungsbemühungen die Schädigungsabsicht entfallen lassen<sup>82</sup>.

Im Folgenden sollen diese beiden Konstellationen nebeneinander betrachtet werden. Zunächst ist zu klären, wie günstig die Prognose *ex ante* sein muss, um eine Sanierung zu legitimieren (sogleich Ziff. 2.1). Sodann wird darauf eingegangen, wie die Gerichte die Einschätzung der Beteiligten *ex post* überprüfen (unten Ziff. 2.2).

### 2.1 Grad der Realisierungswahrscheinlichkeit

In seiner Praxis zum Aufschub der Überschuldungsanzeige verlangt das Bundesgericht «konkrete Aus-

lichen Rückzahlungszeitpunkt (Ende 2011) gar verbessert (AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.8).

<sup>80</sup> Vgl. Art. 725a Abs. 1 OR (Konkursaufschub); Art. 293a Abs. 3 und Art. 294 Abs. 3 SchKG (Nachlassstundung).

<sup>81</sup> Vgl. oben Ziff. III.1.4.

<sup>82</sup> Vgl. oben Ziff. III.1.5.

sichten auf Sanierung».<sup>83</sup> Der Verwaltungsrat müsse in einer schwierigen Lage tun, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden dürfe.<sup>84</sup> Unzulässig seien Massnahmen, welche auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern. Die Bilanz muss laut der Rechtsprechung dann deponiert werden, wenn «erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht» sind.<sup>85</sup> Zu prüfen sei, ob das Risiko, das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbunden sei, durch den ökonomischen Wert der Chance einer erfolgreichen Sanierung aufgewogen werde.<sup>86</sup> Das Bundesgericht setzt also eine gewisse minimale Wahrscheinlichkeit des Gelingens voraus, belässt es im Übrigen aber bei einem relativen Massstab: Je besser die Erfolgsaussichten, desto eher dürfen mit dem Entscheid für eine Sanierung auch Risiken eingegangen werden. Dabei hat der Verwaltungsrat Chancen und Risiken pflichtgemäss (wie ein vernünftiger Unternehmer) gegeneinander abzuwägen. Diese Grundsätze dürften auch unter dem künftigen Recht massgeblich sein, nachdem die Regelung in Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR ausdrücklich an die bundesgerichtliche Praxis anknüpft.<sup>87</sup>

In verschiedenen Entscheiden zur Absichtsanfechtung setzte das Bundesgericht für die Verneinung der Schädigungsabsicht voraus, dass «der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgversprechend erscheint».<sup>88</sup> Die getroffenen Massnahmen müssten erlauben, bei einer objektiven Prüfung auf eine Sanierung zu hoffen.<sup>89</sup> Mit Bezug auf die Sanierungsdarlehen scheint es weiter zu gehen und verlangt gar «berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen».<sup>90</sup> Die bundesgerichtlichen Kriterien sind in der Lehre mitunter als unklar bzw. nicht genügend konkret kritisiert worden.<sup>91</sup> Im vorliegenden Entscheid präzisiert das Bundesgericht nun die Anforderungen

an die Realisierungswahrscheinlichkeit: Die Sanierungsbemühungen dürfen gemäss seinen Erwägungen als erfolgversprechend gelten, wenn die Sanierungschancen grösser sind als das Konkursrisiko.<sup>92</sup>

Mit dieser Klarstellung nähert sich das Bundesgericht zugleich seiner Praxis zum Aufschub der Überschuldungsanzeige an, was zu begrüssen ist. Dies entspricht der Überlegung, dass das Gesellschafts- wie auch das Konkursrecht eine einheitliche Antwort auf die Frage geben sollten, wann eine aussergerichtliche Sanierung noch legitim ist und wann nicht.<sup>93</sup> Halten die Verantwortlichen ihre aktienrechtlichen Pflichten ein, wäre es widersprüchlich, ihnen nur deshalb eine Schädigungsabsicht vorzuwerfen, weil anfechtungsrechtlich ein anderer Massstab für die Erfolgsaussichten gelte. Solche Wertungswidersprüche werden vermieden, wenn man in beiden Rechtsgebieten die gleichen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Sanierung stellt.<sup>94</sup> Aus den bundesgerichtlichen Erwägungen lässt sich folgendes Fazit ziehen: Für die Beurteilung der Sanierungsaussichten ist eine umfassende Abwägung von Chancen und Risiken des Sanierungskonzepts erforderlich. Die Sanierung ist hinreichend wahrscheinlich, wenn die Erfolgsaussichten das Risiko des Scheiterns überwiegen.

## 2.2 Methodik der gerichtlichen Überprüfung

### 2.2.1 Problemstellung

Die beiden zu untersuchenden Konstellationen haben gemeinsam, dass das Gericht die Prognose in einem Zeitpunkt überprüfen muss, in dem objektiv bereits feststeht, dass die Sanierung gescheitert ist. Dabei besteht die Gefahr einer verzerrten Einschätzung: Das Wissen um den tatsächlichen Ausgang verleitet zur Annahme, das Scheitern sei aus damaliger Sicht wahrscheinlicher bzw. vorhersehbarer gewesen, als es tatsächlich war (sog. *hindsight bias*).<sup>95</sup> Das Bundesgericht hat im Verantwortlichkeitsrecht in den

<sup>83</sup> BGE 116 II 533, E. 5a; bestätigt in BGE 132 III 564, E. 5.1; vgl. BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007, E. 4.4.

<sup>84</sup> Vgl. bereits BGE 108 V 183, E. 2.

<sup>85</sup> BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b.

<sup>86</sup> BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 5b/aa.

<sup>87</sup> Siehe Botschaft 2016 (Fn. 30), 579; vgl. oben Ziff. III.1.4.

<sup>88</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 3.5.2; BGE 137 III 268, E. 4.2.3.

<sup>89</sup> BGE 135 III 276, E. 7.1; BGE 134 III 615, E. 5.1.

<sup>90</sup> BGE 134 III 452, E. 5.3.

<sup>91</sup> Siehe *Kriesi* (Fn. 67), 229 f.; *Umbach-Spahn* (Fn. 78), 171.

<sup>92</sup> BGer 5A\_671/2018 vom 8. September 2020, E. 4.4.3 mit Verweis auf *KuKo SchKG-Umbach-Spahn/Bossart* (Fn. 52), N 13 zu Art. 288.

<sup>93</sup> Grundlegend dazu *Hans-Ueli Vogt*, *Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung*, GesKR 2009, 163–190, 184 ff.

<sup>94</sup> Vgl. *Vogt* (Fn. 93), 185 f.

<sup>95</sup> Dazu ausführlich *Vito Roberto/Kristoffel Grechenig*, *Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen*, ZSR 2011 I, 5–26; vgl. auch *Merens Derungs/Hans*

vergangenen Jahren eine differenzierte Praxis dazu entwickelt, wie die Gerichte vorzugehen haben, wenn sie Geschäftsentscheide nachträglich überprüfen. Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle ist in der Regel die Übereinstimmung des Geschäftsentscheids mit der Sorgfaltspflicht der Organe (Art. 717 Abs. 1 OR). Der Praxis liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Ermessensentscheide nur zurückhaltend durch die Gerichte in Frage gestellt werden sollten, wenn sie in einem einwandfreien Verfahren zustande gekommen sind (sog. Business Judgment Rule).<sup>96</sup> Im Folgenden ist zu prüfen, ob das vom Bundesgericht entwickelte Prüfschema auch im vorliegenden Zusammenhang herangezogen werden kann.

### 2.2.2 Anwendungsbereich der Business Judgment Rule

Eine Zurückhaltung des Gerichts bei der nachträglichen Überprüfung von Entscheiden ist nur angezeigt, wenn die handelnden Personen den Entscheid in Anwendung ihres Geschäftsermessens gefällt haben. Das Gesetz darf die gebotene Handlung (oder Unterlassung) also nicht bereits vorgeben. Auch die sog. Kontroll- und Organisationsaufgaben bleiben nach der Rechtsprechung vom Anwendungsbereich der Business Judgment Rule ausgeklammert, weil sie sich ohne Weiteres für eine justizmässige Nachkontrolle eignen.<sup>97</sup> Besteht dagegen ein Geschäftsermessen, so sind die damaligen Verantwortungsträger in dessen Ausübung zu schützen, wenn sie den Entscheid sorgfältig vorbereitet haben.<sup>98</sup> Das Bundesgericht hat die Business Judgment Rule bisher angewendet, als Entscheide über das Führen eines Prozesses<sup>99</sup>, eine Dar-

lehensgewährung<sup>100</sup>, die Anstellung eines Geschäftsführers, den Abschluss eines Zusammenarbeitsvertrags<sup>101</sup> oder die Beteiligung an einem Cash-Pool<sup>102</sup> zur Diskussion standen.

### 2.2.3 Entscheid über die Sanierungsaussichten als Geschäftsführungsentscheid

Das Bundesgericht hat sich bisher nicht ausdrücklich dazu geäußert, ob die Business Judgment Rule auch für den Entscheid über die Sanierungsaussichten gilt. Die Urteile zum Aufschub der Überschuldungsanzeige sind noch ergangen, bevor das Gericht sein Prüfschema konkretisiert hat. In allgemeiner Weise hat es in einem Urteil aus dem Jahr 2010 aber festgehalten, dass den Organen bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen ein grosser Ermessensspielraum einzuräumen und richterliche Zurückhaltung angebracht sei.<sup>103</sup> Im Vergleich zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit ist der Ermessensspielraum bei Sanierungsentscheiden namentlich aus zwei Gründen eingeschränkt: Erstens enthalten die Vorschriften über die Sanierung verschiedentlich konkrete Anweisungen an die Organe, die deren Handlungsspielraum begrenzen. Der Ermessensbereich wird so punktuell durch gesetzlich konkretisierte Verhaltenspflichten überlagert und strukturiert.<sup>104</sup> Zweitens ist das Ermessen bei Sanierungsentscheiden durch die spezifische Zielsetzung (die Überwindung der finanziellen Schieflage) enger eingegrenzt als in einer wirtschaftlich gesunden Gesellschaft. Dennoch erfordert die Prognose über die Sanierungsaussichten eine umfassende Abwägung der Chancen und Risiken, was schon an sich ein grosses Ermessen impliziert. Bei der Beurteilung, mit welcher Wahrscheinlichkeit, innert welcher Frist und mit welchen Massnahmen die finanzielle Schieflage überwunden werden kann, besteht

*Caspar von der Crone*, Verhaltenspflichten des Verwaltungsrats, SZW 2019, 697–709, 701 f.

<sup>96</sup> Siehe dazu etwa *Daniel Brugger/Hans Caspar von der Crone*, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 2013, 178–189; *Rolf Sethe*, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: *Rolf Sethe/Peter R. Isler* (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 165–201; *Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger*, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607–627; *von der Crone* (Fn. 24), N 1536 ff.

<sup>97</sup> BGer 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019, E. 3.1 (nicht publ. in BGE 145 III 351); dazu *Derungs/von der Crone* (Fn. 95), 704 ff.

<sup>98</sup> Siehe *von der Crone* (Fn. 24), N 1540 ff.

<sup>99</sup> BGE 139 III 24, E. 3.2 und 3.3.

<sup>100</sup> BGer 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1; BGer 4A\_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2; BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1.

<sup>101</sup> BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

<sup>102</sup> BGer 4A\_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.1.

<sup>103</sup> BGer 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4.

<sup>104</sup> So muss z.B. zwingend eine Zwischenbilanz erstellt werden, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht (Art. 725 Abs. 2 OR). Ein gewisser Restspielraum verbleibt hier noch zur Beurteilung, ob Anlass zur Besorgnis besteht, die Erstellung der Zwischenbilanz ist aber nicht ins Ermessen der Organe gestellt (vgl. *Sethe* [Fn. 96], 175).

ein beträchtlicher Ermessensspielraum.<sup>105</sup> Dabei ist im Zeitpunkt der Ermessensausübung ungewiss, wie sich die Verhältnisse entwickeln werden, und die Verantwortlichen müssen regelmässig unter Zeitdruck entscheiden. Diese Ausgangslage bringt es mit sich, dass das Entscheidungsergebnis (nicht aber der Entscheidungsfindungsprozess) nur schwer justiziabel ist. Das Bundesgericht dürfte in Zukunft dazu übergehen, die Business Judgment Rule auch in diesen Konstellationen anzuwenden. Konsequenterweise ist das Geschäftsermessen unter dem Vorbehalt richtiger Vorbereitung aber nicht nur im Rahmen von Art. 754 OR zu schützen.<sup>106</sup> Das gleiche Prüfschema ist zweckmässig, wenn bei der Beurteilung einer Absichtsanfechtung *ex post* zu entscheiden ist, ob die Handelnden im Zeitpunkt der Rechtshandlung mit einer erfolgreichen Sanierung rechnen durften.

#### 2.2.4 Sorgfältige Vorbereitung

Die richterliche Zurückhaltung bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden setzt voraus, dass der Entscheid in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen ist. Ob die Informationsbasis angemessen ist, beurteilt sich nach der (*ex ante* absehbaren) Tragweite des Entscheids und danach, welche Informationen rechtzeitig verfügbar sind.<sup>107</sup> Damit das Gericht im Nachhinein nachvollziehen kann, wie der Verwaltungsrat seinen Entscheid vorbereitet hat, muss die Informationsgrundlage angemessen dokumentiert werden.<sup>108</sup> Der Entscheid über Sanierungsbemühungen ist in der Regel auf der Grundlage eines Sanierungsplans zu fällen.<sup>109</sup> Ausnahmsweise kann auf einen solchen verzichtet werden, etwa wenn über den Beizug eines Sanierungsberaters zu entscheiden ist, der gerade ein entsprechendes Konzept ausarbeiten soll.<sup>110</sup> Der Sanierungsplan sollte sich insbesondere

zu den Krisenursachen und zum Sanierungspotenzial der Gesellschaft (Ist-Zustand) äussern. Ebenfalls enthalten sein sollten die vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen sowie die für deren Umsetzung erforderlichen Mittel.<sup>111</sup> Der Sanierungsplan sollte die Verantwortungsträger in die Lage versetzen, einen informierten Entscheid darüber zu fällen, ob und innert welcher Frist die Gesellschaft ihre wirtschaftliche Schieflage überwinden kann.

Zu einer sorgfältigen Entscheidungsfindung gehört sodann, dass eine Beeinflussung des Entscheids durch Interessenkonflikte vermieden wird. Wirken Personen mit, die sich in einem Interessenkonflikt befinden, sind geeignete Massnahmen zu treffen, die eine Verfälschung des Entscheids ausschliessen.<sup>112</sup> Ein Interessenkonflikt setzt eine unmittelbare Betroffenheit der Organperson durch den Entscheid voraus.<sup>113</sup> Die abstrakte Möglichkeit, dass die Verwaltungsratsmitglieder ihre Position verlieren könnten, wenn sie sich für die Benachrichtigung des Richters entscheiden, begründet an sich noch keinen Interessenkonflikt.

#### 2.2.5 Eingeschränkte inhaltliche Überprüfung

Ist der Entscheid in einem korrekt ausgestalteten Verfahren zustande gekommen, schützen die Gerichte das Geschäftsermessen, indem sie ihn inhaltlich nur noch eingeschränkt – nämlich auf seine Vertretbarkeit hin – überprüfen. Sie schreiten erst ein, wenn der Entscheid offensichtlich nicht mehr vernünftigen unternehmerischem Handeln entspricht. Dabei ist wiederum eine *ex ante*-Perspektive einzunehmen: Massgeblich sind die Umstände und der Wissensstand im Zeitpunkt der fraglichen Handlung. Wie bereits erwähnt ist das Geschäftsermessen bei Sanierungsentscheiden u.a. durch die klare Zielsetzung eingeschränkt. Das Bundesgericht betont denn auch in seiner Rechtsprechung, dass der Ermessensspielraum durch die finanzielle Lage der Gesellschaft mitbestimmt wird.<sup>114</sup> Zum Eingehen von Risiken besteht demnach in der Krisensituation deutlich weniger Raum als in einer wirtschaftlich gesunden Gesellschaft.

<sup>105</sup> Gl.M. Sethe (Fn. 96), 174; Vogt/Bänziger (Fn. 96), 623.

<sup>106</sup> Dass die Business Judgment Rule nicht nur im Rahmen von Art. 754 OR beachtlich sein dürfte, deutet BGER 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019 (insb. E. 3.1) an. Hier ging es um eine Klage auf Eintragung ins Aktienbuch (siehe *Derungs/von der Crone* [Fn. 95], 704).

<sup>107</sup> Sethe (Fn. 96), 176; von der Crone (Fn. 24), N 1541.

<sup>108</sup> Siehe *Brugger/von der Crone* (Fn. 96), 186 f.

<sup>109</sup> Dazu ausführlich *Umbach-Spahn* (Fn. 78), 168 f.; siehe ferner *Oliver Kälin*, Der Sanierungsplan nach OR und nach SchKG, AJP 2016, 435–441.

<sup>110</sup> Siehe BGE 137 III 268, E. 4.2.4.

<sup>111</sup> *Umbach-Spahn* (Fn. 78), 169; ausführlich zum Inhalt des Sanierungsplans *Kälin* (Fn. 109), 438 ff.

<sup>112</sup> *Von der Crone* (Fn. 24), N 1542.

<sup>113</sup> *Sethe* (Fn. 96), 178.

<sup>114</sup> BGER 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 6.1.

Im vorliegenden Fall lassen sich in den gerichtlichen Erwägungen Ansätze für das geschilderte Vorgehen erkennen: So stellte das Appellationsgericht fest, der Liquiditätsplan, auf den die Parteien ihre Vereinbarung abstützten, habe auf vollständigen und verlässlichen Zahlen beruht (angemessene Informationsbasis).<sup>115</sup> Den Einwand der Klägerin, wonach dem Risiko von Debitorenausfällen nicht genügend Rechnung getragen worden sei, berücksichtigte es nicht.<sup>116</sup> Die Parteien hätten die Liquidationsplanung ohne weitergehende Prüfung als realistisch betrachten dürfen (Vertretbarkeit).<sup>117</sup> Auch die Analyse der neueren Bundesgerichtsentscheide zur Absichtsanfechtung zeigt, dass die Gerichte die Erfolgsaussichten von Sanierungsbemühungen tendenziell zurückhaltend überprüfen.<sup>118</sup> Einzig im Urteil 5A\_64/2008 vom 14. Oktober 2008 wurden die Sanierungsaussichten trotz anscheinend umfassender Informationsbasis verneint: Die Gesellschaftsorgane hatten sich schlicht über die Erkenntnis hinweggesetzt, dass die kurzfristigen Liquiditätsbedürfnisse auch mit der als Sanierungsmassnahme geplanten Anleiheausgabe nicht befriedigt werden könnten.<sup>119</sup> Damit hatten sie das Geschäftermessen überschritten. Das Urteil macht deutlich, dass die Bandbreite vertretbarer Handlungsoptionen abnehmen kann, je mehr Informationen vorliegen.<sup>120</sup>

Obwohl die Gerichte bei diesen Entscheiden nicht explizit auf den Schutz des Geschäftermessens Bezug genommen haben, üben sie Zurückhaltung,

wenn die Entscheidungsträger ihre Beurteilung der Sanierungschancen auf einer sorgfältig und gewissenhaft vorbereiteten Grundlage vorgenommen haben.

#### IV. Schlussbemerkungen

Im vorliegenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit dem gescheiterten Versuch einer aussergerichtlichen Sanierung zu befassen, die einen Betriebsverkauf und schliesslich die freiwillige Liquidation der Gesellschaft beinhalten sollte. Das Bundesgericht stellte zunächst klar, dass ein solches Vorhaben im Kontext der Absichtsanfechtung dann (und nur dann) als «Sanierung» privilegiert behandelt wird, wenn es auf die Befriedigung aller (nicht rückertragsbelasteten) Forderungen abzielt. Überdies hielt das Bundesgericht an seinem umstrittenen Konzept des Sanierungsdarlehens fest: Darlehenshingabe und -rückzahlung werden als Einheit betrachtet, wenn die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen erfüllt sind.

Der Entscheid ist noch aus einem anderen Grund interessant: Er ruft in Erinnerung, dass die nachträgliche Beurteilung der Realisierungschancen einer Sanierung durch die Gerichte über den Erfolg einer paulianischen Anfechtungsklage entscheiden kann. Darin weist die Absichtsanfechtung eine Parallellität zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Konkursverschleppung auf, bei der die Gerichte ebenfalls retrospektiv über die Sanierungsaussichten befinden müssen. Die Vermeidung von Wertungswidersprüchen legt es nahe, in beiden Fällen den gleichen Beurteilungsmassstab anzuwenden. Da es sich bei der Prognose über die Sanierungsaussichten um einen unternehmerischen Ermessensentscheid handelt, wird hier vorgeschlagen, auf das bestehende Prüfprogramm zum Schutz des Geschäftermessens zurückzugreifen. Es wird sich zeigen, ob die Gerichte ihre schon bisher geübte Zurückhaltung in Zukunft dahingehend formalisieren werden.

<sup>115</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.1 a.E. und 5.3.5.

<sup>116</sup> Das Gericht begründete dies mit beweisrechtlichen Überlegungen (AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.3); zum gleichen Ergebnis wäre man durch die Anwendung der «Zurückhaltungsregel» gelangt.

<sup>117</sup> AppGer BS ZB.2017.34 vom 6. Juni 2018, E. 5.3.5.

<sup>118</sup> Erfolgversprechende Sanierungsbemühungen wurden etwa angenommen in BGE 137 III 268, E. 4.2.4, und BGE 134 III 615, E. 5.3 (auch hier wurde die Zurückhaltung beweisrechtlich begründet); vgl. auch BGer 5A\_422/2019 vom 14. Oktober 2019, E. 6.1; offengelassen wurde die Frage nach den Sanierungsaussichten in BGE 134 III 452, E. 6.2 (hier wurde die Schädigungsabsicht bejaht, weil das Darlehen nicht zum Zweck der Sanierung gewährt worden war).

<sup>119</sup> BGer 5A\_64/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 6.3.

<sup>120</sup> Vgl. BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1, wonach in Bezug auf Geschäfte, bei denen ein besonderer Wissensstand vorhanden ist, ein strengerer Massstab angelegt werden kann.