

Schulthess Juristische Medien AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass pauliana-praxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich machen kann.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Schulthess Juristische Medien AG.
www.schulthess.com

22.**Art. 288, 292, 331 SchKG. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Deliktspauliana. Verwirkungfrist.**

Die Klagefrist beginnt mit Genehmigung des Nachlassvertrages zu laufen (E. III.). Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht (E. IV. – E. VII.).

Aus einem Urteil des Handelsgerichts:
Rechtsbegehren:

«Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 80516263.90 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 8. Juni 2005 zu bezahlen.»

Das Gericht zieht in Erwägung:

«I. Die Beklagte (fortan «BANK») hatte der Klägerin (fortan «Group») im Jahre 1999 einen Blankokredit mit einer Limite von CHF 100 Mio. gewährt. Der Kredit wurde voll ausgeschöpft. Unter folgenden Daten erfolgten Rückzahlungen:

- 21.08.2001 (Valuta 22.08.2001) CHF 30 Mio. plus CHF 234222.20 Zins;
- 05.09.2001 (Valuta 06.09.2001) CHF 30 Mio. plus CHF 153708.35 Zins;
- 27.09.2001 (Valuta 27.09.2001) CHF 20 Mio. plus CHF 128333.35 Zins.

Diese Beträge werden gestützt auf Art. 288 SchKG (Anfechtungspauliana) zurückgefordert.

II. Die Klage datiert vom 16. November 2005. Sie wurde am 20. Februar 2006 beantwortet. Die Referentenaudienz vom 13. April 2006 führte zu keinem Vergleich. In der Verfügung des Instruktionsrichters vom 21. April 2006 ergingen Substanziierungshinweise. Die weiteren ordentlichen Rechtsschriften datieren vom 28. August 2006 und vom 10. November 2006.

III.1 Für den *Konkursfall* und für die *Betreibung auf Pfändung* enthält das Gesetz in den Art. 285–292 SchKG gemeinsame Bestimmungen bezüglich der Anfechtung von Rechtshandlungen, wodurch Vermögenswerte wieder der Zwangsvollstreckung zugeführt werden sollen. Das Anfechtungsrecht ist dabei an Verwirkungsfristen gebunden. Es verwirkt gemäss Art. 292 SchKG bei Verstreichenlassen von zwei Jahren seit der Konkurseröffnung bzw. seit Zustellung des Pfändungsverlustscheines.

III.2 Im Rahmen der Regelung des *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* (Art. 317 ff. SchKG) findet sich die Verweisungsnorm von Art. 331 SchKG betreffend «Anfechtung von Rechtshandlungen». In deren Absatz 1 heisst es: «Die vom Schuldner vor der Bestätigung des Nachlassvertrages vorgenommenen Rechtshandlungen unterliegen der Anfechtung nach den Grundsätzen der Artikel 285–292». Und in Absatz 2: «Massgebend für die Berechnung der Fristen ist anstelle der Pfändung oder Konkurseröffnung die Bewilligung der Nachlassstundung ...».

III.3 Es ist unbestritten, dass vorliegend im Falle des Beginns des Fristenlaufes im Zeitpunkt der *Bewilligung der Nachlassstundung* die Verwirkungfrist abgelaufen und bei Beginn im Zeitpunkt der *Genehmigung des Nachlassvertrages* dieselbe eingehalten worden wäre. Es gilt zu entscheiden, welcher Rechtsakt den Fristenlauf auslöste.

III.4 Die Frage wurde soweit bekannt höchstrichterlich bisher nicht entschieden. Zwar führte das Bundesgericht in BGE 125 III 154 ff. im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage, ob übergangsrechtlich im Nachlassverfahren eine Forderung nach der alten oder neuen Privilegienordnung zu kollozieren sei, aus, dass gemäss Art. 331 Abs. 2 SchKG für die Berechnung der Frist zur Anfechtung von Rechtshandlungen anstelle der Konkurseröffnung oder der Pfändung die Bewilligung der Nachlassstundung massgeblich sei (BGE 125 III 158). Dies wird aber nicht näher erläutert und es wird nicht gesagt, welche Frist damit gemeint ist. Der Hinweis erfolgte vielmehr nur als einer von verschiedenen Belegstellen dafür, dass im Nachlassverfahren die Bewilligung der Nachlassstundung gleichartige Wirkungen wie Konkurseröffnung und Pfändungsvollzug zeitige (BGE 125 III 157). Ob die Feststellung gleichartiger Wirkungen auch im Zusammenhang mit der Frage der Verwirkung des Anfechtungsrechts nach Art. 292 SchKG zutrifft, ist nachfolgend näher zu prüfen.

III.5 Im Übrigen sind aus der Rechtsprechung nur ein Vorentscheid des Kantonsgerichts des Kantons Zug vom 16. August 2006 sowie ein Urteil des Handelsgerichtes des

Kantons Zürich vom 12. Dezember 2006 (HG050388) bekannt, denen gemäss die zwei-jährige Verwirkungsfrist des Art. 292 SchKG mit der Bestätigung des Nachlassvertrages beginnt.

III.6 In der Literatur werden unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten, ob die Bewilligung der Nachlassstundung oder die Bestätigung des Nachlassvertrages die Frist des Art. 292 SchKG auslöse. Gemäss Art. 331 Abs. 2 SchKG ist für die Berechnung der Fristen *anstelle der Pfändung oder Konkursöffnung* die Bewilligung der Nachlassstundung massgebend. Nach ihrem Wortlaut ist diese Bestimmung nicht für sämtliche Fristen im Zusammenhang mit der Anfechtung im Sinne von Art. 285–292 SchKG massgebend, sondern eben nur für diejenigen, die im Pfändungs- und Konkursverfahren an die Pfändung oder Konkursöffnung anknüpfen. Andernfalls wäre der besondere Hinweis darauf unnötig gewesen. Nach dem Gesetzeswortlaut sind Pfändung oder Konkursöffnung nur gemäss Art. 286–288 SchKG, also für die sog. Verdachtsfristen, fristbestimmend. Dass dies auch so gewollt war, ergibt sich aus der Botschaft des Bundesrats (BBl 1991 Bd. III N 210.69). Demgegenüber ist für die Verwirkung der Anfechtung gemäss Art. 292 SchKG die *Zustellung des Pfändungsverlustscheins* oder die Konkursöffnung relevant. Somit findet Art. 331 Abs. 2 SchKG keine direkte Anwendung auf die Anfechtungsfrist.

III.7 Wenn Art. 331 Abs. 1 SchKG auf Art. 285–292 SchKG verweist, so führt dies bezüglich Verwirkung zunächst nicht weiter, weil wie gesehen in Art. 292 SchKG kein Fristauslösungsmoment genannt wird, das es im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gäbe. Da aber Art. 331 Abs. 1 SchKG auf die Grundsätze der verwiesenen Normen verweist, ist zu fragen, welche *Grundsätze* Art. 292 SchKG (Fristauslösung durch Zustellung des Pfändungsverlustscheins oder durch Konkursöffnung) zugrunde liegen und wie diesen beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nachzuleben ist.

III.8 Hatte aArt. 292 SchKG den Beginn der Frist für die Anfechtungsklage an die anfechtbare Handlung geknüpft, wurde mit der

Revision 1994 eine klare Trennung der Zeitbestimmungen in den Anfechtungstatbeständen herbeigeführt. Während wie gesehen für die sog. Verdachtsfristen gemäss Art. 286–288 SchKG die Pfändung oder Konkursöffnung massgebend sind, lässt Art 292 SchKG die Anfechtungsfrist mit der Zustellung des Pfändungsverlustscheins oder der Konkursöffnung beginnen. Dies ist kongruent mit Art. 285 Abs. 2 SchKG, der die Anfechtungsberechtigung regelt. Daraus ergibt sich, dass im Zeitpunkt, in dem die Anfechtungsberechtigten feststehen (der Gläubiger, der einen Pfändungsverlustschein erhalten hat, oder die Konkursverwaltung) und somit das Anfechtungsrecht überhaupt ausgeübt werden kann, auch die Anfechtungsfrist gemäss Art. 292 SchKG zu laufen beginnt.

III.9 Davon ausgehend ist auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zu prüfen, wann ein Anfechtungsrecht nach Art. 285–292 SchKG entsteht, und es muss die Anfechtungsfrist in diesem Zeitpunkt beginnen, wenn die gleichen Grundsätze wie im Pfändungs- und Konkursverfahren gelten sollen. Mit Bewilligung der Nachlassstundung und auch noch während der ganzen Stundungsphase besteht noch kein Anfechtungsrecht. Dem Sachwalter und der Gläubigerversammlung steht gemäss Art. 299–302 SchKG kein Recht auf Anfechtung von Rechtshandlungen gemäss Art. 285–292 SchKG zu. Dies wäre auch nicht sachgerecht, denn zu diesem Zeitpunkt ist der Ausgang des Nachlassverfahrens noch offen. Es kann zu einem bestätigten Nachlassvertrag kommen; es ist aber auch möglich, dass der Nachlassvertrag abgelehnt oder die Nachlassstundung widerrufen wird. Wenn in diesen beiden letztgenannten Fällen die Gläubiger die sofortige Konkursöffnung über den Schuldner verlangen (Art. 309 SchKG), beginnt die Anfechtungsfrist mit der Konkursöffnung. Dies ergibt sich direkt aus Art. 292 SchKG, zumal (anders als für die Verdachtsfristen: vgl. Art. 288a Ziff. 1 SchKG) keine andere Regelung für den Fall eines vorausgegangenen Nachlassverfahrens besteht. Die Anfechtungsfrist beginnt somit in diesen Fällen erst nach Abschluss der Stundungsphase. Es drängt sich auf, dies auch im

Fall des Zustandekommens eines Nachlassvertrages gleich zu halten. Diesfalls wird die Stundungsphase mit der Bestätigung des Nachlassvertrages abgeschlossen. Von da an wird der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung durch den Liquidator unter Aufsicht des Gläubigerausschusses nach ähnlichen Verfahrensgrundsätzen wie der Konkurs vollzogen. Namentlich ist der Liquidator zur Erhebung eines Anfechtungsanspruchs (im Sinne von Art. 331 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 285–292 SchKG) berechtigt, der – wie im Konkursverfahren – auch an die Gläubiger abgetreten werden kann (Art. 325 SchKG). Mit Bezug auf die Liquidation entfaltet somit erst die Bestätigung des Nachlassvertrages und nicht schon die Bewilligung der Nachlassstundung gleichartige Wirkungen wie die Konkursöffnung. Somit ist dies auch der Zeitpunkt, der nach den Grundsätzen der Art. 285–292 SchKG die Anfechtungsfrist auslöst.

III.10 Im vorliegenden Fall wurde die Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung am 26. Juni 2003 rechtskräftig. Die Klägerin leitete die Klage am 17. Juni 2005 beim Friedensrichteramt ein. Damit hat sie die Zweijahresfrist des Art. 292 SchKG eingehalten. Die Weisung wurde am 11. August 2005 ausgestellt. Am 16. November 2005 (Datum des Poststempels) machte die Klägerin die Klage durch Einreichung der Weisung, somit unter Berücksichtigung der Gerichtsferien entsprechend § 101 ZPO innert drei Monaten seit Ausstellung der Weisung rechtzeitig rechtshängig. Demgemäss hat die Klägerin die Frist zur Anfechtungsklage gewahrt.

IV.1 Gemäss Art. 288 SchKG i.V. mit Art. 331 Abs. 2 SchKG sind alle *Rechtshandlungen* anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Bewilligung der Nachlassstundung in der dem andern Teile *erkennbaren Absicht* vorgenommen hat, seine Gläubiger zu *benachteiligen* oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu *begünstigen*. Dass die angefochtenen Zahlungen unter diese Verdachtsfrist fallen, ist evident.

IV.2 Beide Parteien verwiesen (besonders im Hinblick auf die Schädigungsabsicht der

Schuldnerin) auf das *Präjudiz BGer. 4C.262/2002*, Urteil vom 19. Mai 2004. Dort heisst es u.a. (E. 5:1):

«Eine Schädigungsabsicht ... ist ... gegeben, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber andern bevorzugt. (...) Somit ist nicht erforderlich, dass die Schädigung der Gläubiger geradezu den Zweck des Rechtsgeschäftes bildet. Vielmehr genügt es, wenn die Schädigung mögliche Folge der Handlung ist und der Schuldner sie im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf nimmt, d.h. als solche in seinen Willensentscheid einbezieht. (...) Unklar ist, ob auch blosser Fahrlässigkeit des Schuldners genügt, wie dies die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts verwendete Formulierung vermuten lässt (...). Wenn das Gesetz nach seinem Wortlaut [Absicht] voraussetzt, kann blosser Fahrlässigkeit nicht genügen. (...) Wie die Bezeichnung als Deliktspauliana zeigt, ist bei Art. 288 aSchKG der bei den Beteiligten gegebene subjektive Befund das prägende Element des Anfechtungsstatbestandes, während bei den Tatbeständen von Art. 286 und 287 SchKG die objektiven Gegebenheiten der angefochtenen Rechtshandlungen ausschlaggebend sind (...). Eine blosser Nachlässigkeit des Schuldners beim Bedenken der möglichen Folgen seines Handelns könnte aber als grundlegende Rechtfertigung der schweren Sanktion der Anfechtbarkeit nicht genügen. (...) Der erforderliche Eventualvorsatz ist ein psychischer Sachverhalt. Soweit keine Äusserungen des Schuldners selbst vorhanden sind, muss aufgrund äusserer Sachumstände über die Frage des Eventualvorsatzes entschieden werden. Drängt sich bei objektiver Beurteilung für den Schuldner der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge des Handelns auf, so ist dies ein gewichtiges Indiz für seinen Eventualvorsatz (...).» [Art. 288 SchKG wurde auf den Beginn des Jahres 1997 neu gefasst, aber nicht im vorliegend relevanten Bereich].

Im *Entscheid des Handelsgerichts Zürich*, welcher zu obigen Erwägungen des Bundesgerichts führte (HG000347, Urteil vom 9. Juli 2002), hatte jenes erwogen, der (oft-

mals) vorhandenen Beweisnot des Anfechtungsklägers sei durch die Annahme natürlicher Vermutungen Rechnung zu tragen, welche der Anfechtungsbeklagte allenfalls widerlegen könne. Der Anfechtungskläger müsse dabei Indizien beweisen (was – das sei ergänzt – substanziierte Behauptungen und Bestreitungen voraussetzt), aus denen sich auf den Vorsatz schliessen lasse. Das Handelsgericht zitierte sodann zwei Autoren (*Schüpbach*, *Droit et actions révocataires*, Basel 1997; *Staehelin*, *SchKG III*, Basel 1998) mit folgenden Merksätzen:

- Einzelne Indizien genügen nicht zum Beweis, sondern verschiedene Indizien müssen zu einem übereinstimmenden Schluss führen (*Schüpbach*, a.a.O., N. 85 zu Art. 288 SchKG);
- Die Vermutung wird durch die finanzielle Bedrängnis des Schuldners und die vorausehbaren schädigenden Folgen der angefochtenen Rechtshandlungen geschaffen (*Staehelin*, a.a.O., N. 16 zur Art. 288 SchKG).
- Auf die Schädigungsabsicht kann geschlossen werden, wenn dem Gemeinschuldner diese Folge seines Handelns nicht verborgen sein konnte (*Schüpbach*, a.a.O., N. 72 zu Art. 288 SchKG).
- Die Überschuldung, der nahe Konkurs und die kritische Situation des Schuldners stellen Indizien dar (*Schüpbach*, a.a.O., N. 90 zu Art. 288 SchKG).
- Das Bewusstsein der Überschuldung allein genügt jedoch namentlich bei der Anfechtung von Erfüllungshandlungen nicht für den Nachweis der Schädigungsabsicht, da hier der Erfüllungscharakter der angefochtenen Rechtshandlung gegenüber dem Bevorzugungscharakter im Vordergrund stehen kann (*Staehelin*, N. 16 zu Art. 288 SchKG).

IV.3 In Bezug auf die *Erkennbarkeit* der schädigenden Absicht erwog das Handelsgericht in besagtem Entscheid:

«Zum ändern ist in subjektiver Hinsicht gefordert, dass die Schädigungsabsicht des Schuldners bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit für den begünstigten Dritten erkennbar war, wobei hier Fahrlässigkeit genügt. Bei Vorliegen von Anzeichen für eine schlechte Vermögenslage des Schuldners muss vom Begüns-

tigten verlangt werden, dass er sich über die Vermögenslage des Schuldners näher orientiert, z.B. durch die Einholung eines Auszuges aus dem Betreibungsregister. Anlass zu Verdacht und damit zu weiteren Abklärungen besteht insbesondere auch, wenn es sich um ungewöhnliche Rechtshandlungen wie die Tilgung einer beträchtlichen Forderung durch ein Gegengeschäft oder unentgeltliche Zuwendungen ohne nähere verwandtschaftliche oder freundschaftliche Beziehung handelt (*Staehelin*, N. 18 ff. zu Art. 288 SchKG). Die zu treffenden Massnahmen hängen von den erkennbaren Umständen ab. Die getroffenen Massnahmen sind mit den Massnahmen zu vergleichen, die zu treffen gewesen wären (*Schüpbach*, N. 87 zu Art. 288 SchKG)».

V.1 Das Klagefundament besteht aus einem mosaikartig zusammengesetzten Bild, welches die wirtschaftliche Lage der Group jedenfalls im Jahre 2001 vergleichbar einer Kugel auf schiefer Ebene zeichnet. Zur Veranschaulichung sei die *Zusammenfassung der klägerischen Darstellung* zitiert:

«Im Verlaufe des Jahres 2000 erkannten der Verwaltungsrat und die Konzernleitung der Group, dass die ...Gruppe in eine kritische finanzielle Verfassung geraten war. Die BANK, welche der Group als wichtiger Bankpartner unter anderem eine Kreditlimite von CHF 100 Mio. gewährt hatte, äusserte gegenüber der Group bereits Anfang März 2001 ihre Zweifel an deren Bonität. Auch andere Banken reagierten mit kritischen Fragen und Vorwürfen auf die negativen Pressemitteilungen des ersten Quartals 2001. Verschiedene Beratungsunternehmen analysierten die finanzielle Lage und die Risiken sowie den zukünftigen Liquiditätsbedarf der ...Gruppe und bewirkten durch ihre Berichte, dass der Verwaltungsrat der Group die Lage Anfang März 2001 als sehr ernst einstufte. S. trat nach sechswöchiger Amtsdauer als Chef der Lines und Mitglied der Konzernleitung am 7. März 2001 bereits wieder von seinem Amt zurück. Er hatte erkannt und dem Verwaltungsrat dargelegt, wie katastrophal die finanzielle Lage der Group tatsächlich war. Der Verwaltungsrat reagierte auf sein Warnschreiben vom 24. Februar 2001 aber nicht. Auch C.

glaubte bei seinem Amtsantritt als Verwaltungsratspräsident und CEO der Group Mitte März 2001 selber nicht an deren langfristiges Überleben und liess sich von der Group fünf Jahreslöhne im Betrag von über CHF 10 Mio. netto vorausbezahlen. In Anbetracht des drohenden Untergangs der Group liess der Verwaltungsrat ebenfalls im März 2001 von der Anwaltskanzlei ... ein Memorandum zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erstellen.

Die ... AG qualifizierte Ende März 2001 in einem schriftlichen Bericht an die Group deren bestehendes Eigenkapital als kaum mehr werthaltig und prognostizierte der Group bis Ende 2001 eine Überschuldung zwischen rund CHF 1,2 und 3,3 Milliarden. In einem persönlichen Gespräch zwischen C. und den obersten Vertretern der ... AG am 30. März 2001 bekräftigte die ... AG ihre Ansicht, dass eine finanzielle Restrukturierung der Group unter Beteiligung der Aktionäre und Finanzgläubiger unausweichlich sei.

Am 2. April 2001 gab die Group bekannt, dass im Geschäftsjahr 2000 ein rekordhoher Konzernverlust von über CHF 2,8 Milliarden eingetreten und die Eigenkapitalquote per 31. Dezember 2000 auf nur noch 5,7% zusammengeschrumpft war. Diese Mitteilung schlug in den Medien und an den Finanzmärkten wie eine Bombe ein. Die BANK empfahl in der Folge in ihrem Finanzanalysebericht vom 10. April 2001 den Verkauf von Group-Aktien.

Im zweiten Quartal 2001 verschlechterte sich die Finanzlage der Group weiter. Die BANK bemängelte mit Schreiben vom 18. Mai 2001 gegenüber der Group, dass deren finanzielle Situation nicht geregelt sei und keine konkreten Schritte zur Verbesserung der Situation bekannt seien. Ende Mai 2001 verlängerte die BANK den CHF-100-Mio.-Kredit an die Group nur noch um einen Monat. Vorher war der Kredit regelmässig für drei Monate fest gewährt worden. Zudem erhielt die BANK auf ihr Verlangen neu das Recht, jederzeit die sofortige Rückzahlung von CHF 50 Mio. zu fordern.

Am 11. Juni 2001 musste C. an einer Telefonkonferenz des Verwaltungsrates bekannt geben, dass sich die Gesellschaft in einem eigentlichen Überlebenskampf befand. In erster Priorität ging es nun darum,

die für das Überleben notwendigen liquiden Mittel zu beschaffen. Dies sollte hauptsächlich durch den Verkauf von Aktiven, insbesondere solcher der F. AG, geschehen. Bei der Planung dieser Massnahmen gingen das Management und der Verwaltungsrat der Group sowohl hinsichtlich des Zeithorizonts als auch in Bezug auf die realisierbaren Verkaufserlöse von unrealistischen Annahmen aus, obwohl allgemein bekannt ist, dass bei schnellen Verkäufen unter Zeitdruck nicht das beste Ergebnis erzielt werden kann. Am deutlichsten kam das angewandte «Hoffungsprinzip» beim Verkauf der Aktiven der F. AG zum Ausdruck. Die Flugzeuge, die verkauft werden sollten, waren in komplexe rechtliche Strukturen eingebunden. Die Verkäuflichkeit vor allem der grossen Flugzeuge war aufgrund der bestehenden Überkapazitäten in der Airline-Branche Mitte 2001 eingeschränkt. Trotzdem wurde davon ausgegangen, dass die Transaktionen rasch und preislich optimal abgewickelt werden könnten.

Die BANK befürchtete im Juni 2001 angesichts der schlechten Finanzlage der Group, dass andere Kreditgeber durch Kreditrückzahlungen seitens der Group besser gestellt werden könnten. Die Group musste sich daher, um eine weitere Verlängerung des 100 Mio. Kredites zu erhalten, mit Vereinbarung vom 2. Juli 2001 gegenüber der BANK verpflichten, diese umgehend über Kreditreduktionen anderer Banken zu informieren und die BANK erhielt das Recht, den Kredit in solchen Fällen sofort vollumfänglich oder in Teilbeträgen zu kündigen. Bei der Formulierung dieser Vereinbarung wurde die Problematik einer Gläubigerbevorzugung zwischen den Parteien zur Sprache gebracht.

Am 17. Juli 2001 prognostizierte die neue Finanzchefin der Group, F., dem Verwaltungsrat, dass die Liquidität im September äusserst kritisch werde. Am 18. Juli 2001 liess F. die Banken – auch die BANK – wissen, dass die Group während den kommenden Monaten auf deren Unterstützung angewiesen sei. Am 19. Juli 2001 verschickte die Group der BANK und den anderen Kreditgebern die «Interim Information Disclosure for Lenders», welche kein gutes Bild hinsichtlich der Überlebenschancen der Group zeichnete.

Am 16. August 2001 verlängerte die C. AG den der Group gewährten Kredit von CHF 30 Mio. nicht mehr. Im Sinne der Vereinbarung vom 2. Juli 2001 informierte die Group die BANK über diesen Vorgang. Die BANK verlangte daraufhin am 17. August 2001 von der Group eine Rückzahlung von CHF 30 Mio. des CHF-100-Mio.-Kredits per 22. August 2001. Am 20. August 2001 erfuhr der Verwaltungsrat von F., dass die neue Revisionsstelle K. bedeutende Korrekturen an der Eröffnungsbilanz 2001 vornehmen musste, welche sich negativ auf das Eigenkapital auswirken würden, und dass im September 2001 ein Liquiditätsdefizit eintreten könnte. Am 21. August 2001 bezeichnete F. in einem E-Mail an alle Gesellschaften der ... Gruppe die Situation als ausserordentlich dringlich und ordnete als unmittelbar zu ergreifende Massnahme ein «Payment Stop/slowdown» gegenüber den Kreditoren an. Trotzdem bezahlte die Group der BANK mit Valuta 22. August 2001 die gekündigten CHF 30 Mio. samt Zinsen zurück.

Ende August 2001 spitzte sich die finanzielle Lage der Group weiter zu. Die BANK lehnte es in der letzten Augustwoche ab, der Group einen Hypothekarkredit zu erteilen, obwohl sie die unbelastete Geschäftsliegenschaft Balsberg in Kloten als Realsicherheit erhalten hätte. Der am 30. August 2001 veröffentlichte konsolidierte Halbjahresbericht offenbarte insbesondere, dass ohne Berücksichtigung der aktivierten Pensionskassenreserven per 30. Juni 2001 eine Überschuldung bestanden hätte.

Am 4. September 2001 teilte die Group der BANK mit, dass eine andere Bank die Rückzahlung eines Darlehens gefordert hatte. Die BANK kündigte sofort einen weiteren Kreditteilbetrag von CHF 30 Mio. Die Group überwies die CHF 30 Mio. samt Zinsen per 6. September 2001.

Am 10. September 2001, also einen Tag vor den Terrorattacken in den USA, betonte F. an einer Telefonkonferenz des Verwaltungsrates, dass die Liquidität im September und Oktober sehr knapp sein werde. Gleichentags kündigte die ... AG der Group die Cash-Pooling-Verträge wegen ungenügender Kreditwürdigkeit. An der Konzernleitungssitzung vom 19. September 2001 musste F. bekannt geben, dass der

Group das Geld ausgehe, wenn sich bis am 1. Oktober 2001 nichts ändere. Sie betonte, dass das Überleben auch ohne den 11. September schwierig geworden wäre. Am 25. September 2001 teilte die Group der BANK ein weiteres Mal mit, dass eine andere Bank ein Darlehen gekündigt hatte. Sofort kündigte die BANK der Group einen dritten Teilbetrag von CHF 20 Mio. samt Zinsen am 27. September 2001, nur wenige Tage vor dem Grounding der Flotte.»

V.2 Die Beklagte schilderte ihre grundsätzliche Gegenposition wie folgt:

«Am 17. August 1999 gewährte die BANK der Group bis auf weiteres eine Blankolimite von CHF 100 Mio.

Bei einer Limite handelt es sich um einen Kreditrahmen, im vorliegenden Fall benützbar in der Form von Festen Vorschüssen. Feste Vorschüsse haben eine Laufzeit von wenigen Tagen bis maximal einem Jahr und während dieser Laufzeit einen dem jeweiligen Markt entsprechenden festen Zins.

Die Vereinbarung vom 17. August 1999 enthält keine weiteren ad hoc vereinbarten Bestimmungen, vielmehr wird auf die dem Vertrag beigelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank verwiesen, die damit integral zum Vertragsgegenstand gemacht wurden.

Für eine Beendigung des Kreditverhältnisses galt damit Ziffer 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen:

«Die Bank hat das Recht, bestehende Geschäftsverbindungen jederzeit nach freiem Ermessen aufzuheben, insbesondere auch zugesagte oder benützte Kredite zu annullieren und ihr[e] dadurch sofort zur Rückzahlung fällig gewordene[n] Guthaben ohne weitere Kündigung einzufordern.»

Bei Blankokrediten von Banken – soweit sie nicht ausdrücklich nachrangig gewährt werden – ist es üblich und marktkonform, dass Rückführungen *pari passu* verlangt werden. Bei Blankokreditschulden wird von den Banken darauf geachtet, dass sie jeder anderen bestehenden oder künftigen ungedeckten Anleihe- oder Kredit-schuld des Kreditnehmers gleichgestellt behandelt werden.

Nachdem die Rückführung kurzfristiger Kredite dem erklärten Ziel der Group entsprach, ... war es das Bestreben der Beklagten, dass sie beim beabsichtigten Abbau

von Bankkreditschulden durch die Group gleich behandelt würde wie andere Institute.

Am 2. Juli 2001 wurde zwischen den Kreditparteien vereinbart, dass *«bei einer Reduktion eines Kreditengagements bzw. einer Reduktion oder Aufhebung einer bestätigten Kreditlimite durch Drittbanken»* (auch) die BANK den CHF-100-Mio.-Kredit fällig stellen könne. Diese Zusatzvereinbarung war insoweit überflüssig, als der Beklagten dieses Recht schon auf Grund der Ziffer 14 ihrer Vertragsbestandteil bildenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustand. Mit der Zusatzvereinbarung wurde aber zum Ausdruck gebracht, dass die Beklagte die unter der Limite vom 17. August 1999 gewährten Vorschüsse in Zukunft im gleichem Rahmen nicht mehr verlängern würde, in welchem Kredite anderer Banken zurückbezahlt werden sollten, und dass sie entsprechend informiert werden solle.

In der Folge wurde die getroffene Vereinbarung – und zwar im Einklang mit der von der Group selber verkündeten und verfolgten Politik – auch umgesetzt.

Am 17. August 2001 teilte Herr W. von der Group Herrn D. von der Beklagten mit, dass die ... einen Kredit von CHF 30 Mio. nicht erneure. Entsprechend verlängerte die Beklagte den Festen Vorschuss lediglich im Umfang von CHF 70 Mio. In ihrem diesbezüglichen Schreiben an Herrn Frank W. konnten die Vertreter der Beklagten gleichzeitig die von Herrn Frank W. als Treasurer der Group gemachte Zusage bestätigen, dass das gesamte Engagement der Beklagten *«bis spätestens Ende 2001 zurückbezahlt»* werden sollte. Das Schreiben enthält zudem den Passus, dass *«der Inhalt Ihrer Bestätigung vom 2. Juli 2001 selbstverständlich auch weiterhin [gilt]»* [eckige Klammern gemäss Original]. Die Zahlung der nicht verlängerten Tranche von CHF 30 Mio. erfolgte am 21. August 2001.

Am 4. September 2001 kontaktierte Herr L. von der SAirGroup Herrn F. von der Beklagten im Hinblick auf die zwei Tage später eintretende Fälligkeit des Festen Vorschusses und teilte ihm – wiederum *«gestützt auf die Bestätigung vom 2. Juli 2001»* (Klageschrift S. 72 Rz. 179) – mit, dass die Group eine kurzfristige Verbind-

lichkeit von CHF 80 Mio. gegenüber einer deutschen Bank zurückzahlen werde. Die beiden Vertreter der Kreditparteien kamen überein (*«Gemäss unserer Vereinbarung vom 04.09.2001 mit Herrn L.»*), dass der Feste Vorschuss neu in Höhe von CHF 40 Mio. weitergeführt werde. Die entsprechende Zahlung an die Beklagte von CHF 30 Mio. erfolgte am 5. September 2001. Nur sechs Tage vorher hatte Frau F., CFO der Group, den Banken bestätigt, dass die Group die Rückzahlung der Bankschulden beschleunigen werde (*«accelerate the reduction in existing Group bank dept.»*) und davon ausgehe, dass schon im Laufe des Jahres 2002 sämtliche bestehenden ungesicherten Bankkredite zurückgeführt sein werden (*«in the course of 2002, the Group expects to be in a position to repay all existing unsecured Group bank debt.»*). Intern gingen die Verantwortlichen der Group davon aus, dass die Rückzahlung der Kredite im März 2002 abgeschlossen sei.

Nachdem Herr L. Herrn F. orientiert hatte, dass die Group kurzfristige Verbindlichkeiten einer belgischen und einer deutschen Bank im Umfang von rund CHF 80 Mio. zurückführen werde, vereinbarten die beiden Herren am 25. September 2001: *«Gemäss tel. Vereinbarung der Herren F. und L.»*, dass der Feste Vorschuss um CHF 20 Mio. auf den Betrag von CHF 20 Mio. reduziert und in dieser Höhe verlängert werde. Nur wenige Tage vorher, nämlich am 14. September 2001, war zudem eine Anleihe über CHF 100 Mio. zurückbezahlt worden. Die Zahlung der CHF 20 Mio. erfolgte am 27. September 2001.

Die drei verfahrensgegenständlichen Zahlungen erfolgten somit auf Grund einer bestehenden Vereinbarung der Parteien und im Rahmen der von der SAirGroup verkündeten Geschäftspolitik für das Jahr 2001 und nicht aus der Absicht heraus, die BANK gegenüber anderen Gläubigern zu begünstigen.»

VI.1 Die vorstehend zitierten Kernvorbringen der Parteien lassen die Problematik der Anwendung von Art. 288 SchKG auf die konkreten Umstände klar aufscheinen.

VI.2 Beim Zusammenbruch der Group ging es nicht – wie beim erwähnten Präjudiz 4C.262/2002 bzw. dem ebenfalls erwähnten handelsgerichtlichen Urteil – um ein relativ

kleines, von der Öffentlichkeit unbeachtetes Ereignis. Vielmehr wurde das Fallieren der nationalen Fluggesellschaft als die Nation erschütterndes *Unglück* erlebt, dessen Eintritt für die meisten Leute zuvor undenkbar erschienen war. Zudem – und das spielt eine ganz entscheidende Rolle – ging dem Grounding bzw. der schon zuvor feststehenden Stellung des Gesuches betreffend Nachlassstundung ein *monatelanges, von der Öffentlichkeit verfolgtes und diskutiertes Bemühen zur Sanierung der Group voraus*. Gerade dieser Umstand muss bei der Würdigung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit massgeblich berücksichtigt werden.

VI.3 Wenn nachfolgend zwischen einem *Sanierungsstadium* und einem *Liquidationsstadium* unterschieden wird, so hat dies nicht den Sinn, in genereller Weise den Sanierungsfall als solchen bzw. dessen Eintritt zu definieren. Vielmehr geht es darum, die notwendig erscheinende *Abgrenzung* der beiden Stadien vorzunehmen. Die Schilderung der Parteien lässt zwingend den Schluss zu, dass die Group in erkennbarer Weise jedenfalls mit Beginn des Jahres 2001 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckte, was zum Auswechsellern der Führungsspitze, zur Bekanntgabe riesiger Verluste und zur legendären, im Fernsehen übertragenen Generalversammlung vom 25. April 2001 führte. Für jeden auch nur einigermaßen interessierten Betrachter der Geschehnisse war spätestens Anfang April 2001 völlig klar, dass die Group vor strukturellen und nicht nur vor konjunkturellen Problemen stand und deren Angehen – durch konkrete, im Einzelnen noch zu beschliessende Massnahmen – über das mittel- bzw. langfristige Schicksal der Group entscheiden würde. Die entscheidende Phase, deren Beginn durchaus mit dem April 2001 verknüpft werden kann, und deren Ende idealiter durch den «turn-around» gekennzeichnet gewesen wäre, lässt sich als *Sanierungsphase* bezeichnen. Stellvertretend für die Notorietät und weitere Belege sei auf folgende Aktenbestandteile hingewiesen:

- Am 2. April 2001 liess die Group für das Jahr 2000 trotz 25%iger Umsatzsteigerung (auf CHF 16,29 Mrd.) einen Rekordverlust

von CHF 2,8 Mrd. mitteilen und sie erklärte, mit einer strategischen Neuausrichtung werde sie die Voraussetzungen schaffen, um die Ertragskraft rasch und nachhaltig zu verbessern;

- Am 3. April 2001 berichtete die NZZ, Moody's habe die Bonitätsbewertung für kurzfristige Verbindlichkeiten der Group von P-2 auf P-3 gesenkt und für langfristige Verbindlichkeiten von A3 auf Ba3. In Worten bedeutete dies im Kurzfristbereich die Qualifikation, dass die Fähigkeit der Rückzahlung statt «in hohem Masse» nur noch «in ausreichendem Masse» gewährleistet erschien, und im Langfristbereich (Ursprungslaufzeit mindestens ein Jahr) konnte gemäss Moody's nicht mehr von einem geringen Kreditrisiko gesprochen werden, sondern war von einem gewissen Kreditrisiko mit mitunter spekulativem Element auszugehen, wobei die Zahl 3 das untere Drittel der Kategorie kennzeichnet. Die NZZ wies noch darauf hin, im Jahre 2000 lancierte Anleihen der Group (Coupon respektable 4¼%) würden noch zu 84% ihres Nominalwertes gehandelt;
- Die Handelszeitung wies am 4. April 2001 darauf hin, die Aktien der Group hätten innerhalb von 3 Monaten 50% ihres Wertes verloren;
- Sehr eingehend analysierte die Researchabteilung der Beklagten am 10. April 2001 die Situation: Sie berichtete, C. wolle an der Dualstrategie, also der strategischen Ausrichtung auf das Fluggeschäft sowie auf das flugverwandte Geschäft, festhalten und deshalb die profitablen Töchter (Gate Gourmet, Nuance, SR Technics, Swisscargo, Swissport) nicht veräussern. Das sei zu begrüßen, wobei zu hoffen sei, dass dabei dem Finanzierungsbedarf standgehalten werden könne. Sodann wurde ein hohes Schätzrisiko über die künftige Gewinn- und Verlustentwicklung konstatiert. Dank der Auflösung von Rückstellungen könne im laufenden Jahr ein beträchtlicher Teil der Verluste abgedeckt werden, aber man rechne mit nicht durch Rückstellungen gedeckte Verluste wegen der ausländischen Airline-Beteiligungen von CHF 600 Mio. Man gehe davon aus, der Liquiditätsbedarf für die nächsten Monate sei gedeckt, jedoch sei das Eigenkapitalproblem ungelöst. Zur Sanierung der Bilanz und zur Erhöhung des Eigenkapitals sei die Group auf die Hilfe eines Bankenconsortiums –

die BANK nannte die CS, die UBS, die Deutsche Bank und «eine» amerikanische Grossbank – angewiesen. Dieses Konsortium könnte die Kreditversorgung sicherstellen, denkbar wäre auch ein Modell mit Vorzugsaktien. Abschliessend hielt der Bericht zur Aktienbewertung fest, diese hänge von der noch offenen Höhe der Belastungen durch die ausländischen Airline-Beteiligungen ab und von den Konditionen einer Kapitalerhöhung. Falls das Grossbankenkonsortium keine Unterstützung leisten würde, wäre das Szenario schlimmer, denn dann könnte ein Konkurs nicht ausgeschlossen werden. Es sei jedenfalls zu früh, auf einen «turnaround» zu setzen, weshalb empfohlen werde, die Position abzubauen.

VI.4 Eine solche Sanierungsphase ist ganz generell gekennzeichnet durch ein internes wie externes *Hoffen und Bangen*, mithin eine Ambivalenz. Allen ist bewusst, dass man sich *kurzfristig*, also während der folgenden Monate, in einer Phase der Suche nach positiven Lösungen und des Vermeidens von negativen Entwicklungen bzw. deren Eindämmung befindet, wobei auf *längere Sicht*, ein Jahr und mehr, ein Scheitern nicht ausgeschlossen werden kann. Die Ausgestaltung des möglichen Scheiterns muss aber wegen der zu vielen Unwägbarkeiten offen bleiben: Es kann vom *Falieren* (Konkurs, Nachlassstundung mit Vermögensabtretung, z.B. bei Überschuldung) bis zur Übernahme durch ein anderes Unternehmen reichen. Zu den allgemein bekannten, kurzfristig möglichen Verhaltensweisen eines Unternehmens oder Konzerns gehören neben vielem anderem Gespräche mit den Gläubigern (Vertrauen), speziell mit den Banken (Finanzierung), das Abstossen unrentabler Bereiche (Reduktion des Verlustes), der Stellenabbau (Kostensenkung), aber auch die Veräusserung rentabler Bereiche (Beschaffung von Liquidität) oder eine Kapitalerhöhung (Finanzierung). Die *Legitimation für Sanierungsbemühungen* in Bezug auf eine *nicht* überschuldete Gesellschaft steht ausser Frage. Die anderen Lösungen, z.B. eine freiwillige Liquidation, erscheinen gerade bei Publikumsgesellschaften mit ihren vielen Mitarbeitern, Verpflichtungen und Verflechtungen als völlig unpraktikabel, weil sie von vornher-

ein massivste Wertverluste für die Aktionäre und die Gläubiger zur Folge hätten. Sanierungsbemühungen werden somit in aller Regel – und davon darf auch vorliegend ausgegangen werden – im *wohlverstandenen Interesse der Gläubiger* und auch der Aktionäre unternommen. Sie setzen grundsätzlich die Fortsetzung des *Geschäftsbetriebes mit Fortführungswillen* mehr oder weniger im Sinne eines Courant normal voraus. Zur Führung eines Geschäftsbetriebes gehören die Generierung von Einnahmen und die Geltendmachung von Rechten, aber auch die Erfüllung von Verpflichtungen, insbesondere die Bezahlung von Schulden. Erstere Verhaltensweisen bilden die Voraussetzung der Gewinnerzielung, letztere schaffen Vertrauen, was wiederum ersteren dient.

VI.5 Es kann nun *nicht* der Zweck der Anfechtungspauliana sein, echte Sanierungsbemühungen gemäss den vorstehenden Überlegungen mit der Gefahr einer späteren Rückgängigmachung von Rechts handlungen zu belasten. Die Geschäftspartner der zu sanierenden Gesellschaft dürfen in der Regel davon ausgehen, diese sei mindestens auf absehbare Zeit in der Lage, ihren fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen, weshalb man auch von ihr ohne Risiko Erfüllungshandlungen entgegennehmen kann. Von daher darf die Rechtsprechung für die Anwendung von Art. 288 SchKG nicht einfach das *Wissen um die «schlechte Lage»* genügen lassen. Es muss vielmehr zur Bejahung der Pauliana um die Erkenntnis (beim Schuldner auch um das Erkennenmüssen, beim Gläubiger um das Erkennensollen) gehen, *dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich ist, dass nur noch die Liquidation bleibt*. In der Sanierungsphase ist eine Gleichbehandlung der Gläubiger – wie sie dem Anfechtungsrecht zugrunde liegt – per definitionem nicht möglich, in der Liquidationsphase, die aus Sicht von Art. 288 SchKG schon mit besagter Erkenntnis beginnt, ist sie Pflicht.

VI.6 Sodann bedingt eine korrekte Rechtsanwendung die *Vermeidung einer ex-post-Betrachtung*, welche aus dem schlechten Ende auf schlechte Absichten schliesst. Der Blick zurück belegt grundsätzlich nicht mehr, als dass

sich die Risiken (bekannt oder unbekannt) verwirklicht haben, und dass die Chancen sich nicht verwirklichten oder nicht verwirklichen konnten. Für die *Frage der Pflichtverletzung im Sinne von Art. 288 SchKG* ist alleine massgebend, ob aus Sicht der Beteiligten diese Konsequenzen in einem bestimmten Zeitpunkt vor dem Fallieren aufgrund der damaligen Verhältnisse erkannt wurden, erkannt werden mussten oder hätten erkannt werden sollen. Diesbezüglich darf sich eine Gläubigerin, deren Forderungen während der Sanierungsphase beglichen wurden, grundsätzlich einmal auf den Standpunkt stellen, sie sei davon ausgegangen, die Leistung der Schuldnerin sei Bestandteil des Sanierungskonzeptes bzw. werde durch dieses getragen und die Entgegennahme sei von daher unbedenklich. Nur wenn nachgewiesen ist, dass sie diese Auffassung nicht hatte oder nach Treu und Glauben nicht (mehr) haben durfte, kann überhaupt eine Anfechtung Platz greifen. Der Beweis obliegt dabei der Anfechtungsklägerin. Andererseits darf bei einer Bank mit ihrer Fähigkeit zur hochspezialisierten Marktbeobachtung keinerlei Unbedarftigkeit zugestanden werden. Sie musste sich den Fragen, was konnte ich wissen und was durfte ich hoffen, ernsthaft stellen.

VII.1 Betrachtet man das Hoffen und Bangen zwischen *April 2001* und dem *20. August 2001* (erste Rückzahlungsaufforderung) in Bezug auf das Verhältnis der Parteien, so erfuhr die Beklagte zunächst mit der Öffentlichkeit anlässlich der *Generalversammlung der Group vom 25. April 2001*, dass die Liquidität der Group durch eine neue Kreditlinie von CHF 1 Mrd. bei der Citibank, der CSFB und der Deutschen Bank gesichert sei (C.: <... konnte eine Vereinbarung getroffen werden, welche eine zusätzliche Kreditlinie von 1 Milliarde CHF einräumt. Damit ist sichergestellt, dass wir die Sanierung der Gruppe in Angriff nehmen können, ohne dass die Liquidität gefährdet wäre>). Am *18. Mai 2001* monierte die Beklagte, dass die Group gemäss Pressemeldungen ihr Aktienpaket von 10% an der AUA an die ... verpfändet habe, was gegen eine frühere Gleichbehandlungsverpflichtung verstosse. Die Klägerin will daraus bei der

Beklagten vorhanden gewesene begründete Zweifel an der Bonität und der kurzfristigen Liquidität der Group schliessen. Solches kann dem Schreiben aber nicht entnommen werden. Der gleiche Schluss soll aus dem Umstand gezogen werden, dass die Beklagte den Kredit ab *1. Juni 2001* nur noch um einen Monat statt drei Monate verlängerte, wobei von den CHF 100 Mio. deren 50 Mio. sofort fällig gestellt werden konnten, und die Bank eine von der Gegenseite zu unterzeichnende Erklärung ankündigte, in welcher es um das Verhältnis zu anderen kurzfristigen Krediten gehen sollte. Über die genaue Formulierung gab es dann ein Geplänkel. Die Beklagte wollte informiert werden, wenn eine andere Bank Kredite reduzieren oder vollständig zurückfordern würde, den Passus <soweit dies die Vertraulichkeit und Gleichbehandlung der Marktteilnehmer zulässt> liess sie streichen. Daraus erhellt nach klägerischer Ansicht, dass die Beklagte Angst vor der Zahlungsunfähigkeit der Group gehabt habe und ihr auch die Problematik der Gläubigerbevorzugung bewusst gewesen sei. Bei unbefangener Betrachtung stellte das Verhalten der Beklagten nicht mehr und nicht weniger als ein vorsichtiges Geschäftsgebaren dar. Die Beklagte gehörte nicht zu besagtem Konsortium mit der Milliardenkreditlinie, welcher finanzielle Rückhalt offenbar die Sanierung begleiten sollte. Von daher war die Beklagte nicht gehalten, den gewährten Kredit gewissermassen ad infinitum und zu den gleichen Bedingungen zu verlängern. Sie hätte ihn vielmehr auch sofort fällig stellen dürfen. Wenn die Group durch ihren internen Anwalt verlauten liess, die gewünschte Erklärung könne ihr als Bevorteilung eines Gläubigers ausgelegt werden, musste das die Beklagte nicht als Botschaft verstehen, die Group stehe kurz vor dem Fallieren, sie wolle die Grenze von Art. 288 SchKG nicht überschreiten. Die abgelehnte Wendung <Vertraulichkeit und Gleichbehandlung der Marktteilnehmer> war derart unbestimmt, dass sie füglich weggelassen werden konnte. Was die Beklagte sicherlich zum Ausdruck brachte, war das Signal eines bevorstehenden, allerdings geordneten Rückzuges des Engagements bei der Group.

Das kann ihr in einer Sanierungsphase der Gegenseite nicht zum Vorwurf gereichen. Unbestritten blieb im Übrigen die Behauptung der Beklagten, Banken achteten bei der Rückführung von Blankokrediten auf die Gleichbehandlung (*«pari passu»*). Im *Juni 2001* konstatierte Moody's bezüglich der langfristigen Verbindlichkeiten der Group ein erhebliches Kreditrisiko (Ba3) und erteilte für die kurzfristigen Verbindlichkeiten kein Rating mehr. Wie dem als Quelle von der Klägerin genannten NZZ-Artikel entnommen werden kann, nannte Moody's als Begründung die möglicherweise höher als erwartet ausfallenden Ausstiegskosten in Belgien und Frankreich, den hohen Kerosinpreis und die sich abschwächende Wirtschaftsentwicklung. Ein unbefangener Dritter musste daraus nicht schliessen, die Existenz der Group sei unmittelbar gefährdet. Einen Markstein für die Aussenpräsentation der Group stellte sodann der *11. Juli 2001* dar. C. lud Vertreter von über 40 Banken ein und präsentierte einen *«Restructuring Plan»*. Darin steht, dass sich die Schulden (*«net debt»*) der Group zwischen 31. März 2001 und 30. Juni 2001 um CHF 500 Millionen verringert hätten und man strebe eine Reduzierung der Verschuldung um CHF 2 Mrd. bis Ende 2002 an. Gleichentags gab er die Unterzeichnung der Kreditvereinbarung mit CSFB, Deutscher Bank und Citibank bekannt. Dabei handelte es sich, wie aus einem am 19. Juli 2001 den Banken zugestellten Informationspaket hervorgeht, um einen noch nicht genutzten Überbrückungskredit, welcher bei Verkäufen von Unternehmensteilen gegebenenfalls beansprucht werden sollte; die Verkäufe sollten der Beschaffung von Liquidität dienen. Trotz der klägerischerseits im Prozess an diesen Juliverlautbarungen geäusserten Detailkritik kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass damals kein Anlass bestand, ein baldiges Fallieren anzunehmen. Gerade der Überbrückungskredit zeigte auf, dass grosse Finanzinstitute bereit waren, Gelder zur Verfügung zu stellen, auch wenn sie, wie im Juli verdeutlicht, zweckgebunden sein sollten. Die genauen – gemäss Klägerin offenbar sehr restriktiven – Abmachungen wurden der

Öffentlichkeit nicht bekanntgegeben. Die Researchabteilung der Beklagten empfahl jedenfalls am *18. Juli 2001* die Aktien der Group zum Kauf, wies aber wegen der *«schwierigen Turnaround-Situation (hohe Verschuldung, schwieriges konjunkturelles Umfeld)»* auf das überdurchschnittliche Risiko hin. Da es sich um eine Anlageempfehlung handelte, bezog sich das Risiko – aber auch die Chance – selbstredend auf den Aktienkurs und nicht auf das Schicksal des Unternehmens. Als Indiz dafür, dass die Beklagte keine unmittelbare Gefahr für das Unternehmen annahm, kann die Empfehlung aber gelten. Dass der Markt ebenfalls Chancen sah, zeigt die notorisch bekannte Erholung der Aktie im Juli 2001. Diese war schon am *12. Juli 2001* vom Bankhaus Pictet zum Kauf empfohlen worden, währenddem die Deutsche Bank eine neutrale Haltung einnahm. Die Klägerin wies weiter auf ein Schreiben von F. vom *18. Juli 2001* an die Banken hin. Darin habe sie die Absicht der Group kundgetan, (erst) nach der Realisierung der Erlöse aus dem Verkaufsprogramm die Darlehen bedeutsam zu reduzieren, und dies setze die ununterbrochene Unterstützung der bestehenden Kreditgeber voraus. Hiezu ist anzumerken, dass das Ersuchen um Unterstützung aus Sicht der Group verständlich erschien, jedoch war der Wunsch nicht so formuliert, dass der Eindruck entstehen konnte, jeglicher Abbau von Schulden würde die Group in eine Zahlungsunfähigkeit treiben. Am *8. August 2001* teilte Frau F. den Kreditgebern mit, der Halbjahresabschluss werde voraussichtlich Ende Monat veröffentlicht werden und für den *3. Oktober 2001* sei eine weitere umfassende Information zuhanden der Kreditgeber geplant. Das Schreiben musste bei der Beklagten keine weitere Besorgnis erwecken. Unter dem *20. August 2001* verlangte die Beklagte die Rückzahlung von CHF 30 Mio. per *22. August 2001*, dies aufgrund der Mitteilung vom 17. des Monats, wonach die C. eine *«Rollover Fazilität»* von CHF 30 Mio. nicht mehr verlängert habe. Hier geht es um die erste der von der Klage umfassten Zahlungen. Nach dem Ausgeführten musste die Beklagte in jenem Zeitpunkt nicht davon ausgehen, die Group stehe kurz vor dem Fal-

lieren. Dass die Beklagte ihr relativ kleines Engagement bei der in einer Sanierungsphase befindlichen Group, welche eine maximale Verschuldungsmöglichkeit von CHF 10 Mrd. kundtat, bezugnehmend auf die Tilgung von Schulden gegenüber einer Drittbank zu reduzieren trachtete, gereicht ihr – wie schon dargetan – zu keinerlei Vorwurf. Anders zu entscheiden bedeutete die Bejahung einer Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung eines Moratoriums. Dafür bestand keine Rechtsgrundlage und keine Rechtspflicht. Anders ausgedrückt: Anerkennt man das Recht eines grossen, börsenkotierten Unternehmens, im Rahmen von Sanierungsbemühungen den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten, dann kann jedenfalls aus Sicht der Geschäftspartner ohne spezielle Umstände, wie *Insiderwissen über ein bevorstehendes Fallieren*, die Entgegennahme von Erfüllungshandlungen, dazu gehört auch die Rückzahlung fälliger Schulden, nicht als Ausdruck einer erkannten Benachteiligungsabsicht gesehen werden. Dass die Erfüllung wohl auch wegen einer gewissen Besorgnis über die mittel- und langfristige Entwicklung der Schuldnerin verlangt wurde, ändert daran nichts. Es ist nicht dargetan, dass die Beklagte am 20. August 2001 über besagtes spezifisches Wissen verfügte. Vielmehr erscheint ihr Ansinnen als Reflex auf die Zahlung an die ..., wie er ab Anfang Juli 2001 zu erwarten gewesen war. Mangels Erkennen bzw. Erkennbarkeit einer Benachteiligungsabsicht – deren Vorliegen offen bleiben kann – ist die Klage bezüglich der ersten Rückzahlungstranche abzuweisen.

VII.2 Zwischen der Rückzahlung der ersten und der zweiten Tranche vergingen gut zwei Wochen. Die Klägerin wies zur Begründung für die «Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht» auf weitere Umstände hin: Am 30. August 2001 sei die Beklagte von der Group über die Korrekturen an der konsolidierten Jahreseröffnungsbilanz sowie über den konsolidierten Halbjahresabschluss per 30. Juni 2001 informiert worden. Ohne Berücksichtigung der Pensionskassenreserven wäre – so die Klägerin – eine Überschuldung zu konstatieren gewesen. Die entspre-

chende Problematik habe die Beklagte schon im April 2001 erkannt gehabt. Seitens der Revisionsstelle sei explizit erwähnt worden, dass die kurzfristigen Verbindlichkeiten die liquiden Mittel um CHF 2,19 Mrd. überstiegen. Die Pressereaktionen seien verheerend gewesen. Moody's habe das Rating für langfristige Verbindlichkeiten von Ba3 auf B1 gesenkt, was sie als spekulativ, d.h. mit einem hohen Kreditrisiko versehen habe erscheinen lassen. Sodann habe es die BANK Ende August 2001 abgelehnt, der Group einen Hypothekarkredit von CHF 100 Mio. zu gewähren, wobei die Realsicherheit auf einem bis anhin unbelasteten Grundstück gelastet hätte. Dass der konsolidierte Halbjahresabschluss ein düsteres Bild zeichnete, kann tatsächlich ernsthaft nicht bezweifelt werden. Andererseits waren unterdessen drei Monate verstrichen und liess die Kommentierung von Abschluss und seitherigen Ereignissen durch Frau F. am 30. August 2001 gegenüber den Kreditgebern keinen Zweifel an der Überzeugung der Unternehmensführung bezüglich Erreichens des turnarounds: Man sei sehr erfolgreich gewesen im Abschluss von Vereinbarungen, um die Verluste («cash drain») bei der Sabena und den französischen Fluggesellschaften zu stoppen. Sodann seien konkrete Schritte zu Verkäufen im Bereiche der Swissport und der Nuance Group unternommen worden. Neben anderem werde das der Group ermöglichen, die Bankschulden zu reduzieren und man erwarte, im Verlaufe des Jahres 2002 in einer Position zu sein, welche zur Rückzahlung sämtlicher ungesicherter Bankschulden führen werde. Die Group wünsche, mit einer kleineren Gruppe von Kreditgebern zusammenzuarbeiten, die beschleunigte Begleichung von Schulden werde die Anzahl der Kreditgeber reduzieren. Schliesslich teilte Frau F. mit, man werde am 10. September 2001 über den Geschäftsgang im Fluggeschäft informieren, am 3. Oktober 2001 einen Bericht über die finanzielle Lage abgeben und am 2. November über die ersten neun Monate informieren. Dass in diesem Statement das Prinzip Hoffnung mitschwang, dürfte unbestreitbar sein. Andererseits war es sehr bestimmt formuliert, gerade was den Verkauf von Unterneh-

mensteilen anbelangt, sodass die Beklagte als eine der Adressaten nicht schliessen musste, die Group sei illiquid oder überschuldet. Ähnlich wurde in einem vom gleichen Tag datierenden Medienbulletin argumentiert und dabei noch pointierter festgehalten: «Die Gruppe wird weiterhin alle ungesicherten Bankdarlehen bei Fälligkeit zurückzahlen» bzw. «Während alle Bankdarlehen fristgerecht bezahlt werden, wird die Gruppe die Erlöse aus dem Veräusserungsprogramm nach dessen Eingang und nach eigenem Ermessen zur vorzeitigen Rückzahlung von ungesicherten Darlehen jener Banken verwenden, die die Gruppe nicht länger unterstützen wollen». Die von der Klägerin eingereichten *Pressemeldungen* über den Abschluss per Ende Juni 2001 zeichneten durchaus nicht nur das von ihr zitierte schwarze Bild. Sie wiesen nämlich auch auf Erfolge hin. Die NZZ erwähnte zwar das schwache Betriebsresultat und Altlasten (LTU), vermerkte aber auch positiv den Ausstieg aus Airlines in Frankreich und Belgien, die (bevorstehende) Entlastung durch Verkäufe «der Nuance und eines Minderheitsanteils der Swissport», sodann werde das Streckennetz gestrafft und würden 1250 Stellen aufgehoben. Die Fachzeitung «Finanz und Wirtschaft» äusserte sich sehr fundiert, u.a. mit den Sätzen:

«Die ... Group ist ein Sanierungsfall mit offenem Ausgang. Die Gefahr eines Konkurses ist nicht abgewendet. Wegen der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Konzerns für die Schweiz ist zwar anzunehmen, dass Behörden und Banken einen Kollaps des Unternehmens mit allen Mitteln zu verhindern suchten. Doch C. will die Wende aus eigener Kraft bewerkstelligen. Er will auch den in diesem Sommer von den Banken bereitgestellten Milliardenkredit nicht antasten»;
oder

«Die Aktionäre werden allerdings noch einige Zeit leiden müssen. Ob sie ohne Verwässerung, die es mit einer Kapitalerhöhung gäbe, davonkommen, muss sich weisen. Möglicherweise würde sich mit einer Umwandlung von Bankkrediten in Aktienkapital, wie das im Fall der Alusuisse und der SMH seinerzeit ge-

schah, die finanzielle Erholung der ... Group beschleunigen.»

Sicherlich brachte der Halbjahresabschluss keine Entwarnung, die Sorgen blieben, jedoch war dies wohl nach der relativ kurzen Zeit, in welcher der Hoffnungsträger C. am Ruder war, auch nicht anders zu erwarten. Die offiziellen und aktuellen Verlautbarungen der Group wie auch die Kommentare der seriösen Presse gaben keinen Anlass, ein unmittelbar bevorstehendes Fallieren der Group ernsthaft in Betracht zu ziehen. Von daher befand sich die Group für Aussenstehende immer noch in der Sanierungsphase. Die Beklagte besass keine Insiderkenntnisse, welche sie zu einem anderen Schluss hätten führen müssen. Dass deren Researchabteilung Anfang September eine Verkaufsempfehlung («Untergewichten») bezüglich Group-Aktien herausgab, ändert an diesem Bild nichts. Solche Anlageempfehlungen beziehen sich – wie erwähnt – auf die Aktien und nicht direkt auf das unmittelbare Schicksal der Gesellschaft. Es ging um eine Empfehlung («Kursrisiken überwiegen») aufgrund des Halbjahresabschlusses und nicht um eine Warnung vor einem unmittelbar drohenden Fallieren. Dass die Beklagte nicht bereit war, einen Hypothekarkredit zu gewähren, hat für die sich stellende Frage der Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht keine Relevanz. Selbst wenn die Ablehnung im Zusammenhang damit stand, dass die Beklagte «ein finanzielles Engagement in der Flug- bzw. flugverwandten Branche zu jenem Zeitpunkt als Tabu betrachtete», darf daraus nicht geschlossen werden, die Beklagte habe mit dem unmittelbar bevorstehenden Zusammenbruch der Group gerechnet oder hätte damit rechnen sollen. Hypothekendarlehen werden bekanntlich regelmässig auf lange Frist gewährt (jedenfalls de facto) und eine Skepsis in dieser Beziehung wäre – so vorhanden – nicht zu beanstanden gewesen. Schliesslich ist zu beachten, dass die Group der BANK schon vor dem 20. August 2001 mündlich zugesichert hatte, das Engagement werde bis Ende 2001 zurückbezahlt. Und der eigentliche Auslöser für die Aufforderung, eine zweite Tranche zurückzuzahlen, war offensichtlich nicht die Publikation des Halbjahresabschlusses bzw. deren Echo, sondern die Fälligkeit des Restkredites von CHF 70 Mio. zur Rückzahlung per 6. September 2001. Die Klägerin legte dar:

«Am 4. September 2001 telefonierte L. daher mit F. von der BANK und bat ihn um Verlängerung des Kredites. Gleichzeitig musste er ihm gestützt auf die [Bestätigung] vom 2. Juli 2001 mitteilen, dass die SAirGroup am 29. August 2001 einen Kredit von CHF 80 Mio. an eine andere Bank hatte zurückzahlen müssen. Aufgrund dieser Information bestand die BANK auf der sofortigen Rückzahlung von weiteren CHF 30 Mio. ...».

Mithin war das Motiv für die Reduktion des festen Vorschusses unter dem 6. September 2001 ähnlich gelagert wie bei der ersten Tranche, weshalb die dortigen Ausführungen mutatis mutandis auch hier gelten müssen, allerdings mit den obigen Ergänzungen in Bezug auf die Ereignisse zwischen den beiden Rückzahlungen. Auch diesbezüglich ist mithin das Erkennen oder Erkennensollen einer – von der Beklagten bezüglich der damaligen Verantwortlichen der Group bestrittenen – Schädigungsabsicht zu verneinen. Das führt auch diesbezüglich zur Abweisung der Klage.

VII.3 Die Umstände der dritten und letzten Rückzahlung über CHF 20 Mio. schilderte die Klägerin wie folgt:

«Am 25. September 2001 griff L. in Wahrnehmung der Pflichten aus der [Bestätigung] vom 2. Juli 2001 erneut zum Telefon. Er teilte F. von der BANK mit, dass ein weiteres Darlehen von einer Drittbank nicht verlängert werde. F. verlangte daraufhin umgehend die Rückzahlung von weiteren CHF 20 Mio. per 27. September 2001».

Das Nachlassstundungsgesuch wurde bekanntlich eine Woche später – am 4. Oktober 2001 – gestellt. Insofern besteht eine geringe zeitliche Differenz zwischen der Rückzahlung und dem Fallieren. Was den Ablauf der Auslösung der Rückzahlung betrifft, kann die Beklagte darauf verweisen, dass er gleich war wie bei den ersten beiden Tranchen. Erst auf die Mitteilung seitens der Group hin wurde die Rückzahlung verlangt, und zwar bezüglich bloss der Hälfte der noch offenen Schuld. Zur Erkennbarkeit führte die Klägerin (ergänzend zu den bisherigen Vorbringen) aus, der 11. September 2001 (mithin die Ereignisse in New York) hätten die Situation im Fluggeschäft noch einmal verschlechtert, was Moody's gemäss NZZ vom 19. September 2001

veranlasst habe, die langfristigen Verbindlichkeiten der Group von B1 auf B2 zurückzustufen. Auch damit war aber noch kein kurzfristiges Fallieren angesprochen. Immerhin konnte die Group am 14. September 2001 eine Anleihe von CHF 100 Mio. zurückzahlen. Die Klägerin wies darauf hin, es sei ein Pressebulletin der Group vom 24. September 2001 in der NZZ kritisiert worden. Allerdings datiert die Kritik vom 27. September 2001 und kann deshalb nicht als Beleg für das Erkennenmüssen oder Erkennensollen einer Schädigungsabsicht herhalten, auch wenn die Überweisung an eben diesem Tage – also zeitgleich – erfolgte bzw. eintraf. Zudem enthielt der Artikel mehrere, nicht unbedingt kongruente Elemente. So ist darin von gerüchteweise verlautbarten Zahlungsschwierigkeiten die Rede, vom nicht richtigen Zugreifenkönnen auf die erwähnte Kreditlinie des Milliardenkredits, aber auch von einer Arbeitsgruppe, bestehend aus Ulrich Bremi, Regierungsrat Christian Huber und H.U. Dörig von der Credit Suisse. Zudem gab es in jenem Zeitraum neben kritischen auch mehr oder weniger positive Artikel über die Entwicklung der Group. Das erwähnte Pressebulletin der Group vom 25. September 2001 skizzierte Massnahmen, die als Folge von 9/11 zu einer Restrukturierung und auch einer Rekapitalisierung führen sollten. Man sei in Kontakt mit der Schweizer Regierung und der Schweizer Wirtschaftswelt, deren Vertreter bekundet hätten, eine funktionierende («sustainable») Fluggesellschaft liege im Schweizer Interesse. Im Begleitschreiben an die Kreditgeber führte Frau F. aus, die Group werde fällige Verbindlichkeiten begleichen, man erwarte den Verkauf der Swissport im Oktober und habe Weisungen gegeben, den Verkauf von Nuance bis Ende 2001 durchzuführen. Von daher war für die Beklagte auch bei Anfordern der dritten Tranche und bei deren Empfang nicht erkennbar, dass die Group kurz vor dem Ende stand. Es war offensichtlich der gleiche Mechanismus wie bei den ersten beiden Zahlungen, der spielte. Dieser Mechanismus war nicht von Vorstellungen über ein unmittelbar bevorstehendes Fallieren abhängig, sondern Ausdruck des geordneten Rückzuges

der BANK aus dem Kreditengagement bei einem Sanierungsfall, der auch dann noch von aussen nicht hoffnungslos erschien. Die Klage ist somit auch in Bezug auf die dritte Rückzahlung abzuweisen.

VII.4 In einer bezüglich ihrer Zulässigkeit mit § 115 Ziff. 2 ZPO begründeten Noveneingabe vom 17. Oktober 2006 legte die Klägerin Börsenkurse von Group-Obligationen im Verlauf des Jahres 2001 vor. Daraus soll geschlossen werden, dass der Markt nicht mit der vollständigen Rückzahlung der Obligationenschulden gerechnet habe. Dass fallende Obligationenkurse auch mit einer Bonitätsbeurteilung zu tun haben, dürfte evident sein. Vorliegend ging es aber um Anleihen, die im Oktober 2002, im Juli 2003 und im April 2005 zur Rückzahlung fällig waren, mithin bezog sich die Marktbeurteilung auf einen längeren Zeitraum. Wie dargelegt, kann in einer Sanierungsphase nur die kurzfristige Betrachtungsweise zählen. Somit sind die Noven nicht relevant.

VII.5 Da die Klage wegen *Verneinung des Erkennens bzw. Erkennensollens einer Schädigungsabsicht* abzuweisen ist, kann offen bleiben, ob und ab wann auf Seiten der Group eine Schädigungsabsicht bestand. Die Abweisung beruht auf den vom Gericht als im Verhältnis der Parteien relevant erscheinenden, konkret vorgetragenen Umstände. (...)».

Handelsgericht Zürich,
Urteil vom 10. Januar 2007
(Mitgeteilt vom Redaktor)
(Das Verfahren befindet sich auf dem Rechtsmittelweg)

23.

§ 65 Abs. 1, § 222 Ziff. 3 und § 224 sowie § 54 Abs. 1 ZPO. Kosten- und Entschädigungsfolgen eines gegenstandslos gewordenen (vorprozessualen) Massnahmeverfahrens.

Das hiesige Prozessrecht kennt kein selbständiges Verfahren, in dem es einzig um die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme geht. Vielmehr stellt der Entscheid über die Gewährung superprovisorischen Rechtsschutzes stets einen Zwischenentscheid im Rahmen des eigentlichen Massnahmeverfahrens dar. Letzteres ist folglich auch dann fortzuführen und (durch Abschreibungsentscheid) formell abzuschliessen, wenn das eigentliche Massnahmebegehren wegen erfolgter Vollstreckung der zuvor superprovisorisch angeordnete Massnahme gegenstandslos geworden ist. Diesfalls richten sich die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Massnahmeverfahrens nach § 65 ZPO, in dessen Rahmen auch der mutmassliche Ausgang des (eigentlichen Massnahme-)Verfahrens berücksichtigt werden kann. Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dürfen hierbei Tatsachen, die sich aus Beilagen zu Rechtsschriften ergeben, nur dann als rechtsgenügend behauptet angesehen und bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt werden, wenn in einem Parteivortrag erkennbar darauf Bezug genommen wird.

Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 8. September 2005 stellte die Beschwerdeführerin (Klägerin) gestützt auf § 222 Ziff. 3 ZPO beim Einzelrichter im summarischen Verfahren der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass (vorprozessualer) vorsorglicher Massnahmen. Damit beantragte sie unter Hinweis auf ihre urheberrechtliche Rechtsstellung als Architektin, den Beschwerdegegner (Beklagter) unter Androhung von Ordnungsbussen im Weigerungsfall zu verpflichten, ihr zwecks Herstellung einer Fotodokumentation sofort Zugang zu den zum Ladenlokal gehörenden Geschossen in der Liegenschaft Q. in Zürich zu gewähren.