

Daniel Hunkeler*

Anfechtbarkeit von Zahlungen für Beratungsdienstleistungen mit Sanierungskontext

Besprechung von BGE 137 III 268 ff.

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
- III. Würdigung

Kernsätze

1. Der anfechtungsrelevante Sanierungsbegriff ist eine Rechtsfrage.
2. Zahlungen für Beratungsdienstleistungen im Rahmen eines Sanierungsverfahrens unterliegen nicht der Absichtsanfechtung, wenn die Gesellschaftsorgane zum relevanten Zeitpunkt von Erfolg versprechenden Sanierungsbemühungen ausgehen durften und die nachträgliche Begleichung der Rechnung im Rahmen des ordentlichen Geschäftsablaufes erfolgte.

I. Sachverhalt

Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren in Zivilsachen vor Bundesgericht war die SAirGroup AG in Nachlassliquidation («SAirGroup»), mithin die ehemalige Dachholdinggesellschaft des Swissair-Konzerns. Ihr stand die weltweit tätige Unternehmensberatungsfirma X. als Beschwerdegegnerin gegenüber. Die SAirGroup AG («SAirGroup AG») nahm zwischen November 2000 und Mitte Mai 2001 Beratungsdienstleistungen der X. in Anspruch. Am 16. Mai 2001 bezahlte die SAirGroup AG Rechnungen der X. für die Monate Januar, Februar und März 2001 von total CHF 2'887'984.– sowie am 27. Juli 2001 jene für die Monate April und Mai 2001 von total CHF 1'115'812.–. Diese Überweisungen (abzgl. MwSt) wurden von der SAirGroup gestützt auf Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) angefochten. Mit Urteil vom 24. September 2008 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Anfechtungsklage ab. Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsklage wies das Kassa-

tionsgericht des Kantons Zürich mit Zirkulationsbeschluss vom 30. April 2010 ab, soweit es darauf eintrat. Die SAirGroup gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen vom 9. Juni 2010 an das Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils sowie des kassationsrechtlichen Beschlusses und die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung von CHF 3'721'000.– nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 2005, eventualiter Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht. Das Bundesgericht (II. Zivilabteilung) wies die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat.

Der massgebende Sachverhalt wird im Urteil sehr einlässlich geschildert. Er wird nachfolgend in aller Kürze wie folgt zusammengefasst:

Im Laufe des Geschäftsjahres 2000 akzentuierten sich die Probleme des Swissair-Konzerns mit der «Hunter»-Strategie, weshalb die SAirGroup AG einerseits im Sommer 2000 das Beratungsunternehmen McKinsey & Company («McKinsey») mit der Erarbeitung eines umfassenden Überblicks über ihre finanziellen Perspektiven sowie mit einer Darstellung des gesamten Risikos der Gruppe beauftragte (sogenanntes Projekt «Shield») und andererseits im Herbst 2000 die X. damit, strategische Alternativen für den Konzern auszuarbeiten (sogenanntes Projekt «Chess»). Dabei schlossen die SAirGroup AG und die X. am 28. September 2000 eine Rahmenvereinbarung ab, gemäss welcher die X. vor allem auf den Gebieten Airline, Restrukturierung und Mergers & Aquisitions zur Beratung beigezogen werden sollte.

Im Laufe ihrer Beratungstätigkeit nahm die X. verschiedentlich Berichte von McKinsey zur Kenntnis. Aus diesen ergab sich jeweils, dass die finanzielle Situation der Gruppe und der SAirGroup AG zwar schwierig und teilweise kritisch war, dass jedoch weiterhin Sanierungschancen bestanden. Die X. nahm an verschiedensten Verwaltungsratssitzungen der SAirGroup AG teil und erstatte dabei jeweils Berichte mit dazugehörigen Empfehlungen zum weiteren Vorgehen, insbesondere zur Strategie. Dabei kam die X. nie zum Schluss, dass die Lage der SAirGroup AG aussichtslos sei. Die Sa-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner bei Baur Hürliemann AG, Zürich und Baden. Er ist Autor verschiedenster Publikationen und u.a. Leiter der Fachgruppe Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV).

nierungschancen wurden jeweils als intakt bezeichnet, wenn freilich unter verschiedensten Vorbehalten und mit Empfehlungen von zu treffenden Sanierungsmassnahmen.

An der Konzernleitungssitzung vom 18. April 2001 orientierte der neue Verwaltungsratspräsident der SAirGroup AG, Mario Corti, darüber, dass KPMG inskünftig den Swissair-Konzern bei der «Sanierung» beraten werde. Am 9. Mai 2001 erstellte die X. zwar noch eine weitere Präsentation, doch an der Konzernleitungssitzung vom 16. Mai 2001 wurde sie dahingehend informiert, dass ihr Mandat per 30. Juni 2001 beendet sei. Gleichentags wurden ihre Rechnungen für die Monate Januar bis März 2001 im Gesamtbetrag von CHF 2'887'984.– (inkl. MwSt) bezahlt. Mitte Juli 2001 erkundigte sich die X. bei der SAirGroup AG nach der Bezahlung der Rechnungen für die Monate April und Mai 2001 im Gesamtbetrag von CHF 1'115'812.– (inkl. MwSt), welche ihr von dieser am 27. Juli 2001 bezahlt wurden.

An der Verwaltungsratssitzung vom 25. April 2001 teilte Mario Corti mit, dass verschiedene Grossbanken der SAirGroup AG ein Finanzpaket von CHF 1 Mia. zugesichert hätten, womit die Liquiditätsbedürfnisse der Gruppe für die nächsten Monate sichergestellt seien. Die Einräumung dieser Kreditlinie wurde auch an der anschliessenden Generalversammlung der SAirGroup AG bekannt gegeben, verbunden mit der Mitteilung, dass die Sanierung der Gruppe ohne Gefährdung der Liquidität in Angriff genommen werden könne. In der Folge kommunizierte die SAirGroup AG gegen aussen mehrfach die Vornahme weiterer Sanierungsschritte, so etwa der Verkauf von nicht betriebsnotwendigen Aktiven und die Ausarbeitung eines neuen Restrukturierungsplans, welcher gute Erfolgsaussichten habe.

II. Erwägungen und Entscheid

Die SAirGroup rügte vor Bundesgericht u.a. eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 Abs. 1 BGG) bzw. eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung/ Beweiswürdigung. Das Bundesgericht hielt der SAirGroup entgegen, sie hätte nicht die Sachverhaltsfeststellungen durch das Handelsgericht als unrichtig rügen müssen, sondern diejenige des Kassationsgerichts. Indem einzig das Handelsgericht als Vorinstanz bezeichnet worden sei, sei mit Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung der falsche Entscheid angefochten worden und es könne auf die betreffenden Rügen nicht eingetreten werden.¹ Analoges wurde der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Rüge der angeblichen Gehörs-

verletzung (Art. 29 Abs. 2 BV) entgegengehalten.² Als Folge davon wurden dem bundesgerichtlichen Urteil bzw. den rechtlichen Erwägungen unverändert die vom Handelsgericht getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zu Grunde gelegt (Art. 105 Abs. 1 BGG).³

Das Handelsgericht würdigte den Sachverhalt dahingehend, dass die Beratertätigkeit der X. spätestens mit Beginn des Jahres 2001 mit der Sanierung der SAirGroup AG im Zusammenhang gestanden habe und insoweit von einer Sanierungsberatung zu sprechen sei.⁴

Bezüglich des anfechtungsrechtlichen Sanierungsbegriffs erwog das Handelsgericht, in der Wirtschaft sei «Unternehmenssanierung» der Sammelbegriff für alle Massnahmen zur Wiederherstellung existenzhaltender Gewinne. Der Sanierungsbegriff vereine alle betriebswirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Massnahmen zur Problembewältigung. Es könne zwischen strategischen (z.B. Optimierung der Geschäftsfelder, einschliesslich Desinvestitionen, organisatorische Aufbau- und Ablauforganisation, einschliesslich Stellenabbau), finanziellen (z.B. Optimierung der vorhandenen und Erschliessung neuer Finanzierungs- und Kapitalquellen) und behavioristischen (z.B. Optimierung der Führungskultur und des Unternehmensauftritts) Sanierungsmassnahmen unterschieden werden. Das Suchen neuer Finanzierungsquellen («Sanierungsdarlehen») stelle somit nur eine mögliche Sanierungsmassnahme nebst vielen anderen dar. Was die Beratung anbelange, könne diese beispielsweise fachliche Entscheidungen und Veränderungen oder Organisations- und Personalfragen betreffen. Der typische Beratungsprozess sei gekennzeichnet durch eine Situationsanalyse (Ist-Aufnahme und Zielformulierung [soll-Zustand]). Es folgten sodann die Konzeptentwicklung, die Massnahmen sowie die Massnahmenkontrolle. Stehe die Beratertätigkeit – wie vorliegend – im Zusammenhang mit der Sanierung, so könne von Sanierungsberatung gesprochen werden.⁵

Das Bundesgericht stellte klar, dass das Handelsgericht den anfechtungsrelevanten Sanierungsbegriff richtig umschrieben habe. Weiter hielt es fest, dass dieser Begriff eine Rechtsfrage sei und entgegen der Auffassung der SAirGroup nicht mit der aktien- bzw. bilanzrechtlichen Sanierungsdefinition im Sinne von Art. 725 OR gleichgesetzt werden könne.⁶

Die Beschwerdeführerin machte eine Verletzung von Art. 288 SchKG und von Art. 8 ZGB geltend. Im Zusammenhang mit letzterer Norm habe die SAirGroup vorgebracht, dass es Sache der X. gewesen wäre, im

² BGE 137 III 268 E. 1.3 S. 279.

³ BGE 137 III 268 E. 2 S. 279.

⁴ BGE 137 III 268 E. 2.2 S. 280.

⁵ BGE 137 III 268 E. 2.3 S. 280 f.

⁶ BGE 137 III 268 E. 4.2.2 S. 284.

¹ BGE 137 III 268 E. 1.2 S. 278 f.

Einzelnen und konkret darzulegen, dass die von ihr erbrachten Leistungen zum besonderen Zweck der Sanierung erfolgt seien. Indem das Handelsgericht ohne entsprechende Behauptungen von erfolgsversprechenden Sanierungsbemühungen bzw. von Sanierungsleistungen seitens der X. ausgegangen sei, habe es Art. 8 ZGB verletzt. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, dass die Anfechtungsklägerin für die drei Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 288 SchKG beweispflichtig sei. Zudem sei das Handelsgericht im Rahmen der Beweiswürdigung zum Schluss gekommen, dass die X. Sanierungsdienstleistungen erbracht habe und diese im betreffenden Zeitpunkt nicht aussichtslos gewesen seien, weshalb die Beweislastverteilung ohnehin gegenstandslos geworden sei.

In Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 288 SchKG erwog das Handelsgericht, es sei zwar das objektive Merkmal der Gläubigerschädigung erfüllt, namentlich wegen der Kreditierung der von X. erbrachten Leistungen und weil diese im Konkurs nicht verwertbar seien. Angesichts dieser Tatsachen bzw. vor dem Hintergrund der erfolgsversprechenden Sanierungsbemühungen habe bei den subjektiven Merkmalen der Schädigungsabsicht unter der Erkennbarkeit analog zum Sanierungsdarlehen ein weniger strenger Massstab zu gelten, zumal Sach- und Dienstleistungen nicht unterschiedlich behandelt werden dürften. Alle Formen der Sanierungsbemühungen dienten dem gleichen Zweck und stünden letztlich im Interesse aller Gläubiger. Ein anders lautender Entscheid würde es dem Schuldner faktisch verunmöglichen, während einer Sanierung irgendwelche Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, insbesondere solche von Unternehmensberatern.⁷

Bei der Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Schädigungsabsicht des Schuldners knüpfte das Bundesgericht an die in BGE 134 III 615 E. 5.3 S. 622 f. publizierte Rechtsprechung an. In jenem Urteil, dem sogenannten «Tempus-Entscheid», wurde festgehalten, dass bei der Honorierung von Beratungsdienstleistungen einer Revisionsstelle im Zusammenhang mit der Erarbeitung eines Business- und Finanzierungsplanes zwecks Weiterführung der Aktivitäten der betroffenen Gesellschaften keine Schädigungsabsicht anzunehmen sei, wenn die Fortführung des Betriebes nicht aussichtslos war und im Übrigen die Begleichung der Rechnungen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsablaufes erfolgt sei. Ein Schuldner in der betreffenden Situation habe keinen auf Schädigung der anderen Gläubiger gerichteten Willen, indem er eine Benachteiligung der anderen Gläubiger als notwendige Nebenfolge billigend in Kauf nehmen würde. Davon sei auch vorliegend auszugehen, zumal gemäss den für das Bundesgericht

verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen des Handelsgerichts die Beratungsdienstleistungen zum Zweck der Sanierung der SAirGroup AG erfolgt seien. Es müsse genügen, wenn die Beratung zum Ziel hatte, den Turnaround des Schuldners zu schaffen und dieser seinerzeit nicht unrealistisch gewesen sei, indem im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen ein Fallieren noch nicht «so gut wie sicher bzw. als unabwendbar anzusehen war». Da keine Schädigungsabsicht der X. nachgewiesen sei, erübrigten sich Prüfungen zum Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit.

III. Würdigung

Inwieweit die Feststellungen des Bundesgerichts zutreffend sind, wonach in der erhobenen Beschwerde in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellungen das falsche Urteil angefochten worden sein soll, kann hier nicht beurteilt werden. Jedenfalls wurde in der Beschwerde offenbar auch die Aufhebung des Beschlusses des Kassationsgerichts verlangt.⁸ Die Bindung des Bundesgerichts an den vom Handelsgericht festgestellten Sachverhalt war für die Beschwerdegegnerin gewissermassen schon die «halbe Miete» in Bezug auf den Prozessausgang.

Mit seinem Urteil schafft das Bundesgericht Rechtssicherheit bei Unternehmensberatern und finanziell notleidenden Schuldern, die auf Sanierungsberatung angewiesen sind. Das Bundesgericht liegt dabei auf der Linie der mit dem sogenannten «Tempus-Entscheid» bestätigten *sanierungsfreundlichen* Rechtsprechung.⁹ In der Sanierungsberatung geht es gerade darum, einen Schuldner bzw. dessen Unternehmen zu retten, was letztlich auch im Interesse der Gläubiger liegt, und nicht darum, auf unlautere Weise Vollstreckungssubstrat des Schuldners beiseite zu schaffen, das sich bei normalem Geschäftsgebaren noch in der Masse vorgefunden hätte.¹⁰ Darum musste es im beurteilten Fall genügen, dass die Sanierungsberatung in einem nicht hoffnungslosen Sanierungsprozess erfolgt war, und dass der Schuldner auch im Zeitpunkt der nachträglichen Zahlung nicht erkennbar in einer ausgewegenen Situation war, sondern die Zahlung gegenteils im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsganges des Schuldners erfolgte.

Anders zu entscheiden hätte bedeutet, dass die Sanierungsberatung in vielen Fällen gar nicht mehr erfolgen kann und in jedem Fall vom Schuldner eine vollum-

⁸ Vgl. BGE 137 III 268 S. 277 (Sachverhalt lit. D).

⁹ BGE 134 III 615 E. 5.3 S. 622 f.; vgl. vorletzter Absatz hiervor; vgl. auch etwa BRIGITTE UMBACH-SPAHN, Pauliana und Sanierung, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, 2011, S. 157 ff.; HANS-UELI VOGT/THOMAS KÄSER, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction, in: GesKR 4/2009, S. 483 ff.

¹⁰ Vgl. dazu BGE 136 III 247 E. 2 S. 250.

⁷ BGE 137 III 268 E. 2.4 S. 281.

fängliche Vorauszahlung erfolgen müsste. Im Einzelfall kann der Nachweis eines Begünstigten im paulianischen Anfechtungsprozess noch schwierig genug sein, dass er eine Sanierungsberatung gemäss der bundesgerichtlichen Begriffsbeschreibung erbracht hat,¹¹ und dass die Sanierungsbemühungen des Schuldners nicht aussichtslos waren und der Schuldner auch im Zeitpunkt der Zahlung nicht schon dem Untergang geweiht war.

Letztlich liegt der Entscheid auch auf der Linie der sanierungsfreundlichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Sanierungsdarlehen, auf welche das Handelsgericht in seiner Urteilsbegründung massgebend abgestellt hatte. Mit jener Rechtsprechung wurde es als zulässig erklärt, dass einem Schuldner in einem Sanierungsprozess ein ungesichertes Darlehen zum Zwecke der Sanierung gewährt wird, welches dem Darlehensgläubiger nach Scheitern der Sanierungsbemühungen wieder zurückbezahlt werden darf.¹² Entgegen dem Handelsgericht stellte das Bundesgericht jedoch fest, dass im beurteilten Fall für die Schädigungsabsicht und für die Erkennbarkeit kein weniger strenger Massstab gelten müsse als beim Sanierungsdarlehen, wo Leistung und Gegenleistung als Einheit zu würdigen seien. Vielmehr werde bei der Sanierungsberatung die Beratungsdienstleistung in Anspruch genommen und erfolge deren Bezahlung hernach als gesonderter Akt, weshalb letztere grundsätzlich eine gläubigerschädigende Handlung darstelle. Unter den geschilderten Voraussetzungen fehle es jedoch sowohl bei der Inanspruchnahme der Dienstleistung wie auch bei deren Bezahlung schlechterdings an einer Schädigungsabsicht des Schuldners.¹³

¹¹ Vgl. dazu BGE 137 III 268 E. 2.3 S. 280 f. und E. 4.2.3 S. 286 f.

¹² BGE 134 III 452 E. 5.2 und 5.3 S. 458 f.; vgl. dazu etwa SUSAN EMMENEGGER, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, 2010, S. 153 ff.

¹³ BGE 137 III 268 E. 4.2.3 S. 285–287.