Dominik Hohler / Markus Vischer*

Absichtspauliana und faktische Liquidation

Besprechung des Urteils 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8. September 2020

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
II. Erwägungen und Entscheid
1. Erwägungen der Vorinstanz und Standpunkt der Beschwerdeführerin (A. AG)
2. Stillhalteabkommen und Asset Deal
3. Absichtspauliana
3.1 Anwendung des alten Rechts
3.2 Absichtspauliana im Kontext der paulianischen Anfechtung im Allgemeinen
3.3 Voraussetzungen der Absichtspauliana im Allgemeinen
3.4 Zur Voraussetzung der Gläubigerschädigung im Allgemeinen
3.5 Zur Voraussetzung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit im Allgemeinen
3.6 Zum Sanierungsdarlehen im Besonderen
3.7 Zur Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit im konkreten Fall
III. Erläuterungen
1. Ausgangspunkt BGE 134 III 452
2. Verpasster Kontrapunkt zu BGE 134 III 452
3. Zur faktischen Liquidation
3.1 Begriffliches
3.2 Rechtliche Folgen der faktischen Liquidation
3.3 Berücksichtigung der Nichtigkeit von Amtes wegen
3.4 Faktische Liquidation im konkreten Fall und Folgen
3.5 Ausblick auf das neue Aktienrecht
IV. Bedeutung für die Praxis

Kernsätze

1. Die Absichtspauliana 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.
2. Bei der Absichtspauliana müssen objektive und subjektive Voraussetzungen erfüllt sein. Objektiv wird vorausgesetzt, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger schädigt. Subjektiv bedarf es der Schädigungsabsicht des Schuldners und der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Begünstigten.
3. Eine Gläubigerschädigung liegt vor, wenn das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren verschlechtert wird. Die Rückzahlung eines (Bank)Darlehens kann eine Gläubigerschädigung darstellen.
4. Eine Schädigungsabsicht liegt vor, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder gegenüber anderen bevorzugt. Die Schädigungsabsicht fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgsversprechend erscheint.
5. Die Gewährung eines Darlehens ist als Sanierungsdarlehen zu qualifizieren und entsprechende Rückzahlungen sind anfechtungsresistent, wenn sich der in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindliche Schuldner (1) um die Sanierung bemüht, (2) die Sanierungsbemühungen als erfolgsversprechend erscheinen und (3) das Darlehen zum Zwecke der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt wird.
6. Eine Sanierung erscheint dann erfolgsversprechend, wenn eine berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnung besteht und mit ihr eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger bezweckt wird, damit letztlich ein Konkurs oder ein Nachlassverfahren abgewendet werden soll. Keine Rolle spielt, ob die Gesellschaft weiter bestehen oder infolge einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation untergehen soll.

I. Sachverhalt

Die A. AG befand sich im Jahr 2011 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die sich zuspitzten. Gestützt auf ein Stillhalteabkommen verfügte sie über Kreditlimiten von insgesamt CHF 3 Mio. bei mehreren Banken.[1]

* RA lic. iur. Dominik Hohler, LL.M., und RA Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., beide Partner Walder Wyss AG.

[1] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, Sachverhalt A.a.

Am 2.12.2011 trafen die A. AG und die Banken eine weitere Vereinbarung «Verlängerung Stillhalteabkommen/Zustimmung zum Asset Deal». Darin wurden die Kredite erneut verlängert und neu geregelt und unter bestimmten Voraussetzungen weitere Verhaltensweisen der A. AG geregelt. Die bisherigen Kreditlimiten durften bis am 31.12.2011 benutzt werden und sollten anschliessend etappenweise bis zum 30.6.2012 auf Null reduziert werden. Weiter wurde insbesondere ein Asset Deal (Übertragung von Betriebsinventar, Arbeitsverträgen und nicht angefangenen Aufträgen auf die G. AG), die Rückmietung von Personal und Inventar von der G. AG zur Abwicklung der letzten, bereits angefangenen Aufträge, sowie Rangrücktritte für Forderungen der Banken selber sowie der Altaktionäre und leitenden Mitarbeitenden sowie ein Darlehen des Verwaltungsratspräsidenten der A. AG vorgesehen. Der Asset Deal mit der G. AG kam fristgerecht zustande. Mit «Vereinbarung» vom 22.12.2011 finalisierten die A. AG und die Banken das Stillhalteabkommen entsprechend den vereinbarten Bedingungen. Die Vereinbarung mit Asset Deal wurde wie vorgesehen per Anfang Januar 2012 vollzogen.[2]

Ab März 2012 verschlechterte sich die finanzielle Lage der A. AG. Dies mündete letztlich in einem bestätigten Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der A. AG mit ihren Gläubigern.[3]

Später erhob die A. AG in Nachlassliquidation beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt eine paulianische Anfechtungsklage gegen die Banken. Diese hiess das Zivilgericht gut und verurteilte die Banken, die beantragten Beträge von insgesamt knapp CHF 2.3 Mio. zu bezahlen.[4]

Gegen das Urteil des Zivilgerichts gelangten die Banken an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, welches den erstinstanzlichen Entscheid aufhob und die Anfechtungsklage abwies.[5]

Die A. AG erhob daraufhin Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des Entscheids des Appellationsgerichts sowie die Verpflichtung der Banken zur Zahlung von insgesamt knapp CHF 2.3 Mio.[6]

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.[7]

[2] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, Sachverhalt A.b.
[3] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, Sachverhalt A.c.
[4] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, Sachverhalt B.
[5] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, Sachverhalt C; Entscheid ZB.2017.34 (AG.2018.381) des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 6.6.2018.
[6] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, Sachverhalt D.
[7] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 5.

II. Erwägungen und Entscheid

1. Erwägungen der Vorinstanz und Standpunkt der Beschwerdeführerin (A. AG)

Das Bundesgericht[8] hält fest, die Vorinstanz habe 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 Erkennbarkeit verneint. Demgegenüber mache die Beschwerdeführerin (A. AG) geltend, die Voraussetzungen zur Annahme eines Sanierungsdarlehens seien nicht erfüllt und die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit seien gegeben, weshalb die Vorinstanz Art. 288 SchKG verletzt habe.

2. Stillhalteabkommen und Asset Deal

Das Bundesgericht[9] führt aus, dass es vorliegend um ein Stillhalteabkommen und einen Asset Deal gehe.

Mit einem Stillhalteabkommen verpflichteten sich kreditgebende Banken hinsichtlich eines Kreditengagements auf den status quo. Auf die Kündigung von Krediten werde verzichtet, eingeräumte Kreditlinien würden (beschränkt) offengehalten, fällige Forderungen gestundet. Darüber hinaus seien Sanierungsbeiträge möglich. Im Gegenzug gebe der Kreditnehmer Zusicherungen ab und habe Verpflichtungen einzuhalten. Häufig verlangten die Banken den Verkauf bestimmter Aktiven, wobei die Verkaufserlöse zur Rückführung der vom Stillhalteabkommen erfassten Kredite verwendet werden müssten.

Im Rahmen eines Asset Deals könnten (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 als auch beim Verkauf eines Unternehmens stelle sich in nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassverfahren oft die Frage der Gläubigerbevorzugung bzw. der Absichtspauliana.

3. Absichtspauliana

3.1 Anwendung des alten Rechts

Das Bundesgericht[10] hält fest, dass die Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung vor dem In-

[8] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3 Ingress.
[9] Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.1, 3.1.1 und 3.1.2.
[10] Zum Ganzen: Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.2.

krafttreten des revidierten Nachlass- und Anfechtungsrechts am 1.1.2014 erfolgt sei.[11] Es komme deshalb vorliegend das alte Recht zur Anwendung.[12] Die Klagefrist gemäss Art. 292 SchGK, welche vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung zu laufen begonnen habe, laufe als Verwirkungsfrist weiter.[13]

3.2 Absichtspauliana im Kontext der paulianischen Anfechtung im Allgemeinen

Mit der Anfechtung sollen gemäss Bundesgericht[14] Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach Art. 286-288 SchKG entzogen worden seien.

Mit der Absichtspauliana seien 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 habe, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.[15] Das gelte im alten wie im neuen Recht.

3.3 Voraussetzungen der Absichtspauliana im Allgemeinen

Das Bundesgericht[16] führt aus, dass bei der Absichtspauliana neben objektiven auch subjektive Voraussetzungen erfüllt sein müssten. Objektiv werde vorausgesetzt, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger schädige. In subjektiver Hinsicht werde die Schädigungsabsicht des Schuldners sowie die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Begünstigten vorausgesetzt.[17]

3.4 Zur Voraussetzung der Gläubigerschädigung im Allgemeinen

Eine Gläubigerschädigung liegt nach dem Bundesgericht[18] vor, wenn das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren verschlechtert würden.[19]

Vorliegend sei unstrittig, dass die Banken gestützt auf die «Verlängerung Stillhalteabkommen/Zustimmung zum Asset Deal» ihre Kredite zu 91,7 % zurückerhalten hätten, während die übrigen Gläubiger mit einer Dividende von 30 % rechnen müssten.

Nach der Rechtsprechung stelle die Rückzahlung eines Bankdarlehens an einen Gläubiger (ohne Sicherung, ohne Konkursprivileg) eine Gläubigerschädigung dar[20] und seien einzelne Gläubiger dadurch begünstigt, wenn sie vollständig befriedigt würden, während die übrigen nur eine Dividende erhielten.[21]

Teilrückzahlungen gelten grundsätzlich nicht als Gegenleistung für die Verlängerung eines bestehenden Kredits.

Die Vorinstanz habe die objektive Voraussetzung für die Absichtspauliana – das Vorliegen einer oder mehrerer anfechtbaren Handlungen, welche zur Gläubigerschädigung führen – im konkreten Fall offengelassen.

3.5 Zur Voraussetzung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit im Allgemeinen

Die Schädigungsabsicht liegt gemäss Bundesgericht[22] vor, wenn der Schuldner hätte voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige oder gegenüber anderen bevorzuge. Nach der Rechtsprechung genüge, wenn sich der Schuldner habe Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen habe, dass als natürliche Folge seiner Handlungen Gläubiger geschädigt würden.[23] Bei der Rückzahlung eines Darlehens bestehe nach der Rechtsprechung 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 zumindest in Kauf genommen habe, dass durch die Rückzahlung andere Gläubiger geschädigt würden.[24]

Die Schädigungsabsicht fehle, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpfe und diese erfolgsversprechend erscheine.[25] Die Anfechtungsklage habe 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 liege, wenn Dritte (oder einzelne Gläubiger) versuchten, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen.[26] Unter dem Aspekt der Schädigungsabsicht (und -erkennbarkeit) sei daher relevant, ob es sich beim Darlehen um ein sog. Sanierungsdarlehen handle oder nicht.

---

11 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Änderung vom 21.6.2012, AS 2013 4111, in Kraft getreten am 1.1.2014, AS 2013 4123.

12 Unter Hinweis auf: Urteil 5A_85/2015 des Bundesgerichts vom 7.5.2015, E. 4.1.

13 Unter Hinweis auf: Urteil 5A_13/2018 des Bundesgerichts vom 11.4.2019, E. 3.3.1.

14 Zum Ganzen: Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.3, 3.3.1.

15 Art. 288 Abs. 1 SchKG; Art. 331 Abs. 2 SchKG.

16 Zum Ganzen: Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.3.2.

17 Unter Hinweis auf: BGE 135 III 265, E. 2; BGE 134 III 452, E. 2.

18 Zum Ganzen: Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.4, 3.4.1–3.4.3.

19 Unter Hinweis auf: BGE 137 III 268, E. 4.1.

20 Unter Hinweis auf: BGE 134 III 452, E. 3.1.

21 Unter Hinweis auf: BGE 135 III 276, E. 6.3.3.

22 Zum Ganzen: Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.5, 3.5.1 und 3.5.2.

23 Unter Hinweis auf: BGE 134 III 452, E. 4.1.

24 Unter Hinweis auf: BGE 134 III 452, E. 7.4.

25 Unter Hinweis auf: BGE 137 III 268, E. 4.2.3 mit Hinweis auf BGE 134 III 615, E. 5.1.

26 Unter Hinweis auf: BGE 134 III 452, E. 5.2.

3.6 Zum Sanierungsdarlehen im Besonderen

Die Gewährung eines Darlehens sei unter folgenden drei Voraussetzungen als Sanierungsdarlehen zu qualifizieren und entsprechende Rückzahlungen seien anfechtungsresistent:[27] Der Schuldner, der sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinde, müsse sich (1.) um die Sanierung bemühen,[28] (2.) die Sanierungsbemühungen müssten erfolgsversprechend erscheinen,[29] und (3.) das Darlehen müsse zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt werden.[30] 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 (wie durch Sonderleistungen, eigentliches Entgegenkommen, direkte Unterstützung) von gewöhnlichen Kreditgebern unterscheide.[31]

Im Sinne eines obiter dictum hält das Bundesgericht fest, dass diese Rechtsprechung zum Sanierungsdarlehen auch unter dem am 1.1.2014 in Kraft getretenen neuen Sanierungsrecht[32] seine Gültigkeit behalten werde.

3.7 Zur Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit im konkreten Fall

Das Bundesgericht[33] hält fest, dass die Vorinstanz den im Zusammenhang mit der Qualifizierung eines Darlehens als Sanierungsdarlehen relevanten Sanierungsbegriff nicht verkannt habe. Vielmehr habe sie zutreffend einen anfechtungsrechtlich relevanten (spezifischen) Sanierungsbegriff herangezogen und dabei zu Recht auf die Optik der Gläubiger abgestellt. Danach sei der erforderliche, die Anfechtung ausschliessende Sanierungskontext gegeben, wenn mit der beabsichtigten Sanierung (Restrukturierung) eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger bezweckt werde und damit der Konkurs oder ein Nachlassverfahren abgewendet werden solle. Ein Unternehmensverkauf ausserhalb des SchKG-Verfahrens schliesse deshalb eine Sanierung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 288 SchKG nicht aus.

Keine Rolle spiele, ob die Gesellschaft weiterbestehen oder infolge einer gesellschaftsrechtlichen Liquidation untergehen solle, solange die Gläubiger voll befriedigt und der Konkurs abgewendet werden soll.

Den Feststellungen der Vorinstanz lasse 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. Dass dieses Vorgehen dem Zweck der Sanierung zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger und zur Abwendung des Konkurses von vornherein entgegenstehen solle, mache die A. AG nicht geltend.

Die Vorinstanz habe haltbar festgehalten, dass mit dem Asset Deal und der anschliessenden Fortführung zur Abwicklung der Restaufträge der Konkurs vermieden, das Unternehmen durch die Übertragung erhalten und die Kreditoren, Fremdkapitalgeber und alle nicht rücktrittsbelasteten Forderungen vollständig erfüllt werden sollten.

Auch die Annahme einer günstigen Prognose in Bezug auf die unternommenen Sanierungsmassnahmen durch die Vorinstanz sei haltbar. Daran ändere die von der A. AG behauptete «illegitime Liquidation», also der Betriebsverkauf ausserhalb des formellen Verfahrens gemäss Art. 736 ff. OR, nichts, zumal die A. AG die Risiken für den (hier vorliegenden) Fall der nicht-formellen Liquidation in tatsächlicher Hinsicht nicht aufgreife.

Der Sanierungszweck des Darlehens sei zwar angesichts der Tatsache, dass die Banken einen Betriebskredit verlängert hätten, nicht ohne weiteres erkennbar. Wohl sei gemäss Vorinstanz im Stillhalteabkommen vorgesehen, dass die geltenden Kreditlimiten von CHF 3 Mio. schrittweise im Umfang von CHF 2.75 Mio. zurückgeführt werden sollten. Doch hätten sich die Banken gemäss Vorinstanz weiter zum gemeinsamen Stillhalten verpflichtet und die Kreditlimiten (bzw. deren Verringerung) neu bis zum geplanten Ablauf der «ordentlichen Liquidation» bzw. zur Erledigung der restlichen Aufträge deutlich verlängert. Mit der Würdigung dieser Fakten bewege sich die Vorinstanz im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums, weshalb die Qualifikation der Verlängerung des Stillhalteabkommens und der Kreditlimiten (trotz Rückführung der Kredite von ca. 90 % von CHF 3 Mio.) innerhalb von zwei Monaten und des Rangrücktritts für die neu gewährte Kreditlimite (im Umfang von CHF 0.25 Mio., d.h. ca. 10 % des Kredits) als ein eigentliches Entgegenkommen der Banken und damit als eine genügende – von der Anfechtung freistellende – Sonderleistung im Sinne von BGE 134 III 452 (E. 6.1) durch die Vorinstanz keine Rechtsverletzung darstelle. Die Verlängerung der Kredite könne (trotz Teilrückführung) als Sanierungsdarlehen im Sinne dieses Entscheids betrachtet werden. Der Sanierungszweck sei deshalb zu bejahen. Daran ändere nichts, dass der Sanierungsplan letztlich scheiterte.

---

27 Zum Ganzen: Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.5.2.

28 Unter Hinweis auf: BGE 134 III 452, E. 5.5.

29 Unter Hinweis auf: 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».

30 Unter Hinweis u.a. auf: BGE 134 III 452, E. 5.5.

31 Unter Hinweis auf: BGE 134 III 452, E. 6.1, 6.2; Urteil 5A_538/2008 des Bundesgerichts vom 3.8.2010, E. 2.2.1.

32 S. II.3.1

33 Zum Ganzen: Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 4.

III. Erläuterungen

1. Ausgangspunkt BGE 134 III 452

Ausgangspunkt der Erwägungen des Bundesgerichts war das von ihm immer wieder zitierte Urteil 5A_29/2007 vom 29.5.2008 (BGE 134 III 452) i.S. SAirGroup in Nachlassliquidation gegen die Zürcher Kantonalbank (ZKB).

In BGE 134 III 452 ging es um die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen an die ZKB durch die SAirGroup in Nachlassliquidation. Im Entscheid verfeinerte das Bundesgericht seine Praxis zur Abgrenzung von anfechtungsresistenten Sanierungsdarlehen und anfechtbaren «normalen» Darlehen, wobei es festhielt, dass ein Sanierungsdarlehen auch in der Verlängerung bestehender Kredite liegen könne.[34]

Im vorliegenden Fall fasste das Bundesgericht seine Praxis zum Sanierungsdarlehen gemäss BGE 134 III 452 wie folgt zusammen: Die Aufnahme und Rückzahlung eines Darlehens werden nach der Rechtsprechung als Einheit und anfechtungsresistentes Sanierungsdarlehen betrachtet, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Der Schuldner, der sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinde, müsse sich (1.) um die Sanierung bemühen, (2.) die Sanierungsbemühungen müssten erfolgsversprechend erscheinen (d.h. eine «berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnung» vorliegen) und (3.) das Darlehen müsse zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt werden. 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 (wie durch Sonderleistungen, eigentliches Entgegenkommen, direkte Unterstützung) von gewöhnlichen Kreditgebern unterscheide.[35]

2. Verpasster Kontrapunkt zu BGE 134 III 452

In BGE 134 III 452 hiess das Bundesgericht die Anfechtungsklage gegen die ZKB gut. Darin betonte das Bundesgericht zwar, dass die Anfechtungsklage nicht zum Zweck habe, Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder gefährlich zu machen.[36] Durch die Gutheissung der Anfechtungsklage wurde dies aber nicht exemplifiziert.

Nachdem im vorliegenden Urteil das Bundesgericht erneut betonte, dass die Anfechtungsklage nicht zum Zweck habe, einen – konkreten und glaubwürdigen – Versuch zur Rettung des Schuldners zu verunmöglichen oder gefährlich zu machen,[37] und es die Anfechtungsklage dann auch effektiv abwies, bestand die Hoffnung, dass sich der vorliegende Fall als Kontrapunkt zu BGE 134 III 452 präsentieren würde, er also aufzeigen würde, dass Sanierungsbemühungen, insbesondere Sanierungsbemühungen von Banken, nicht zwingend zum Scheitern an der Anfechtungsklage verurteilt sind. Diese Hoffnung bestand umso mehr, als das Urteil in Fünferbesetzung gefällt wurde.[38]

Dieser Hoffnung wurde das Bundesgericht im rechtlichen Teil (d.h. in E. 3) noch gerecht. Denn es erklärte lehrbuchmässig zuerst die Phänomene des Stillhalteabkommens und des Asset Deal, um anschliessend weiter auf die intertemporalrechtliche Anwendung, den Zweck und die Voraussetzungen der Pauliana einzugehen. Im Zuge dieser Ausführungen behandelte es weiter die Gläubigerschädigung,[39] die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit[40] im Allgemeinen und das Sanierungsdarlehen im Besonderen, insbesondere was die drei Voraussetzungen zur Annahme eines Sanierungsdarlehens anbetrifft.[41]

Im Subsumptionsteil (d.h. in E. 4) fokussierte das Bundesgericht dann allerdings zu stark auf die rein insolvenzrechtlichen Fragen, ohne auf weitere (zentrale) Rechtsaspekte einzugehen. Statt Punkt für Punkt die geschilderten drei Voraussetzungen des Sanierungsdarlehens abzuprüfen, reihte es ohne klar ersichtlichen roten Faden Argument an Argument, immer wieder unterbrochen von nicht konsequent zu Ende gedachten Ausführungen zur faktischen Liquidation. Das Bundesgericht schien dies in Bezug auf die faktische Liquidation damit rechtfertigen zu wollen, dass die A. AG prozessual nicht das Nötige vorgebracht habe.[42]

Mit dem Fehlen der konsequenten Auseinandersetzung mit der faktischen Liquidation liegt bedauerlicherweise insgesamt nicht der erhoffte Kontrapunkt zu BGE 134 III 452 vor. Zwar erkannte das Bundesgericht den Ele-

---

34 BGE 134 III 452, E 6.1.

35 S. Ziff. II.3.6.

36 BGE 134 III 452, E. 5.2.

37 Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 3.5.2; s. schon BGE 134 III 452, E. 5.2.

38 Zu solchen Urteilen im Allgemeinen Markus Vischer, Entscheidbesprechungen, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht – allgemein, Aktienrecht, BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_645/2017 vom 22.08.2017, Aa1.AG gegen B._AG, Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018, 1400, 1403.

39 S. Ziff. II.3.4.

40 S. Ziff. II.3.5.

41 S. Ziff. II.3.6; Ziff. III.1.

42 Urteil 5A_671/2018 des Bundesgerichts vom 8.9.2020, E. 4.1.6: «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.»; E. 4.4.3: «Derartige Risiken greift die Beschwerdeführerin für den (hier vorliegenden) Fall der nicht-formellen Liquidation in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr auf.».

fanten im Raum,[43] liess ihn aber letztlich darin stehen und bugsierte ihn nicht hinaus.

3. Zur faktischen Liquidation

3.1 Begriffliches

Unter einer «faktischen Liquidation» versteht man bei der Aktiengesellschaft eine Liquidation, in der ohne Beschluss der Generalversammlung wesentliche, für die Fortführung der Aktiengesellschaft vitale Teile des Vermögens in liquide oder quasiliquide Form überführt werden, ohne dass eine Neuinvestition geplant ist.[44]

Meist ist die faktische Liquidation eine Teilliquidation.[45] Seltener liegt eine Totalliquidation vor.[46] Eine solche ist gegeben, wenn (ohne geplante Neuinvestition) im Wesentlichen das gesamte Vermögen der Aktiengesellschaft liquidiert wird, z.B. dadurch, dass es verkauft wird. Das Resultat der Totalliquidation ist ein Aktienmantel.[47] Ein solcher Aktienmantel ist «eine wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgegebene, juristisch aber noch nicht aufgelöste Gesellschaft».[48] Erfolgen im Rahmen der Totalliquidation Substanzentnahmen durch die der Gesellschaft nahestehenden Personen, liegt ein (mehr oder weniger) ausgehöhlter Aktienmantel vor.[49]

Der angesprochene Beschluss der Generalversammlung ist im Fall der Totalliquidation ein formeller Liquidationsbeschluss i.S.v. Art. 736 Ziff. 2 OR in der Form einer öffentlichen Urkunde,[50] also nicht ein die faktische Liquidation bloss gutheissender Generalversammlungsbeschluss (z.B. bezüglich der Genehmigung eines Kaufvertrages), selbst wenn er mit dem Quorum gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR gefasst wird und/oder öffentlich beurkundet ist.

Die faktische Totalliquidation ist in aller Regel eine stille Liquidation.[51] Sie erfolgt in Verletzung der Vorschriften von Art. 736 ff. OR. Insbesondere fehlt bei ihr der vorangehende formelle Liquidationsbeschluss i.S.v. Art. 736 Ziff. 2 OR und der vorangehende Schuldenruf i.S.v. Art. 742 Abs. 2 OR.[52]

Seit aufgrund einer Praxisänderung der Handelsregisterbehörden im Jahr 1984 eine stille Liquidation von Anfang bis zum Ende, d.h. der Löschung im Handelsregister, nicht mehr möglich ist,[53] ist die Praxis dazu übergegangen, die faktische Liquidation nur, aber immerhin, so lange «still» vorzunehmen, bis die Aktiengesellschaft im Wesentlichen in liquide oder quasiliquide Form überführt ist und erst dann die formelle Liquidation i.S.v. Art. 736 Ziff. 2 OR zu beschliessen, um danach die Löschung im Handelsregister erreichen zu können.[54]

Daneben gibt es auch die Praxis, die Aktiengesellschaft nach der faktischen Liquidation im Handelsregister nicht zu löschen, sondern als Aktienmantel fortbestehen zu lassen, um bei Bedarf eine Vorratsgesellschaft für eigene neue Geschäftsaktivitäten zur Hand zu haben oder ihn an einen Dritten zu verkaufen, damit dieser ihn als Vorratsgesellschaft für neue Geschäftsaktivitäten nutzen kann.[55]

Der Grund für die Wahl der faktischen Liquidation ist in der Regel die mit der formellen Liquidation verbundene Publizität,[56] die als nachteilig oder zumindest lästig empfunden wird. Tatsächlich führt sie in der Praxis nicht selten zu negativen Folgen für die Aktiengesellschaft, z.B. dadurch, dass für die Aktiven nur noch Liquidati-

---

43 Zu diesem Anglizismus z.B. Wikipedia, https://de.wikipedia.org/wiki/Der_Elefant_im_Raum, besucht am 30.1.2021.

44 Z.B. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, § 26 N 2051; Simone Albisetti/Andrea Porrini, La società mantello in Svizzera – analisi giuridica e aspetti pratici, REPRAX 1/2020, 1, 15; Florian S. Jörg, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.). Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, , Bern 2014, 17, 57; Markus Vischer, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 563, 569; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 17 N 76; Patrick O'Neill, Die faktische Liquidation der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2007 (= SSHW 258), Rz. 12, 145 ff; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 144; zum steuerrechtlichen Begriff der faktischen Liquidation z.B. Urteil 2C_868/2010 des Bundesgerichts vom 19.4.2011, E. 4.1; BGE 115 Ib 274, E. 10a.

45 Böckli (FN 44), § 17 N 77.

46 S.a. Vischer (FN 44), 569, wonach die Abgrenzung von Teil- und Totalliquidation unscharf ist.

47 von der Crone (FN 44), § 26 N 2052; O'Neill (FN 44), Rz. 14, 16 f.; Suzanne Wettenschwiler, Die stille Liquidation der Aktiengesellschaft im Vergleich mit dem gesetzlichen Liquidationsverfahren, Diss. Zürich 1982 (= SHAW 68), 12; ZK-Siegwart, Einleitung N 24.

48 BGE 123 III 473, E. 5c; s. zum steuerrechtlichen Begriff der Mantelgesellschaft z.B. Urteil 2C_108/2013 des Bundesgerichts vom 19.7.2013, E. 7.2.2; Urteil 2C_566/2010 des Bundesgerichts vom 5.1.2011, E. 2.2; Urteil 2C_176/2008 des Bundesgerichts vom 26.8.2008, E. 5.1.

49 Albisetti/Porrini (FN 44), 15: «Ausgehöhlte Aktienmäntel».

50 Hubert Gmünder, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren, Diss. Neuenburg 2018 (= Schweizer Schriften zum Zivilprozessrecht 29), Rz. 468; Böckli (FN 44), § 17 N 79; widersprüchlich Urs Schenker, Unternehmenskauf, Bern 2016, 34 f, und Urs Schenker, Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Bern 2014, 306 f.

51 S.a. Vischer (FN 44), 569, wonach die Abgrenzung von faktischer und stiller Liquidation umstritten und auch unscharf ist.

52 Z.B. von der Crone (FN 44), § 26 N 2053; Jörg (FN 44), 57; Vischer (FN 44), 567; Böckli (FN 44), § 17 N 82; O'Neill (FN 44), Rz. 13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 44), § 56 N 143; Wettenschwiler (FN 47), 45.

53 Z.B. von der Crone (FN 44), § 26 N 2055; Vischer (FN 44), 568; O'Neill (FN 44), Rz. 13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 44), § 56 N 143.

54 S. Art. 65 Abs. 1 HRegV, wonach für die Löschung der Nachweis verlangt wird, dass ein Schuldenruf im SHAB stattgefunden hat.

55 Dazu im Allgemeinen Vischer (FN 44), 563 ff.

56 U.a. infolge der Firmenänderung gemäss Art. 739 Abs. 1 OR und infolge des Schuldenrufs gemäss Art. 742 Abs. 2 OR.

onswerte realisiert werden können.[57] Im schlimmsten Fall führt es infolge Umstellung der Fortführungs- zu Liquidationswerten[58] zur Konkursreife der Gesellschaft gemäss Art. 725 Abs. 2 OR. Mindestens aber wird die Liquidation des operativen Betriebs durch die Publikation in der Regel erschwert, z.B. dadurch, dass Lieferanten und Dienstleister Vorkasse verlangen.[59]

Weitere Gründe sind erhoffte Kosteneinsparungen, erhoffte Steuervorteile und mehr Flexibilität im Liquidationsverfahren.[60] Zum letzteren Punkt ist anzuführen, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung in Bezug auf das formelle Liquidationsverfahren zu rigide sind und den Handlungsspielraum der Organe im formellen Liquidationsverfahren unnötig einschränken, auch was den Zeitpunkt des Widerrufs eines formellen Liquidationsbeschlusses betrifft.[61]

3.2 Rechtliche Folgen der faktischen Liquidation

Es ist an sich unbestritten, dass die faktische Liquidation «ein Unrechtstatbestand» und «widerrechtlich» ist.[62] Gleiches gilt für die stille Liquidation.[63]

Eine auf eine faktische Liquidation gerichtete Rechtshandlung (wie z.B. der Verkauf des im Wesentlichen gesamten Vermögens der Aktiengesellschaft) ist infolge Verstosses gegen Art. 736 ff. OR i.S. von Art. 20 OR nichtig. Die durch diese Bestimmungen geschützten Güter lassen dogmatisch keine andere Rechtsfolge zu.[64] Es verhält sich nicht anders als bei Verstössen gegen Art. 678 OR bzw. Art. 680 Abs. 2 OR,[65] welche Bestimmungen bei faktischer Liquidation mit Substanzentnahmen durchaus auch direkt zur Anwendung kommen können.[66]

Auch das Bundesgericht vertritt im Grundsatz diese Meinung, begründet es doch in seiner langjährigen Rechtsprechung zum Mantelhandel[67] die Nichtigkeit des Mantelhandels mit der Nichtigkeit derjenigen Rechtshandlungen, mit denen (Gründungs- und) Liquidationsvorschriften (und weitere Vorschriften wie Art. 678 OR bzw. Art. 680 Abs. 2 OR) verletzt werden,[68] auch wenn diese, sich aus dem Mantelhandel ergebende, «weiterfressende» Nichtigkeit nicht in dieser Absolutheit vertreten werden sollte[69] und vom Bundesgericht in Einzelfällen auch nicht absolut vertreten wird.[70]

Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse, die gegen Art. 736 ff. OR verstossende Geschäfte betreffen, sind gemäss Art. 706b Ziff. 3 OR bzw. Art. 714 OR i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR ebenfalls nichtig.[71]

Zudem[72] ist eine solche Rechtshandlung intern als unbefugt und extern mangels hinreichender Vertretungsmacht als nichtig zu betrachten.[73] Denn eine faktische Liquidation und insbesondere eine faktische Totalliquidation (z.B. mittels Verkauf des im Wesentlichen gesamten Vermögens der Aktiengesellschaft) liegt jenseits der (im Schweizer Recht weitgefassten)[74] Zweckgrenze von Art. 718a Abs. 1 OR,[75] qualifiziert also als *ultra vires*,[76]

---

57 Z.B. von der Crone (FN 44), § 26 N 2054; Wettenschwiler (FN 47), 46.

58 Art. 958a OR.

59 S.a. Art. 744 OR zur Hinterlegungs- und Sicherstellungspflicht.

60 Z.B. Wettenschwiler (FN 47), 46 f., 47 f.

61 Zum Ganzen Markus Vischer, Dividenden bei der Aktiengesellschaft in Liquidation, SJZ 2019, 555 ff., insb. 557 f.

62 Z.B. Böckli (FN 44), § 17 N 78, § 13 N 501.

63 Z.B. Böckli (FN 44), § 17 N 82; Wettenschwiler (FN 47), 63.

64 Böckli (FN 44), § 17 N 80; wohl a.M. Jörg (FN 44), 73.

65 OFK-Vischer, Art. 678 OR N 21, auch N 25 und Art. 680 OR N 12 zum Verhältnis von Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR.

66 Albisetti/Porrini (FN 44), 15 f.; Wettenschwiler (FN 47), 77.

67 Z.B. BGE 123 III 473, E. 5c; BGE 97 IV 10, E. 5; BGE 80 I 60, E. 3; BGE 64 II 361, E. 1; BGE 55 I 346, E. 4; BGE 55 I 134, E. 2; zum steuerrechtlichen Begriff des Mantelhandels z.B. Urteil 2C_749/2019 vom 13.1.2020, E. 5.2.

68 Z.B. BGE 97 IV 10, E. 5; BGE 80 I 60, E. 3; BGE 64 II 361, E. 1; BGE 55 I 134, E. 2; Albisetti/Porrini (FN 44), 5; ZK-Jung, vor Art. 620–625 OR N 123, Art. 620 OR N 78; Gaspard Couchepin, Le transfert d'actions d'une société dormante (manteau d'actions): Situation actuelle et perspectives, SJ 2014 II, 197, 205; ZK-Siegwart, Einleitung N 35 ff.

69 Z.B. Albisetti/Porrini (FN 44), 8; Jörg (FN 44), 69 ff.; Couchepin (FN 68), 213 ff.; Vischer (FN 44), 570 f.

70 Z.B. Urteil 4C.19/2001 des Bundesgerichts vom 25.5.2001, E. 2b; BGE 64 II 361, E. 4a; BGE 55 I 346, E. 4; s.a. Urteil 4A_279/2018 des Bundesgerichts vom 2.11.2018 (kommentiert von Markus Vischer/Dario Galli/Letizia Schlegel, Entscheidbesprechungen, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht – allgemein, Aktienrecht, BGer 4A_279/2018: Nichtige Universalversammlungen, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_279/2018 vom 2. November 2018, A. SA gegen B., Gesellschaftsrecht, AJP 2019, 743, 743 ff.) und Urteil 4A_530/2016 des Bundesgerichts vom 20.1.2017 (kommentiert von Dario Galli/Markus Vischer, Ungültigkeit eines Grundstückkaufs infolge Nichteinhaltung der Form, Simulation und zugrundeliegendem Mantelgesellschaftshandel, dRSK vom 6.11.2017).

71 Wettenschwiler (FN 47), 11, bezüglich Auflösungsbeschlüssen durch den Verwaltungsrat, s.a. 63; s.a. OFK-Vischer, Art. 678 N 22, bezüglich gegen Art. 678 (und Art. 680 Abs. 2 OR) verstossende Beschlüsse.

72 S.a. Urs Kägi, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg 2012 (= SSHW 309), § 9 N 3 ff., der bei verdeckten Ausschüttungen zwischen der «Inhaltskontrolle» (inhaltliche Nichtigkeit infolge Verstosses gegen Art. 20 OR) und der «Geltungskontrolle» (Nichtigkeit infolge fehlender Vertretungsmacht) unterscheidet; s.a. Severin Harisberger/Patrick Schmidt, Organschaftliche Vertretung der Aktiengesellschaft bei pflichtwidrigem Vertreterhandeln der Organe, GesKR 2020, 215, 227 f., zum Verhältnis der Ungültigkeit von Rechtsgeschäften aufgrund fehlender Vertretungsmacht zu anderen Rechtsfolgen im Allgemeinen.

73 Z.B. Böckli (FN 44), § 17 N 79.

74 Z.B. Böckli (FN 44), § 13 N 497.

75 Von der Crone (FN 44), § 26 N 2051; Gmünder (FN 50), Rz. 463, 468; O'Neill (FN 44), Rz. 267; weitergehend die herrschende Lehre und Rechtsprechung, wonach der Verkauf des im Wesentlichen ganzen Vermögens der Aktiengesellschaft unabhängig davon, ob das Resultat eine faktische Totalliquidation ist oder nicht, jenseits der Zweckgrenze liegt (BGE 116 II 320, E. 3a; Urteil 4C.295/1988 des Bundesgerichts vom 7.4.1989 (abgedruckt in SMI 1991 I, 124 ff.), E. 3b; Gmünder (FN 50), Rz. 466; BSK OR II-Watter, Art. 718a N 4; ZK-Bürgi, Art. 718 OR N 5; s.a. BGE 115 Ib 274, E. 10c, und BGE 64 II 361, E. 3b, und die Bemerkungen dazu von O'Neill (FN 44), Rz. 98 f., 153 und Rz. 155.

76 Zum Hintergrund und der Bedeutung der *ultra vires*-Doktrin im Schweizer Recht z.B. O'Neill (FN 44), Rz. 63 f.; s.a. Böckli (FN 44), § 13 N 497 und BK-Bürgi, Art. 718 OR N 5.

weshalb der gute Glaube keine Rolle spielt und Art. 718a Abs. 2 OR nicht zum Zug kommt.[77] Aber auch wenn der gute Glaube eine Rolle spielen würde, wäre er aufgrund von Art. 3 Abs. 2 ZGB zumindest bei der faktischen Totalliquidation mittels Verkauf des gesamten (oder fast des gesamten) Unternehmens zu verneinen.[78]

Im vorliegenden Zusammenhang kann offengelassen werden, ob eine Ausnahme von der Regel der Nichtigkeit infolge fehlender Vertretungsmacht zur Anwendung gelangt, wenn eine zeitliche Dringlichkeit in dem Sinne besteht, dass die Generalversammlung vorab nicht mehr begrüsst werden kann. Im Kammgarnspinnerei Interlaken-Fall bejahte das Bundesgericht diese Frage.[79] Diese Meinung ist jedoch abzulehnen. Die Lösung bei einer Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft liegt nicht in einer Kompetenzverschiebung unter den Organen, hier also von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat, sondern in Art. 731b OR, der Regel über den Organisationsmangel,[80] unter welcher der Richter mittels Erlass einer provisorischen oder sogar superprovisorischen Massnahme auch den Verkauf von Gesellschaftsvermögen anordnen kann.[81]

Im vorliegenden Zusammenhang kann auch offenbleiben, ob der formelle Liquidationsbeschluss vor der faktischen Liquidation vorliegen muss oder ob ein nachträglicher «genehmigender» formeller Liquidationsbeschluss genügt. Böckli bejaht Letzteres.[82] Diese Auffassung ist in Bezug auf vor dem formellen Liquidationsbeschluss vorgenommene, auf eine faktische Liquidation gerichtete Rechtshandlungen abzulehnen. Der nachträgliche formelle Liquidationsbeschluss vermag vielleicht die fehlende Vertretungsmacht zu heilen. An der geschilderten Nichtigkeit dieser Rechtshandlungen infolge Verstosses gegen Art. 736 ff. OR ändert er jedoch nichts.[83]

3.3 Berücksichtigung der Nichtigkeit von Amtes wegen

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wirkt mindestens gemäss traditioneller Auffassung *ex tunc,* gilt absolut und ist unheilbar.[84] Auch ist sie – mindestens gemäss traditioneller Auffassung – von Amtes wegen zu beachten.[85] Das gilt infolge des in Art. 106 Abs. 1 BGG festgehaltenen Grundsatzes *iura novit curia* auch für das Bundesgericht, mindestens dann, wenn der Beschwerdeführer die Rüge wie hier vorbringt (Argument der A. AG der «illegitimen Liquidation»)[86] und/oder der rechtliche Mangel wie hier offensichtlich ist.[87]

3.4 Faktische Liquidation im konkreten Fall und Folgen

Im vorliegenden Fall liegt ein geradezu archetypischer Fall einer faktischen Liquidation in der Form der faktischen Totalliquidation vor. Mit der Rückmietung von Personal und Inventar vom Käufer sollte nach dem Verkauf des im Wesentlichen ganzen Vermögens der A. AG eine von der lästigen Publizität einer formellen Liquidation ungestörte (stille) Restabwicklung der letzten, bereits angefangenen Arbeiten der A. AG und Rückzahlungen von Bankkrediten möglich gemacht werden, wobei die formelle Liquidation für später geplant war. Auch wenn damit gemäss den nach dem Bundesgericht hehren Absichten der Beteiligten keine Gläubiger hätten zu Schaden kommen sollen, verletzt dieses Vorgehen zentrale gesellschaftsrechtliche Bestimmungen. Die Transaktion bestehend aus Stillhalteabkommen und Asset Deal, ebenso wie die Restabwicklung und die Rückzahlungen von Bankkrediten ist entsprechend nichtig. Denn gute Absichten machen Gesetzesverstösse nicht ungeschehen, zumal sich die Absichten im vorliegenden

---

77 O'Neill (FN 44), Rz. 267; BSK OR II-Watter, Art. 718a N 3, im Allgemeinen; a.M. Gmünder (FN 50), Rz. 469; Böckli (FN 44), § 13 N 499 ff., § 17 N 79, bezüglich faktischer Liquidation im Allgemeinen, s. aber auch § 13 N 497 bezüglich faktischer Totalliquidation.

78 Gmünder (FN 50), Rz. 469; Böckli (FN 44), § 17 N 79, Fn 194, bezüglich faktischer Liquidation im Allgemeinen; s.a. Vischer (FN 44), 569.

79 BGE 116 II 320, E. 3a; dazu z.B. BK-Nobel, § 8 OR N 153 ff.; Böckli (FN 44), § 13 N 500.

80 Vischer (FN 38), 1406, im Zusammenhang mit der Kompetenzverschiebung vom Verwaltungsrat zur Generalversammlung bei einer Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft infolge eines nicht behebbaren Interessenkonflikts im Verwaltungsrat.

81 Zur noch weitergehenden, allerdings nicht unumstrittenen, Anordnung der ordentlichen Liquidation und Einsetzung eines Liquidators gemäss Art. 731b OR Bezirksgericht Appenzell I.Rh., wiedergegeben und implizite gutgeheissen in BGE 142 III 629, E. 2.3.2; Eidg. Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 1/09, 12.3.2009, Ziff. 6, REPRAX 1/2009, 15, 18; Pierre-Alain Recordon, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010, 1, 5.

82 Böckli (FN 44), § 13 N 501 Fn 1306; ihm folgend und noch weitergehend Schenker, Unternehmenskauf (FN 50), 34, und Schenker, Verkauf (FN 50), 307, der auch einen genehmigenden, nicht formellen Generalversammlungsbeschluss wie z.B. einen Déchargebeschluss für genügend hält.

83 S. OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14 mit dem gleichen Fazit in Bezug auf eine nachträgliche Genehmigung einer gemäss Art. 678 OR verbotenen Ausschüttung durch die Generalversammlung ausserhalb eines formellen Dividendenbeschlusses.

84 Z.B. BSK OR I-Huguenin/Meise, Art. 19/20 N 53.

85 Z.B. BGE 129 III 209, E. 2.2; BGE 114 II 329, E. 2b; BSK OR I-Huguenin/Meise, Art. 19/20 N 53.

86 S. Ziff. II.3.7.

87 S. der vom Bundesgericht vielfach verwendete Textbaustein: «Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; …» (z.B. Urteil 4A_129/2020 vom 28.10.2020, E. 1.2; Urteil 4A_29/2020 vom 27.8.2020, E. 2.2; Urteil 4A_43/2020 vom 16.7.2020, E. 1.2); s.a. Vischer (FN 38), 1408; Vischer/Galli/Schlegel (FN 70), 748.

Fall nicht umsetzen liessen, endete die A. AG doch in der Nachlassliquidation bzw. in einem (bestätigten) Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Daran ändert nichts, dass die vorliegende Transaktion offenbar von der Generalversammlung der A. AG abgesegnet wurde, hilft doch in einer Situation wie der vorliegenden wie ausgeführt einzig ein rechtzeitiger formeller Liquidationsbeschluss, und nicht ein anderer Generalversammlungsbeschluss. Letzterer ist wie ausgeführt nichtig.[88]

Hätte das Bundesgericht die Nichtigkeit der ganzen Transaktion erkannt, wäre klar gewesen, dass kein (infolge einer ungültigen Transaktion) tauglicher Sanierungsplan und damit auch kein Sanierungsdarlehen vorlag, weshalb es die Anfechtungsklage hätte gutheissen müssen.

Die Nicht-Sanktionierung der hier vorgenommenen faktischen Liquidation durch das Bundesgericht ist erstaunlich, zumal es Nachahmer anspornen könnte. Von einer Nachahmung ist aber dringend abzuraten, zumal bei einer faktischen Liquidation neben der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe[89] und unangenehmen steuerlichen Folgen für die Beteiligten[90] durchaus auch strafrechtlich relevante Tatbestände, wie ungetreue Geschäftsbesorgung[91] und Konkursdelikte wie die Gläubigerschädigung,[92] zur Diskussion stehen können,[93] v.a. dann, wenn es im Rahmen der faktischen Liquidation zu Substanzentnahmen durch nahestehende Personen kommt.

Vielmehr ist Personen, welche sich in der gleichen Situation wie die Personen im vorliegenden Fall befinden, zu raten, entweder den formellen Liquidationsbeschluss vorab zu fassen oder andere Sanierungsmethoden in Erwägung zu ziehen, also z.B. gleich von Anfang an den Weg des Nachlassverfahrens zu beschreiten, zumal dieses, wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall richtig bemerkte, durch das am 1.1.2014 in Kraft getretene neue Nachlassrecht erleichtert wurde und weiter erleichtert werden wird.[94]

3.5 Ausblick auf das neue Aktienrecht

Wäre das neue Aktienrecht[95] in der Zeit, in der sich der vorliegende Fall abspielte, bereits in Kraft gewesen, würde sich an seiner rechtlichen Beurteilung gemäss den vorstehenden Ausführungen nichts ändern. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die bisherige Praxis zur faktischen Liquidation auch unter dem neuen Aktienrecht fortgeführt wird. Die Botschaft zum neuen Aktienrecht[96] hält im Zusammenhang mit der gegenüber dem Entwurf von 2007[97] aufgegebenen Möglichkeit einer obligatorischen Genehmigungskompetenz von Beschlüssen des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung[98] unter Hinweis auf BGE 116 II 320, E. 3a, denn auch Folgendes fest: «Die Aktiengesellschaft zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Verwaltungsrat sämtliche geschäftsführenden Handlungen vornehmen kann, sofern diese nicht zu einer (faktischen) Liquidation der Gesellschaft oder zu einer Änderung des Zwecks führen.»

IV. Bedeutung für die Praxis

Das hier besprochene Urteil ist insofern für die Praxis bedeutsam, als es in Erinnerung ruft, dass die Absichtspauliana nicht zum Zweck hat, einen – konkreten und glaubwürdigen – Versuch zur Rettung des Schuldners mit Hilfe von Dritten zu verunmöglichen oder gefährlich zu machen. Entsprechend bestätigt und wiederholt es anschaulich seine Praxis zum Sanierungsdarlehen.

Das Urteil ist aber auch insofern für die Praxis relevant, als es auch aufzeigt, dass bei Sanierungsfällen in der Praxis eine rechtlich «interdisziplinäre» Betrachtungsweise notwendig ist, um allseitig tragfähige Lösungen wie hier eine anfechtungsresistente Sanierung zu erreichen, es also nicht genügt, einen Fachbereich wie hier das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zu beachten, aber andere Bereiche wie hier das Gesellschaftsrecht aussen vor zu lassen.[99]

---

88 S. Ziff. III.3.2.

89 Z.B. Vischer (FN 44), 569; Wettenschwiler (FN 47), 69 ff.

90 Z.B. aufgrund von Art. 15 VStG (dazu z.B. Urteil 2C_868/2010 vom 19.4.2011, E. 3; Urteil 2C_812/2010 des Bundesgerichts vom 23.3.2011, E. 6; Urteil 2C_502/2008 des Bundesgerichts vom 18.12.2008, E. 5; BGE 115 Ib 274, E. 14b ff.)

91 Art. 158 StGB.

92 Art. 164 StGB; s.a. BSK StGB II-Hagenstein, Art. 164 N 37 i.V.m. vor Art. 163–171bis N 8 ff., wonach der bestätigte Nachlassvertrag die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 164 StGB erfüllt.

93 Wettenschwiler (FN 47), 68 f., 77.

94 S. z.B. BBl 2020, 5635 f. mit Änderungen im SchKG im Zusammenhang mit dem neuen Aktienrecht.

95 Voraussichtliches Inkrafttreten: 2022, soweit es noch nicht in Kraft getreten ist (Medienmitteilung des Bundesrats, des EJPD, des BJ und des EFD vom 11.9.2020, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-80358.html, besucht am 30.1.2021).

96 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 399, 456.

97 BBl 2008, 1751.

98 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21.12.2007, BBl 2008, 1589, 1611.

99 S.a. das ähnlich problematische Urteil 5A_767/2019 vom 26.2.2020 und die Bemerkung dazu von Sylvain Marchand, SJ 2020 I, 481, wonach dem Verkauf praktisch des ganzen Vermögens der Aktiengesellschaft durch diese selbst nicht allein mit der Pauliana beizukommen sei.