

# **BGer 5A 671/2018 vom 8. September 2020**

Bundesgericht, 2020-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_671\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_671_2018)

FR: TF 5A 671/2018 du 8 septembre 2020

IT: TF 5A 671/2018 del 8 settembre 2020

## **Regeste**

Paulianische Anfechtungsklage | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist der Rechtsmittelentscheid des oberen kantonalen Gerichts über eine paulianische Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG, mithin ein Entscheid über eine Schuldbetreibungs- und Konkursache ( Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ; Urteil 5A\_469/2007 vom 4. September 2008 E. 1, nicht publ. in BGE 135 III 276 ). Die gesetzliche Streitwertgrenze wird erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich zulässig.

### **E. 1.2**

Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2 ). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 143 II 283 E. 1.2.2 ).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zulässig, soweit der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2**

Das Appellationsgericht hat die Frage, ob eine Gläubigerschädigung als Voraussetzung zur Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG vorliege, offengelassen. Ob eine Schädigungsabsicht gegeben sei, hat es für den Zeitpunkt vom 2. Dezember 2011 bzw. Ende Dezember 2011 beurteilt. Eine Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit habe indes nicht vorgelegen. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 2. Dezember 2011 seien die Sanierungsbemühungen erfolgversprechend gewesen und die Verlängerung der Kreditlimiten als Sanierungsdarlehen und damit die Rückzahlung als Einheit zu qualifizieren, weshalb eine Schädigungsabsicht (und damit auch deren Erkennbarkeit) zu verneinen sei. Selbst wenn - so die Vorinstanz weiter in einer Eventualbegründung - kein eigentliches Sanierungsdarlehen vorliegen (und die Einheit von Darlehen und Rückzahlung verneint) würde, seien die Voraussetzungen der Schädigungsabsicht (und daher auch deren Erkennbarkeit) Ende 2011 - nach den gewöhnlichen Massstäben - nicht erfüllt gewesen. Die Vorinstanz hat die Klage wegen Absichtsanfechtung daher abgewiesen.

### **E. 3**

Anlass zur Beschwerde gibt die Anfechtungsklage gemäss Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) im Zusammenhang mit der Sanierung einer Aktiengesellschaft mittels Stillhaltevereinbarung und Asset Deal. Die Vorinstanz hat im Wesentlichen die Verlängerung von Krediten an die sich in finanziellen Schwierigkeiten befindliche A.\_\_\_\_\_ AG und die Rückzahlung an die stillhaltenden Banken als Sanierungsdarlehen erachtet und daher die Schädigungsabsicht und damit auch deren Erkennbarkeit verneint. Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin vorab geltend, die Voraussetzungen zur Annahme des einer besonderen Behandlung würdigen Sanierungsdarlehens seien nicht erfüllt, und die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit seien gegeben. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 288 SchKG vor.

### **E. 3.1**

Gegenstand der vom Appellationsgericht festgestellten Vorgänge sind ein Stillhalteabkommen der Beschwerdegegnerinnen und der Verkauf des Betriebes der A.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen eines Asset Deals mit einem Dritten.

#### **E. 3.1.1**

Mit einem Stillhalteabkommen verpflichten sich kreditgebende Banken hinsichtlich eines Kreditengagements auf den status quo. Auf die Kündigung von Krediten wird verzichtet, eingeräumte Kreditlinien werden (beschränkt) offengehalten, fällige Forderungen gestundet. Darüber hinaus sind Sanierungsbeiträge möglich. Im Gegenzug gibt der Kreditnehmer Zusicherungen ab und hat Verpflichtungen einzuhalten. Häufig verlangen die Banken den Verkauf bestimmter Aktiven, wobei die Verkaufserlöse zur Rückführung der vom Stillhalteabkommen erfassten Kredite verwendet werden müssen (Wolf, Stillhalteabkommen kreditgebender Banken, 2012, Rz. 241, 277). Mit Stillhalteabkommen versuchen Banken ihre Kreditpositionen zu verbessern; gleichzeitig stellen Stillhalteabkommen der am häufigsten angewendete Sanierungsbeitrag dar (Boemle/Stolz, Unternehmensfinanzierung, Bd. 2, 14. Aufl. 2014, S. 260).

#### **E. 3.1.2**

Im Rahmen eines Asset Deals können (einzelne oder alle) betriebsnotwendigen Aktiven auf einen Übernehmer übertragen werden, u.a. mit Einschluss z.B. von (Arbeits-) Verträgen. Sowohl beim Stillhalteabkommen im Zusammenhang mit Devestitionen und Rückführung von Krediten (Wolf, a.a.O., Rz. 277) als auch beim Verkauf eines Unternehmens kann es im nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassverfahren zur Frage der Gläubigerbevorzugung bzw. Absichtspauliana kommen, nicht nur betreffend den Verkaufspreis, sondern auch - wie hier - bei der Verwendung des Verkaufserlöses (Tschäni/ Diem/Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl. 2013, 3. Kap. Rz. 163).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 331 SchKG unterliegen die vom Schuldner vor Bestätigung des Nachlassvertrages vorgenommenen Rechtshandlungen der Anfechtung nach den Grundsätzen der Art. 285-292 SchKG . Da vorliegend die Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung am 7. August 2013 vor dem Inkrafttreten (am 1. Januar 2014; AS 2013 4123) des revidierten Nachlass- und Anfechtungsrechts erfolgte, kommen die bisherigen Regeln zur Anwendung (Urteil 5A\_85/2015 vom 7. Mai 2015 E. 4.1). Die Klagefrist gemäss Art. 292 SchKG , welche vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung zu laufen begonnen hat, lief als Verwirklichungsfrist weiter (Urteil 5A\_13/2018 vom 11. April 2019 E. 3.3.1) und wurde mit vorliegender Klage (vom 24. Juli 2015) gewahrt. Die

intertemporalen Erwägungen der Erstinstanz stehen im angefochtenen Entscheid zu Recht nicht weiter zur Diskussion.

### **E. 3.3**

Mit der Anfechtung sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Art. 286-288 SchKG entzogen worden sind ( Art. 285 Abs. 1 SchKG ).

#### **E. 3.3.1**

Mit der Absichtspauliana sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung (bzw. Bewilligung der Nachlassstundung) in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen ( Art. 288 Abs. 1, Art. 331 Abs. 2 SchKG ). Zutreffend sind die kantonalen Instanzen davon ausgegangen, dass insoweit die Regeln über Absichtsanfechtung keine Änderung erfahren haben (vgl. aArt. 288 Abs. 1, aArt. 331 Abs. 2 SchKG).

#### **E. 3.3.2**

Bei der Absichtspauliana müssen neben objektiven auch subjektive Voraussetzungen erfüllt sein. Objektiv wird vorausgesetzt, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger schädigt. In subjektiver Hinsicht wird die Schädigungsabsicht des Schuldners sowie die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Begünstigten vorausgesetzt ( BGE 134 III 452 E. 2; 135 III 265 E. 2; Bovey, L'action révocatoire, JdT 2018 II S. 54 ff., 66). Die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit müssen im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung vorliegen ( BGE 138 III 497 E. 7.3 a.E.).

### **E. 3.4**

Eine Gläubigerschädigung liegt vor, wenn das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren verschlechtert wird ( BGE 137 III 268 E. 4.1).

#### **E. 3.4.1**

Vor der Erstinstanz war unstrittig, dass die Beschwerdegegnerinnen gestützt auf die "Verlängerung Stillhalteabkommen/Zustimmung zum Asset Deal" bis Ende Februar 2012 ihre Kredite zu 91,7% zurückerhalten haben, während die übrigen Gläubiger mit einer Dividende von 30% rechnen müssen. Anhaltspunkte, dass nur die Rangrücktrittsgläubiger leer ausgehen, d.h. alle nicht-rangrücktrittsbelasteten Forderungen vollständig bezahlt werden, bestehen nicht. Strittig war hingegen der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, dass ohne den Asset Deal, der Fr. 7 Mio. einbrachte und Teil bzw. Bedingung für die Abmachung war, ein Konkurs mit Totalverlust der Forderungen sämtlicher Gläubiger resultiert hätte, m.a.W. dass es unsinnig sei, die Besserstellung der Beschwerdegegnerinnen anzufechten, wenn auch die übrigen Gläubiger besser fahren, als wenn die angefochtene Handlung überhaupt nicht vorgenommen worden wäre.

#### **E. 3.4.2**

Nach der Rechtsprechung stellt die Rückzahlung eines Bankdarlehens an einen Gläubiger (ohne Sicherung, ohne Konkursprivileg) eine Gläubigerschädigung dar ( BGE 134 III 452 E. 3.1) und sind einzelne Gläubiger dadurch begünstigt, wenn sie vollständig befriedigt

werden, während die übrigen nur eine Dividende erhalten ( BGE 135 III 276 E. 6.3.3). Teilrückzahlungen gelten grundsätzlich nicht als Gegenleistung für die Verlängerung eines bestehenden Kredits; der Zweck des Darlehens (wie Hilfe an einen bedrängten Schuldner) ist insoweit unbeachtlich ( BGE 134 III 452 E. 3.2).

### **E. 3.4.3**

Das Appellationsgericht hat die objektive Voraussetzung für die Absichtsanfechtung - das Vorliegen einer oder mehrerer anfechtbaren Handlungen, welche zur Gläubigerschädigung führen - offengelassen. Die entsprechenden Einwendungen der Beschwerdegegnerinnen wurden im Urteil nicht beurteilt, weil ein Sanierungsdarlehen vorliege und die Absichtsanfechtung deshalb und im Übrigen selbst bei "gewöhnlichem" Massstab der Schädigungsabsicht ausser Betracht falle. Ob dieser Schluss rechtlich haltbar (und die Gläubigerschädigung bzw. die Einwände gegen das Vorliegen einer Gläubigerschädigung von vornherein nicht weiter zu erörtern) ist, bleibt im Folgenden zu prüfen.

### **E. 3.5**

Die Grundsätze zur Schädigungsabsicht und zum Sanierungsdarlehen hat die Vorinstanz unter Hinweis auf die Rechtsprechung zutreffend zusammengestellt.

#### **E. 3.5.1**

Die Schädigungsabsicht liegt vor, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder gegenüber anderen bevorzugt. Nach der Rechtsprechung genügt, wenn sich der Schuldner hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlungen Gläubiger geschädigt werden ( BGE 134 III 452 E. 4.1). Bei der Rückzahlung eines Darlehens besteht nach der Rechtsprechung ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht, wenn sich der Darlehensnehmer (Schuldner) seiner finanziellen Notlage (situation précaire) bewusst ist. Ist dies der Fall, so muss davon ausgegangen werden, dass der Darlehensnehmer zumindest in Kauf genommen hat, dass durch die Rückzahlung andere Gläubiger geschädigt werden ( BGE 134 III 452 E. 7.4; Bovey, a.a.O., S. 68).

#### **E. 3.5.2**

Die Schädigungsabsicht fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgversprechend erscheint ( BGE 137 III 268 S. 4.2.3 [S. 286] mit Hinw. auf BGE 134 III 615 E. 5.1). Die Anfechtungsklage hat nicht zum Zweck, einen - konkreten und glaubwürdigen - Versuch zur Rettung des Schuldners zu verunmöglichen oder gefährlich zu machen, da es gerade im Interesse der anderen Gläubiger liegt, wenn Dritte (oder einzelne Gläubiger) versuchen, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen ( BGE 134 III 452 E. 5.2; Bovey, a.a.O., S. 68). Unter dem Aspekt der Schädigungsabsicht (und -erkennbarkeit) ist daher relevant, ob es sich beim Darlehen um ein sog. Sanierungsdarlehen handelt oder nicht (Umbach-Spahn/Bossart, in: Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 288). Die Aufnahme und Rückzahlung eines Darlehens wird nach der Rechtsprechung als Einheit und anfechtungsresistentes Sanierungsdarlehen betrachtet, wenn besondere Voraussetzungen erfüllt sind ( BGE 134 III 452 E. 5.3). Der Schuldner, der sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, muss sich (1.) um die Sanierung bemühen ( BGE 134 III 452 E. 5.5), (2.) die Sanierungsbemühungen müssen erfolgversprechend erscheinen ( BGE 134 III 452 E. 5.5, sowie E. 5.3; "berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende

Hoffnung"), und (3.) das Darlehen muss zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt werden ( BGE 134 III 452 E. 5.5; vgl. Hari, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 2008 S. 376). Auch die Verlängerung eines früher gewährten Darlehens kann zur Sanierung beitragen und als Sanierungsdarlehen gelten, sofern der Sanierungswille (z.B. durch eine Sanierungsvereinbarung) zum Ausdruck kommt und sich das Verhalten (wie durch Sonderleistungen, eigentliches Entgegenkommen, direkte Unterstützung) von gewöhnlichen Kreditgebern unterscheidet ( BGE 134 III 452 E. 6.1, 6.2; Urteil 5A\_358/2008 vom 3. August 2010 E. 2.2.1).

### **E. 3.5.3**

Das neue Sanierungsrecht - welchem der Grundsatzentscheid BGE 134 III 452 (E. 5.5) nicht vorgreifen wollte - hat das Sanierungsdarlehen nicht aufgenommen (u.a. wegen des Risikos der Insolvenzverschleppung), jedoch nicht ausgeschlossen (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 8. September 2010 zur Änderung des SchKG [Sanierungsrecht], BBl 2010 6455, Ziff. 1.5.2; vgl. Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht], BBl 2016 399, Ziff. 1.4.9.2). Nach dem neuen Recht (Inkrafttreten am 1. Januar 2014, vgl. E. 3.2) - von welchem die A.\_\_\_\_\_ AG noch nicht profitieren konnte - wird der Zugang zum Nachlassverfahren erleichtert und kann die Nachlassstundung insbesondere zur gezielten Sanierung einer Gesellschaft eingesetzt werden ( Art. 294 Abs. 1 SchKG ); die provisorische Nachlassstundung muss nicht mehr zwingend publiziert werden ( Art. 293c Abs. 2 SchKG ). Neu sind zudem Rechtshandlungen, die während der Nachlassstundung stattgefunden haben und vom Nachlassrichter oder Gläubigerausschuss genehmigt worden sind (weil sie im Interesse der Gläubiger liegen), nicht mehr nach Art. 285 ff. SchKG anfechtbar ( Art. 285 Abs. 3 SchKG ; Bovey, a.a.O., S. 58; UMBACH-SPAHN/BOSSART, a.a.O., N. 10a zu Art. 285).

## **E. 4**

Fest steht, dass die A.\_\_\_\_\_ AG sich im Jahre 2011 in zugespitzten wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand und sich dessen unstrittig bewusst war, zumal sie deswegen ihren Betrieb verkaufte. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Voraussetzungen des von den Banken gewährten Sanierungsdarlehens (und welchem die Schädigungsabsicht fehlt) verkannt. Zu erläutern sind die Voraussetzungen (E. 3.5.2) im konkreten Fall.

### **E. 4.1**

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz vorab den Sanierungsbegriff unrichtig angewendet: Im konkreten Fall liege ein Sanierungsdarlehen nicht vor, weil die Sanierung nicht auf die weitere Existenz der Schuldnerin (als Objekt der Sanierung), sondern auf die "ordentliche Liquidation" angelegt gewesen sei. Die fehlende Absicht auf den weiteren Erhalt der Schuldnerin als Rechtssubjekt schliesse eine "Sanierung" aus dem Blickwinkel von Art. 288 SchKG von vornherein aus.

#### **E. 4.1.1**

Zutreffend hat die Vorinstanz einen anfechtungsrechtlich relevanten (spezifischen) Sanierungsbegriff herangezogen, auch wenn er in BGE 134 III 452 nicht näher erläutert wird. Fest steht, dass der anfechtungsrelevante Sanierungsbegriff nicht mit dem bilanzrechtlichen Sanierungsbegriff ( Art. 725 OR ) gleichgesetzt werden kann ( BGE 137 III 268 E. 4.2.2), und in der Wirtschaft die "Unternehmenssanierung" als Sammelbegriff für

alle Massnahmen zur "Wiederherstellung existenzertretenen Gewinne" verwendet wird ( BGE 137 III 268 E. 2.3). Dies schliesst nach der Auffassung der Vorinstanz nicht aus, dass auch der Verkauf des Unternehmens auf die Erzielung solcher Gewinne gerichtet sein kann.

#### **E. 4.1.2**

Die Vorinstanz hat für die Frage des anfechtungsrechtlich relevanten Sanierungsbegriffs, d.h. ob ein Darlehen der "Sanierung" diene und nicht anfechtbar sei, auf die Optik der Gläubiger abgestellt. Dies ist im Grundsatz nicht zu beanstanden und findet - entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin - Ausdruck in der Rechtsprechung: Der Grund für die besondere Behandlung der Gewährung und Rückzahlung des Darlehens liegt darin, dass es nicht nur im Interesse des Darlehensgebers, sondern auch im Interesse aller übrigen Gläubiger liegt ( BGE 134 III 452 E. 5.3 und E. 5.5). Der erforderliche, d.h. die Anfechtung ausschliessende Sanierungskontext ist gegeben, wenn mit der beabsichtigten Sanierung (Restrukturierung) eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger bezweckt wird (vgl. Umbach-Spahn/Bossart, a.a.O., N. 13 zu Art. 288), und damit der Konkurs oder ein Nachlassverfahren abgewendet werden soll. Zutreffend hat die Vorinstanz weiter festgehalten, dass bei einer (gerichtlichen) Sanierung im SchKG-Verfahren, welche zufolge voller Befriedigung der Gläubiger (unter Vorbehalt individueller Lösungen) die Aufhebung der Nachlassstundung ( Art. 293 ff. SchKG ) erlaubt, ebenfalls den Verkauf des ganzen Unternehmens als wirtschaftliche Einheit beinhalten kann (Hunkeler, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 1 und 14 vor Art. 293-336). Wenn sie gefolgert hat, der Unternehmensverkauf ausserhalb des SchKG-Verfahrens schliesse die Sanierung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 288 SchKG nicht aus, ist dies ein folgerichtiger Schluss.

#### **E. 4.1.3**

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz nicht festgehalten, dass eine "Sanierung" vorliege, wenn ein Betrieb verkauft werden und die bisherige Gesellschaft in Konkurs - d.h. bewusst auf Kosten anderer Gläubiger - gehen soll. Wenn die Beschwerdeführerin meint, dass - über den Betriebsverkauf zur vollen Gläubigerbefriedigung und Abwendung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens hinaus - beabsichtigt werden müsse, die AG gesellschaftsrechtlich nicht zu liquidieren, sondern die Altgesellschaft zu erhalten sei, damit ein Sanierungsdarlehen angenommen werden kann, verlässt sie die - dargelegte - Optik der Gläubiger. Aus Gläubigerwarte ist es - wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat - grundsätzlich einerlei, ob die bisherige Gesellschaft in der Folge weiterbesteht oder untergeht, solange sie (die Gläubiger) voll befriedigt werden und der Konkurs abgewendet wird.

#### **E. 4.1.4**

Nach dem angefochtenen Urteil steht fest, dass gemäss Vereinbarung vom 2. Dezember 2011 nach Vollzug des Asset Deals (Unternehmensverkauf) die Schuldnerin "ordentlich liquidiert" werden soll, "d.h. weder in Nachlassstundung noch in Konkurs gehen" dürfe, sondern "in Fortführung" bleiben müsse, "um die Restaufträge fertigzustellen". Dabei hat der Verwaltungsrat der A. \_\_\_\_\_ AG nicht in eigener Kompetenz das ganze Unternehmen veräussert (vgl. BGE 116 II 320 E. 3a), sondern in der Übernahme-Vereinbarung (vom 7. Dezember 2011) mit der G. \_\_\_\_\_ AG ist die Zustimmung der Generalversammlung zum "Geschäft gemäss Art. 704 Abs. 1 OR " vorgesehen. Was die Vorinstanz als Absicht der "ordentlichen Liquidation" der laufenden Bauaufträge bezeichnet hat, beinhaltet die Absicht der Fortführung der Gesellschaft

insoweit, die restlichen Arbeiten zu erledigen, und die Absicht, gerade zu verhindern, dass die angefangenen Arbeiten (laufenden Verträge) im Rahmen des Konkurses zu liquidieren sind; an anderer Stelle hat die Vorinstanz im gleichen Sinn von der "ordentlichen Beendigung" der Restaufträge gesprochen.

#### **E. 4.1.5**

Wenn bei Verkauf und Übertragung der Gesamtheit aller betrieblich genutzten Aktiven auf einen Dritten die betriebliche Tätigkeit aufgegeben wird, stellt dies eine Liquidation der Gesellschaft dar (Schenker, Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, 2010, S. 306; Tschäni/Diem/Wolf, a.a.O., 3. Kap. Rz. 63; KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, 2016, Rz. 179). Die Beschwerdeführerin hält indes richtig fest, dass im Handelsregister ( Art. 737 OR ) keine Vorgänge zur (formellen) Auflösung und Liquidation der Gesellschaft enthalten (und damit publik gemacht worden) sind. Die Beschwerdegegnerinnen bestätigen, dass die Beendigung der Geschäftstätigkeit der A.\_\_\_\_\_ AG nach Vollzug des Asset Deals und die Abwicklung der laufenden Aufträge sowie die Bedienung der Gläubiger geplant gewesen sei. Sie haben im kantonalen Verfahren erklärt, dass dem Asset Deal eine Liquidation inhärent, sogar Bedingung hierfür war, dass aber ein "formeller Liquidationsbeschluss" erst nach Abschluss der "äusseren" Liquidation erfolgen sollte.

#### **E. 4.1.6**

Den Feststellungen der Vorinstanz lässt sich entnehmen, dass die A.\_\_\_\_\_ AG mit dem Asset Deal in Liquidation ging, aber nicht der Weg der formellen Liquidation nach Art. 736 ff. OR gewählt wurde, bzw. das "Formelle" erst später, nach Beendigung der "geordneten" Liquidation nachgeholt werden sollte (vgl. STOFFEL, Dissolution volontaire et liquidation de la société, in: La société au fil du temps, 2016, S. 438). Wie bei einer formellen Liquidation ( Art. 739 ff. OR ) sollten die laufenden Geschäfte der A.\_\_\_\_\_ AG entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen zu Ende geführt werden (vgl. Art. 743 Abs. 1 OR ). Dass dieses Vorgehen dem Zweck der Sanierung zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger und zur Abwendung des Konkurses von vornherein entgegenstehen soll, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Es schliesst nicht aus, dass der Verkauf bzw. die Übertragung auf einen Dritten der Substanzerhaltung zu Gunsten der Gläubiger dienen soll und damit in einem Sanierungskontext stehen kann (E. 3.6.2). Nicht in Frage gestellt wird sodann die Auffassung der Vorinstanz, dass für das Sanierungsdarlehen die Gläubiger in dem Umfang, in welchem sie gerade zur Sanierung bzw. Konkursabwendung freiwillig auf die Gleichbehandlung verzichten und einen Rangrücktritt erklären, nicht voll befriedigt werden müssen. Die Rüge eines falsch verstandenen "anfechtungsrelevanten Sanierungsbegriffs" dringt nicht durch, ebenso ist der Vorwurf willkürlicher Sachverhaltsfeststellungen unbehelflich. Bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz das Darlehen in der besonderen - anfechtungsresistenten - Weise würdigen durfte.

#### **E. 4.2**

Nach Auffassung der Vorinstanz hat die A.\_\_\_\_\_ AG verschiedene Massnahmen ergriffen und sich um eine anfechtungsrechtlich relevante Sanierung bemüht.

##### **E. 4.2.1**

Die A.\_\_\_\_\_ AG befand sich am 2. Dezember 2011 - im Zeitpunkt, in welchem die Verlängerung der Darlehen und die stufenweise Reduzierung der Kreditlimiten mit Rückzahlung der Kredite vereinbart wurde - in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Nach den

Sachverhaltsfeststellungen wurde die Sanierung durch Übertragung des Betriebes auf die G.\_\_\_\_\_ AG beschlossen, nachdem (Ende Oktober 2011) der Grund für die "roten Zahlen" (ungenügende Auslastung) erörtert und Planzahlen für eine Sanierung mit Asset Deal und ein Konkurszenario erarbeitet wurden. Im Rahmen eines Asset Deals sollten das Anlagevermögen und die noch nicht angefangenen Arbeiten zu Fortführungswerten an die G.\_\_\_\_\_ AG verkauft und die Angestellten auf diese übertragen werden. Die angefangenen Arbeiten sollten noch fertiggestellt und das erforderliche Personal und die Maschinen sollten von der G.\_\_\_\_\_ AG gemietet werden. Mit dieser Art der Liquidation sollte die A.\_\_\_\_\_ AG "fortgeführt", bzw. die letzten Aufträge abgewickelt werden. Aus dem Verkaufserlös (Mittelzufluss) des Asset Deals und den Debitorenzahlungen der Restaufträge sollten die bei der A.\_\_\_\_\_ AG verbleibenden Gläubiger bezahlt werden. Zur Fortführung und Erledigung der Restaufträge seien detaillierte Liquiditätspläne vom 23. November und 7. Dezember 2011 erstellt worden. Weiter hat die A.\_\_\_\_\_ AG mit der Vereinbarung (Stillhalteabkommen) vom 2. Dezember 2011 (statt wie zuvor für Oktober und November 2011 monatliches, nunmehr bis 30. Juni 2012 dauerndes) erneut längeres Stillhalten vereinbart, bis zum Datum, mit welchem mit der Abwicklung der Restaufträge gerechnet wurde und bis zu welchem die nicht rücktrittsbelasteten Forderungen befriedigt werden sollten. Weitere Liquidität sei (neben dem Unternehmensverkauf) durch ein vom Verwaltungsratspräsidenten I.\_\_\_\_\_ bis am 31. Dezember 2011 auszahlendes Darlehen von Fr. 0,5 Mio. (gegen Abtretung der Forderung gegen J.\_\_\_\_\_) erreicht worden, für welches der Darlehensgeber im Falle der Nichtdeckung (durch die Forderung J.\_\_\_\_\_) einen Rangrücktritt erklärt habe. Mit verschiedenen Gläubigern (wie den Altaktionären und Beschwerdegegnerinnen) habe die A.\_\_\_\_\_ AG Rangrücktritte (im Umfang von Fr. 1,15 Mio.) erreicht, was zudem die Erfüllung der anderen, nicht rangrücktrittsbelasteten Verbindlichkeiten weniger riskant mache bzw. erleichtere.

#### **E. 4.2.2**

Die Vorinstanz hat zusammengefasst, dass mit dem Asset Deal und der anschliessenden Fortführung zur Abwicklung der Restaufträge ("ordentliche Liquidation", "ordentliche Beendigung") der Konkurs vermieden, das Unternehmen durch die Übertragung erhalten, die Kreditoren und Fremdkapitalgeber und alle nicht rücktrittsbelasteten Forderungen vollständig erfüllt werden sollten. Mit der Vereinbarung vom 2. Dezember 2011 einschliesslich des Asset Deals mit der G.\_\_\_\_\_ AG ist zumindest ein Paket von Massnahmen getroffen worden; es erscheint als koordinierte Aktion von mehreren Akteuren, den fünf Gläubigerbanken sowie den Aktionären (vgl. EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, in: Kreditrecht, 2010, S. 179). Der Schluss, dass sich die A.\_\_\_\_\_ AG mit diesen Massnahmen unter dem Blickwinkel der Anfechtung ("anfechtungsrechtlich relevant") um eine Sanierung bemühte, ist haltbar. Die Lehre hat (betreffend "Sanierungskonzept", BGE 134 III 452 E. 6.2) zwar weiter herausgearbeitet, welchen tatsächlichen Anforderungen der Sanierungsplan genügen soll (vgl. u.a. Umbach-Spahn, Pauliana und Sanierung, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, 2011, S. 168 ff.). Die Vorinstanz hat darauf nicht Bezug genommen. Die Beschwerdeführerin übt indes Kritik (mit der Notwendigkeit des Vorliegens einzelner bestimmter Umstände) in tatsächlicher Hinsicht. Dass die betreffenden Kriterien nicht oder nicht genügend beachtet worden seien, sind neue und nicht beachtliche Vorbringen.

#### **E. 4.3**



Die Beschwerdeführerin bezweifelt den Sanierungszweck des Darlehens und kritisiert, dass die Vorinstanz die Verlängerung der Kredite in einen Sanierungskontext gesetzt und einen subjektiven Sanierungswillen der Beschwerdegegnerinnen erkannt habe.

#### **E. 4.3.1**

Was die Beschwerdegegnerinnen "verlängert" haben, ist unstrittig Betriebskredit, m.a.W. das Fremdkapital, mit welchem die A. \_\_\_\_\_ AG offenbar aufgrund ihrer Geschäftspolitik arbeitete, so dass der Sanierungszweck des Darlehens nicht ohne weiteres erkennbar ist (vgl. A. Staehelin, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 16a zu Art. 288). Die blosses Nicht-Fälligestellung oder Verlängerung eines vorbestehenden Kredits muss (als bloss indirekter Sanierungsbeitrag) vom privilegierten (von der Anfechtung freigestellten) Sanierungsdarlehen abgegrenzt werden (vgl. Bauer, in: Basler Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs, Erg. 2017, ad N. 13 zu Art. 288). Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass die vorliegende Umdeutung des Kredits in ein Sanierungsdarlehen überhaupt nicht möglich sein sollte, weil damit Gläubiger wie die Beschwerdegegnerinnen durch blosses Entgegenkommen die Freistellung von der Anfechtung erreichen könnten (mit Hinweis auf Wolf, a.a.O., Rz. 205, mit Kritik). Was die Beschwerdeführerin vorbringt, gibt keinen Anlass, die Rechtsprechung ( BGE 134 III 452 E. 6.1) weiter zu erörtern. Die Beschwerdeführerin übergeht, dass in diesem Zusammenhang eine Sonderleistung des Kreditgebers notwendig ist (E. 3.5.2) und diese in der konkreten Situation zu beurteilen ist. Die Rüge einer Verletzung der Verhandlungsmaxime ( Art. 55 ZPO ), weil ein subjektiver Sanierungswille von der Vorinstanz festgestellt, indes im kantonalen Verfahren nicht behauptet worden sei, ist unbehelflich. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich der Sanierungswille (auch) aus äusseren Umständen ergeben könne, die objektiv auf den entsprechenden Willen schliessen lassen würden. Dass vorliegend die äusseren Umstände, welche die Vorinstanz als aktive Unterstützung seitens der Beschwerdegegnerinnen festgestellt hat, nicht prozesskonformen Eingang zum festgestellten Sachverhalt gefunden habe, wird nicht hinreichend dargelegt.

#### **E. 4.3.2**

Die Vorinstanz hat festgestellt und konkret gewürdigt, welchem Zweck die Kreditverlängerung für die in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckende A. \_\_\_\_\_ AG dienen soll. Wohl ist im Stillhalteabkommen vom 2. Dezember 2011 vorgesehen, dass die (bis am 31. Dezember 2011 geltenden) Kreditlimiten von Fr. 3 Mio. per 3. Januar 2011 auf Fr. 2 Mio., per 31. Januar 2012 auf 0,75 Mio. und per 28. Februar 2012 auf Fr. 0,25 Mio., d.h. in den Monaten Januar und Februar 2012 im Umfang von Fr. 2,75 Mio. reduziert werden. Die Vorinstanz hat indes betont, dass sich die Beschwerdegegnerinnen weiter zum gemeinsamen Stillhalten verpflichteten und die Kreditlimiten (bzw. deren Verringerung, ab März 2011 auf Fr. 0.25 Mio.) neu bis Ende Juni 2012, bis zum geplanten Ablauf der "ordentlichen Liquidation" bzw. zur Erledigung der restlichen Aufträge deutlich verlängerten. Nach der Erwägung der Vorinstanz stellte diese Verlängerung des Stillhalteabkommens bzw. der Kreditlimiten nicht ein blosses Zuwarten im eigenen Interesse dar, um den Betrieb verkaufen und die Kredite zurückführen zu können (wie die Beschwerdeführerin kritisiert), sondern diene in unentbehrlicher Weise dem Zweck der Sanierung im Rahmen des Asset Deals mit anschliessender Weiterführung zur Erledigung der Restaufträge. Der Zweck der Kreditverlängerung stellt zunächst Sachverhaltsfrage dar ( BGE 137 III 268 E. 4.2.2), und die Würdigung von Art und Gewicht der notwendigen Sonderleistung ist von der konkreten

Einzelituation abhängig, weshalb der kantonalen Instanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht. Wenn die Vorinstanz gestützt auf ihre Feststellungen in der Verlängerung des Stillhalteabkommens und der Kreditlimiten (trotz der Rückführung der Kredite von ca. 90 % von Fr. 3 Mio.) innerhalb zweier Monate und des Rangrücktritts für die neu bis Ende Juni 2012 gewährte Kreditlimite (im Umfang von Fr. 0,25 Mio., d.h. ca. 10 % des Kredits) ein eigentliches Entgegenkommen der Beschwerdegegnerinnen und damit eine genügende - von der Anfechtung freistellende - Sonderleistung im Sinne von BGE 134 III 452 (E. 6.1) erblickte, stellt dies keine Rechtsverletzung dar.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Annahme einer erfolgreichen Prognose sei nicht berechtigt. Die Vorinstanz habe die Umstände der "illegitimen Liquidation" - gemeint der geordnete Betriebsverkauf ausserhalb eines Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens, aber nicht im Rahmen des formellen Verfahrens gemäss Art. 736 ff. OR - seien nicht genügend berücksichtigt worden.

#### **E. 4.4.1**

Die Vorinstanz ist zum Schluss gelangt, dass der Plan des Unternehmensverkaufs sichergestellt habe, dass tatsächlich sämtliche Schulden entsprechend ihrer Fälligkeit beglichen werden können, auch wenn aus dem Verkaufserlös vorab die stillhaltenden (Banken-) Gläubiger befriedigt werden, und die übrigen Gläubiger aus den betrieblichen Erträgen (der zu beendigen Aufträge) zurückbezahlt werden sollen (vgl. Schenker, Unternehmensverkauf vor Nachlass- oder Konkursverfahren, in: Mergers & Acquisitions V, 2003, S. 177, 184 f.). Das Vorgehen - "ordentliche" Liquidation mit Fertigstellung der angefangenen Arbeiten - unterscheidet sich in den ("sicheren und möglichen") Auswirkungen einer Nachlassstundung, bei welcher Lieferanten nicht mehr liefern würden, solange offene Rechnungen bestehen würden. Allerdings weist die Beschwerdeführerin nicht ohne Grund darauf hin, dass das formelle Liquidationsverfahren die Rechte der Gläubiger schützen soll, weshalb u.a. die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen aufzufordern sind ( Art. 742 Abs. 2 OR ; vgl. STOFFEL, a.a.O.). Bis (ausreichende) Gewissheit besteht, dass alle Schulden erfüllt werden, müssen Liquidatoren die Zahlungen an einzelne Gläubiger unterlassen, was sich aus der Sorgfaltspflicht ergibt; für die Gläubiger ist die Gleichbehandlung bei der Schuldentilgung entscheidend, unabhängig davon, ob diese im formellen Liquidationsverfahren oder ausserhalb dessen erfolgt (vgl. Rebsamen, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch das Aktienrecht, 2004, Rz. 777, 782). Umstritten war im Verfahren vor der Vorinstanz der Finanzplan und damit die Frage, ob den Risiken der Liquidation unter Verzicht des formellen Verfahrens genügend Rechnung getragen wurde, um die Annahme der günstigen Prognose zu erlauben.

#### **E. 4.4.2**

Nach den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz hat die A. \_\_\_\_\_ AG eine sorgfältige und plausible Liquiditätsplanung erstellt. Der Liquiditätsplan vom 23. November 2011 habe alle geplanten Ein- und Ausgaben während der Liquidationsphase - bis zur Fertigstellung der Restaufträge - und einen Liquidationsüberschuss von Fr. 165'000.-- vor Bedienung der rücktrittsbelasteten Forderungen beinhaltet. Grundlage dieser Zahlen seien die korrekten und richtig bewerteten Bestände aus den vergangenen Jahren sowie das Jahr 2011, in welchem eine Verbesserung der Auslastung und eine Verringerung des Verlustes beobachtbar gewesen sei. Besondere Risiken hätten nach der Sachverhaltsfeststellung indes

nicht bestanden und mussten auch nicht berücksichtigt werden, wie die Vorinstanz an verschiedener Stelle und zu verschiedenen Punkten (u.a. Debitoren, angefangene Arbeiten, vertragsgemässe Bezahlung von angefangenen Arbeiten) festgehalten hat. Dazu kommt, dass am 24. Oktober 2011 ein Darlehen (Fr. 500'000.--) von I. \_\_\_\_\_ vorgesehen war, um die Liquidität zu verbessern, und die A. \_\_\_\_\_ AG per 1. Januar 2012 mit dem Asset Deal von fast allen Fixkosten befreit war. Dass die per Ende 2011 - und Vollzug des Asset Deals - auf Ende des Geschäftsjahres erstellte Bilanz (mit Bezug auf die wenigen verbliebenen Aktiven) keinen Anlass für "eine unter den Fortführungswerten liegende Bewertung nach Veräusserungswerten" bot (und - wie die Vorinstanz angenommen hat - eine auch Veräusserungswerten entsprechende Bilanz vorlag), beruht auf Tatsachen. Was die Beschwerdeführerin vorbringt, genügt nicht, um der Vorinstanz Willkür in der Tatsachenfeststellung vorwerfen zu können. Die Vorinstanz hat weiter festgehalten, dass die der Liquidationsplanung zugrunde liegenden Werte (betreffend angefangene Arbeiten) richtig und zu den zutreffenden Werten bilanziert worden seien, nachdem das gesamte Betriebsinventar und die noch nicht angefangenen Arbeiten (zu Fortführungswerten) verkauft worden seien. Wenn die Beschwerdeführerin als Kritik vorbringt, laut Urteil sei in der Bankeninformation vom 24. Oktober 2010 noch von einer Liquiditätslücke von Fr. 1,7 bis 2,1 Mio. die Rede, was die Vorinstanz in nicht nachvollziehbarer Weise übergangen habe, führt sie dies nicht weiter, weil nach den Sachverhaltsfeststellungen die Beteiligten aufgrund der am 10. November 2011 eingeforderten detaillierten Pläne zusätzliche Erkenntnisse gewonnen hatten. Was die Beschwerdeführerin vorbringt, sind eigene Würdigungen einzelner Umstände, ohne indes darzulegen, inwiefern die tatsächliche Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Liquiditätsplanung auf verlässlichen und realistischen Zahlen beruht habe, geradezu unhaltbar sein und gegen das Willkürverbot verstossen soll. Insgesamt legt die Beschwerdeführerin nicht dar, dass die Lage der A. \_\_\_\_\_ AG nach dem Asset Deal nicht erlaubt hätte, die Schuldentilgung mit der im Dezember 2011 vereinbarten Verminderung der Kreditlimiten zu vereinbaren. Der Vorwurf, dass die Vorinstanz "Liquiditätsplanung" und "Liquidationsplan" in willkürlicher Weise gleichgesetzt habe, ist unbehelflich: Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass es sich beim Liquiditätsplan vom 23. November 2011 um die Planung der Liquidität im ganzen verbleibenden Zeitraum der (rest-) betrieblichen Aktivität (von sechs Monaten) darstellen soll, weshalb im Ergebnis die Planung der Liquidation gleichkomme, innert welcher sämtliche Verbindlichkeiten der A. \_\_\_\_\_ AG nach dem Vollzug des Asset Deals (per Ende 2011) bezahlt und "geordnet liquidiert" werden sollen.

#### **E. 4.4.3**

Die Beschwerdeführerin vermag mit ihrem Vorwurf, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung, ob für den Sanierungsplan eine günstige Prognose besteht, entscheidende Aspekte ausgeblendet habe, nicht durchzudringen. Dass die A. \_\_\_\_\_ AG nur unzureichende Gewissheit gehabt habe, dass alle Schulden erfüllt werden, weshalb sie die Zahlungen an einzelne Gläubiger unterlassen hätte müssen, wird auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil nicht genügend aufgezeigt. Daran ändert nichts, wenn die Vorinstanz festgehalten hat, dass die Behauptung (der Beschwerdeführerin), wonach eine Sanierung mit Betriebsveräusserung die Einnahmen einbrechen lassen könne, "bestritten und unbewiesen" und daher "nicht zu berücksichtigen" sei. Derartige Risiken greift die Beschwerdeführerin für den (hier vorliegenden) Fall der nicht-formellen Liquidation in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr auf. Die Beschwerdeführerin weist lediglich darauf hin, dass bis Ende Februar 2012 durch Kürzung

der Kreditlimiten die Betriebskredite der Beschwerdegegnerinnen zurückgeführt werden, und die A. \_\_\_\_\_ AG die folgenden 4 Monate (bis Ende Juni 2012) mit dem Betriebskredit von Fr. 0,25 Mio. zur Befriedigung der übrigen Gläubiger hätte arbeiten und auskommen sollen. Dass besondere Vorkehren die Schuldentilgung zu Gunsten der anderen Gläubiger risikomindernd gewesen wären, und dies prozesskonform vorgebracht worden sei, wird nicht dargelegt. Die Vorinstanz durfte im Ergebnis annehmen, es hätten objektiv keine erhebliche Bedenken vorgelegen, dass mit dem Sanierungsplan die A. \_\_\_\_\_ AG realistischerweise in die Lage gebracht wurde, den Konkurs abzuwenden und die übrigen Gläubiger trotz Zahlungen an einzelne Gläubiger zu befriedigen. Wenn die Sanierungsbemühungen dem Appellationsgericht im Ergebnis als erfolgversprechend erschienen, weil es die Chancen (wie hier) grösser als das Konkursrisiko erachtete (vgl. Umbach-Spahn/Bossart, a.a.O., N. 13 zu Art. 288), durfte es von berechtigter Hoffnung auf Sanierung sprechen.

#### **E. 4.5**

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 2. Dezember 2011 "berechtigten, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose eindeutig rechtfertigende Hoffnungen" bestanden, dass mit den Sanierungsbemühungen alle (nicht von Rangrücktritt erfassten) Forderungen vollständig erfüllt werden können, lässt sich bestätigen. Dass der Plan letztendlich gescheitert ist, führt anfechtungsrechtlich nicht zum Nachteil: Die Verlängerung der Kredite kann (trotz Teilrückführung) als Sanierungsdarlehen im Sinne von BGE 134 III 542 (E. 6.1) betrachtet werden. Der Schluss der Vorinstanz, wonach die Verlängerung der Kredite und die Rückzahlung als Einheit zu betrachten sind, ist mit der Rechtsprechung vereinbar. Erscheinen aber - wie dargelegt - die Sanierungsbemühungen hinreichend erfolgversprechend, so nimmt der Schuldner keine Gläubigerbegünstigung bzw. -schädigung in Kauf (E. 3.5.2). Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde unbegründet.

#### **E. 5**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.