

Absichtsanfechtung und Sanierung

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5A_29/2007 vom 29. Mai 2008 (BGE 134 III 452) i.S. SAirGroup in Nachlassliquidation (Klägerin und Beschwerdeführerin) gegen Zürcher Kantonalbank (Beklagte und Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Andrea Galliker und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Voraussetzungen der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

- 1.1 Gläubigerschädigung
- 1.2 Schädigungsabsicht
- 1.3 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch den Dritten

2. Absichtsanfechtung und Sanierungsverhalten

- 2.1 Sonderfall des Sanierungsdarlehens
- 2.2 Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit im konkreten Fall
 - 2.2.1 Schädigungsabsicht der SAirGroup
 - 2.2.2 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB

III. Bemerkungen

1. Absichtsanfechtung und Sanierungsverhalten

- 1.1 Voraussetzungen von Art. 288 SchKG
 - 1.1.1 Objektive Tatbestandselemente
 - 1.1.2 Subjektive Tatbestandselemente
- 1.2 Sanierungsverhalten der Schuldnerin
 - 1.2.1 Erwägungen des Handelsgerichts des Kantons Zürich
 - 1.2.2 Position des Bundesgerichts
 - 1.2.3 Fazit
- 1.3 Indizienwürdigung
 - 1.3.1 Schlechte Vermögenslage der Schuldnerin
 - 1.3.2 Passivität der Gegenpartei
 - 1.3.3 «pari-passu»-Klausel
 - 1.3.4 Sanierungsbemühungen
 - 1.3.5 Fazit

2. Sanierungsdarlehen als «Sonderfall»

- 2.1 Sanierungsdarlehen im Allgemeinen
- 2.2 Sanierungsdarlehen im konkreten Fall

IV. Fazit

I. Sachverhalt¹

Die Zürcher Kantonalbank (Beschwerdegegnerin) gewährte der SAirGroup (Beschwerdeführerin) im August 1999 einen Kredit im Umfang von

100 Mio. CHF (Blankolimite), der voll in Anspruch genommen und mehrfach verlängert wurde. Am 2. Juli 2001 wurde zwischen den Vertragsparteien eine Vereinbarung getroffen, welche der ZKB die Möglichkeit einräumte, den festen Vorschuss zur sofortigen Rückzahlung fällig zu stellen, falls die SAirGroup es unterlassen sollte, die ZKB umgehend über Reduktionen oder Aufhebungen des Kreditengagements bzw. der bestätigten Kreditlimiten anderer Banken gegenüber der SAirGroup zu informieren. Auch die tatsächliche Reduktion oder Aufhebung einer bestätigten Kreditlimite durch eine Drittbank sollte der ZKB eine Kündigung ihres eigenen finanziellen Engagements ermöglichen (sog. «pari-passu»-Klausel).² Gestützt auf die Kreditvereinbarung zahlte die SAirGroup der ZKB eine Summe von insgesamt rund 80,5 Mio. CHF in mehreren Tranchen zurück, wobei die erste Zahlung am 21. August 2001 erfolgte, die zweite am 5. September 2001 und die letzte schliesslich am 27. September 2001. Am 2. Oktober desselben Jahres musste die SAirGroup ihren Flugbetrieb mangels Liquidität einstellen. Die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung folgte drei Tage nach dem «Grounding», am 5. Oktober 2001. Der vorgeschlagene Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erwuchs am 26. Juni 2003 in Rechtskraft.

Mit Klage vom 17. Juni/16. November 2005 beantragte die SAirGroup in Nachlassliquidation, die ZKB sei zur Rückzahlung der oben genannten Summe von 80,5 Mio. CHF zuzüglich Zins zu verpflichten. Gestützt wurde der geltend gemachte Anspruch auf den Tatbestand der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG. Die ZKB gewann den Prozess vor dem Zürcher Handelsgericht mit Urteil vom 10. Januar 2007.

Gegen dieses Urteil erhebt die SAirGroup in Nachlassliquidation Beschwerde ans Bundesgericht.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Im vorliegenden Urteil befasst sich das Bundesgericht in der Hauptsache mit den Voraussetzungen der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG [1.],

* Andrea Galliker ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ In dieser Sache sind neben dem vorliegenden zwei weitere bundesgerichtliche Urteile ergangen (5A_37/2008 und 5A_469/2008), welche auf die Urteilsbegründung in diesem Fall Bezug nehmen.

² BGE 134 III 452 Erw. 6.1.

wobei die Kriterien der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit durch die Gegenpartei im Zentrum stehen. Weiter erfolgt eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Thema der anfechtbaren Rechtshandlungen während und im Rahmen einer Sanierung der Schuldnerin, in deren Zusammenhang Ausführungen zum Sonderfall des Sanierungsdarlehens gemacht werden [2.]. Die diesbezüglichen höchststrichterlichen Erwägungen münden in eine Erörterung der Frage, ob die Voraussetzungen von Schädigungsabsicht und Erkennbarkeit im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht des Handelsgerichts bejaht werden müssen [3]. Im Ergebnis verwirft das Bundesgericht die rechtliche Auffassung der Vorinstanz und heisst die Beschwerde der SAirGroup vollumfänglich gut.

1. Voraussetzungen der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

Anfechtbar sind gemäss Art. 288 SchKG alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Der Anfechtungsklage unterliegen auch Rechtshandlungen, welche der Schuldner vor der Bestätigung eines Nachlassvertrages getätigt hat (Art. 331 SchKG). Die Klage nach Art. 288 SchKG, welche die Wiedergutmachung eines den Gläubigern oder einem Teil davon zugefügten Nachteils bezweckt, setzt neben der tatsächlichen Gläubigerschädigung die Schädigungsabsicht des Schuldners sowie deren Erkennbarkeit für den Dritten voraus.³

1.1 Gläubigerschädigung

Das Bundesgericht bemerkt in Bezug auf die Voraussetzung der Schädigung einzelner oder mehrerer Gläubiger, dass die Rückzahlung eines Darlehens nicht als gleichwertige Gegenleistung für dessen Gewährung zu qualifizieren sei.⁴ Vielmehr beinhalte sie die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zur späteren Rückzahlung.⁵ Da der angefochtenen Rückzahlung von insgesamt 80,5 Mio.

CHF zuzüglich Zins ein ungesicherter Kredit zugrunde gelegen habe, hätten die einzelnen Teilrückzahlungen die Beschwerdegegnerin begünstigt und zumindest die anderen Drittklassgläubiger durch die Verminderung des der Vollstreckung unterliegenden Vermögens geschädigt.⁶ Die Voraussetzung der Gläubigerschädigung könne deshalb als erfüllt betrachtet werden.⁷

1.2 Schädigungsabsicht

Eine Schädigungsabsicht liegt nach Ansicht des Bundesgerichts vor, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt.⁸ Dabei sei nicht erforderlich, dass der Schuldner eine solche Ungleichbehandlung der Gläubiger geradezu bezweckt habe.⁹ Vielmehr genüge es, wenn sich der Schuldner darüber habe Rechenschaft geben können und müssen sowie gleichsam in Kauf genommen habe, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt würden.¹⁰

1.3 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch den Dritten

Gemäss Bundesgericht genügt es für die Bejahung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, wenn der Dritte bei der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen.¹¹ Weiter führt das Bundesgericht aus, dass damit keine unbeschränkte Erkundigungspflicht aufgestellt werde. Im Allgemeinen brauche sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht.¹² Eine sorgfältige Prüfung in Bezug auf eine mögliche Schädigungsabsicht dürfe vom Begünstigten, im Sinne einer Obliegenheit, nur verlangt werden, wenn

³ Vgl. BGE 29 II 747 Erw. 6; BGE 99 III 27 Erw. 3.

⁴ BGE 134 III 452 Erw. 3.1.

⁵ BGE 134 III 452 Erw. 3.1.

⁶ BGE 134 III 452 Erw. 3.2.

⁷ BGE 134 III 452 Erw. 3.3.

⁸ BGE 134 III 452 Erw. 4.1.

⁹ BGE 134 III 452 Erw. 4.1.

¹⁰ BGE 21 I 660 Erw. 4; BGE 83 III 82 Erw. 3a.

¹¹ BGE 83 III 82 Erw. 3b; BGE 99 III 89 Erw. 4b.

¹² BGE 134 III 452 Erw. 4.2.

deutliche Anzeichen dafür sprächen, dass eine Schädigung beabsichtigt sei.¹³

2. Absichtsanfechtung und Sanierungsverhalten

Vor Bundesgericht streitig ist die Beurteilung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit, wenn anfechtbare Rechtshandlungen während und im Rahmen einer Sanierung des Schuldners erfolgen.

2.1 Sonderfall des Sanierungsdarlehens

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die Anfechtungsklage nicht zum Zweck, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen.¹⁴ In diesem Sinne, so das Bundesgericht, solle es grundsätzlich erlaubt sein, einem bedrängten Schuldner «aus der Klemme» zu helfen.¹⁵ Die Gewährung von Zahlungsmitteln müsste allerdings dem besonderen Zweck der Sanierung dienen und nicht bloss dazu, Geld kurzfristig und zu hohem Zins anzulegen.¹⁶ Liege ein solches Sanierungsdarlehen vor, so sei der besondere Entstehungsgrund der Rückzahlungsverpflichtung zu berücksichtigen, mit der Folge, dass die Begünstigungsabsicht auf Seiten des Schuldners und ihre Erkennbarkeit für den Dritten zu verneinen seien.¹⁷ Das Bundesgericht stellt diesbezüglich klar, dass ein der besonderen Behandlung würdiges Sanierungsdarlehen nur angenommen werden könne, wenn berechnete, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben seien.¹⁸ Ausschliesslich dann liege die Abwicklung des betreffenden Geschäfts, bestehend aus der Gewährung und der Rückzahlung des Darlehens, nicht nur im Interesse des Darlehensgebers, sondern auch in demjenigen aller anderen Gläubiger des Schuldners.¹⁹

Das Bundesgericht kam im vorliegenden Fall zum Schluss, dass aufgrund des festgestellten Sachver-

halts nicht von einem Sanierungsdarlehen ausgegangen werden könne.²⁰ Die dreimonatige Verlängerung des Darlehens im März 2001 habe nicht den Zweck gehabt, die ab Beginn des Jahres 2001 erkennbar in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckende SAir-Group zu unterstützen, vielmehr habe sie lediglich der bisherigen Praxis der Beschwerdegegnerin entsprochen.²¹ Auch seien nach der Mitteilung von Zahlungen an andere Kreditgeber jeweils Teilbeträge des Darlehens nebst Zins sofort fällig gestellt und ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der SAirGroup eingefordert worden, was zur Folge habe, dass sich die Beschwerdegegnerin mit ihrem Verhalten nicht von anderen gewöhnlichen Kreditgebern unterscheide.²² Aus diesen Gründen könne im vorliegenden Fall nicht auf die Rechtsprechung zum Sonderfall der Sanierungsdarlehens abgestellt werden,²³ sodass die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit durch die Gegenpartei nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen seien.²⁴

2.2 Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit im konkreten Fall

2.2.1 Schädigungsabsicht der SAirGroup

Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht sei insgesamt entscheidend, dass die SAirGroup bereits vor der ersten angefochtenen Darlehensrückzahlung am 21. August 2001 über ihre eigene finanzielle Notlage im Bilde war. Schon im April 2001 habe sie einen Vorjahresverlust von 2,8 Mio. CHF, die Auswechslung ihrer Geschäftsleitung sowie die Absicherung ihrer Liquidität durch eine neue Kreditlinie über 1 Mia. CHF bekannt gegeben.²⁵ Das Bundesgericht geht in Anbetracht des Wissens seitens der SAir-Group um ihre schlechte finanzielle Lage davon aus, dass diese zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdegegnerin andere Gläubiger zu schädigen.²⁶ Das Bundesgericht kommt aus den dargelegten Gründen zum Schluss, dass die Voraussetzung der Schädigungsabsicht der SAir-

¹³ BGE 30 II 160 Erw. 5; BGE 37 II 303 Erw. 6.

¹⁴ BGE 134 III 452 Erw. 5.2.

¹⁵ BGE 33 II 345 Erw. 6.

¹⁶ BGE 99 III 27 Erw. 5.

¹⁷ BGE 134 III 452 Erw. 5.3; vgl. dazu *Hans Merz*, Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1949–1952, ZBJV 90 (1954) S. 168; *Jean Castella*, La connivence du bénéficiaire de l'acte révocable d'après l'art. 288 LP, JdT 104/1956 II 67, S. 79 f.

¹⁸ BGE 134 III 452 Erw. 5.3.

¹⁹ BGE 134 III 452 Erw. 5.3.

²⁰ BGE 134 III 452 Erw. 6.

²¹ BGE 134 III 452 Erw. 6.1.

²² BGE 134 III 452 Erw. 6.1.

²³ BGE 134 III 452 Erw. 6.3.

²⁴ BGE 134 III 452 Erw. 6.3.

²⁵ BGE 134 III 452 Erw. 7.4.

²⁶ BGE 134 III 452 Erw. 7.4.

Group im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden muss.²⁷

2.2.2 Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB

Das Bundesgericht bejaht schliesslich auch das Vorliegen der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die Gegenpartei.²⁸ Bezüglich der Beurteilung dieser letzten Voraussetzung war für das Bundesgericht entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin auch dann noch passiv geblieben sei und keine weiteren Erkundigungen eingezogen habe, als aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtlage bereits deutliche Anzeichen für die Inkaufnahme einer Schädigung anderer Gläubiger bestanden hätten.²⁹ Denn die Mitteilung des massiven Vorjahresverlustes, der drastischen Massnahme der Auswechslung der Führungsspitze sowie der erforderlichen Aufnahme eines Kredits in Milliardenhöhe, welche bereits im April 2001 erfolgte, hätte die ZKB alarmieren müssen.³⁰ Die Beschwerdegegnerin habe praktisch blind darauf vertraut, die mögliche und auch nahe liegende Gläubigerschädigung würde ausbleiben, zumal ein Schuldner, welcher werthaltige und gewinnträchtige Unternehmensteile veräussere und sogar den Staat um finanzielle Hilfe angehe, erkennbar um sein wirtschaftliches Überleben kämpfe.³¹

III. Bemerkungen

Die nachfolgenden Bemerkungen befassen sich mit den Erwägungen des Bundesgerichts zur Absichtsanfechtung im Falle laufender Sanierungsbemühungen der Schuldnerin, unter Einbezug der diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen des Handelsgerichts des Kantons Zürich [1.]. Des Weiteren soll in diesem Zusammenhang auf den «Sonderfall» des Darlehens zu Sanierungszwecken eingegangen werden [2.].

1. Absichtsanfechtung und Sanierungsverhalten

Divergenzen zwischen den erwähnten Instanzen ergeben sich primär aufgrund der unterschiedlichen Würdigung äusserer Umstände, welche für die Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB herangezogen wurden. Da sich das Zürcher Handelsgericht praktisch ausschliesslich zur letztgenannten Voraussetzung der Absichtsanfechtung äusserte,³² werden die folgenden Ausführungen auf diese Problematik fokussieren.

1.1 Voraussetzungen von Art. 288 SchKG

Gemäss Art. 288 i.V.m. Art. 331 Abs. 1 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb von fünf Jahren vor der Pfändung, Konkursöffnung oder der Bestätigung eines Nachlassvertrages in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Nebst den objektiven Tatbestandsmerkmalen, wie die vermögensschädigende Rechtshandlung des Schuldners und ihre Vornahme innerhalb der Verdachtsperiode, müssen zwei subjektive Voraussetzungen erfüllt sein: Der Schuldner muss die Schädigung beabsichtigt und der Vertragspartner dies erkannt haben.

1.1.1 Objektive Tatbestandselemente

Als Rechtshandlung gilt jede Willensbetätigung mit rechtlicher Wirkung, wobei diese in einer rechtsgeschäftlichen oder deliktischen Handlung, in der unterlassenen Geltendmachung eines dem Schuldner zustehenden Rechts oder in der Vornahme oder Unterlassung prozessualer oder betriebsrechtlicher Vorkehrungen bestehen kann.³³ Die aus der betref-

²⁷ BGE 134 III 452 Erw. 7.5.

²⁸ BGE 134 III 452 Erw. 8.5.

²⁹ BGE 134 III 452 Erw. 8.4.

³⁰ BGE 134 III 452 Erw. 8.4.

³¹ BGE 134 III 452 Erw. 8.4.

³² Insbesondere hat das Zürcher Handelsgericht die Gläubigerschädigung nicht eigens erörtert, sondern diese gemäss Bundesgericht als offenkundig angenommen. Des Weiteren ist es auch nicht auf die Voraussetzung der Schädigungsabsicht eingegangen, da es direkt geprüft hat, ob die Beschwerdegegnerin eine allenfalls vorhandene Schädigungsabsicht hätte erkennen können, was letztlich verneint wurde. Vgl. dazu BGE 134 III 452 Erw. 3 und 7; ZR 106 (2007) Erw. VII.5.

³³ *Ernst Blumenstein*, Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betriebsrechtlichen und prozessualen Bedeutung, ZBJV (1914) S. 233 ff.; *Adrian Staehelin*, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 11 zu Art. 285 SchKG.

fenden Rechtshandlung resultierende Schädigung des Gläubigers bildet ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Anfechtungsklage.³⁴ Der Schaden kann in der Verringerung der Konkursmasse, also in der Minderung des Liquidationserlöses oder in einer sonstigen generellen Verschlechterung der Gläubigerstellung im Vollstreckungsverfahren bestehen.³⁵ Für den vorliegenden Kontext entscheidend ist, dass die Rückzahlung eines dem Schuldner gewährten Darlehens keine Veräusserung mit gleichwertiger Gegenleistung darstellt. Denn diese ist nicht als Gegenleistung zu qualifizieren, sondern als bei Vertragsschluss eingegangene Verpflichtung, das Darlehen später zurückzuzahlen.³⁶

1.1.2 Subjektive Tatbestandselemente

Die anfechtbare Rechtshandlung muss in der Absicht erfolgt sein, eine Schädigung einzelner oder aller Gläubiger herbeizuführen.³⁷ Unter Absicht ist vorsätzliches Handeln oder Unterlassen zu verstehen, wobei gemäss Rechtsprechung und Lehre Eventualvorsatz genügt.³⁸ Die Gläubigerbenachteiligung muss nicht der eigentliche Handlungszweck gewesen sein. Es genügt, wenn sie notwendige Folge der schuldnerischen Handlung ist und auf diese Weise vom Willen des Schuldners mitumfasst wird.³⁹ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Absicht des Schuldners bereits dann bejaht, wenn dieser voraussehen konnte und musste, dass er durch seine Hand-

lung einzelne Gläubiger benachteiligt.⁴⁰ Dies ist der Fall, wenn der Schuldner seinen finanziellen Zusammenbruch zumindest «als drohend erachten musste».⁴¹

Diese Absicht der Gläubigerschädigung muss für den anderen Teil erkennbar sein, wobei mit dem Ausdruck «anderer Teil» jede Person gemeint ist, welche durch die betreffende Handlung des Schuldners aus dessen Vermögen etwas erhalten hat.⁴² Die Erkennbarkeit ist zu bejahen, wenn die Schädigungsabsicht bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit von der Gegenpartei erkannt werden konnte.⁴³ Fahrlässige Unkenntnis reicht dabei aus.⁴⁴

1.2 Sanierungsverhalten der Schuldnerin

1.2.1 Erwägungen des Handelsgerichts des Kantons Zürich

Das Handelsgericht bezeichnet die Phase, in welcher die SAirGroup offensichtlich ums Überleben kämpfte und welche idealiter in einem «turnaround» geendet hätte, als Sanierungsphase und setzt ihren Beginn auf April 2001 fest.⁴⁵ Es führt zum Punkt der Sanierungsbemühungen aus, dass diese in aller Regel im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger und auch der Aktionäre unternommen würden und grundsätzlich die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes mit Fortführungswillen mehr oder weniger im Sinne eines «courant normal» voraussetzen.⁴⁶ Zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes gehörten nicht nur die Generierung von Einnahmen und die Geltendmachung von Rechten, sondern auch die Erfüllung von Verpflichtungen, um das Vertrauen in die Gesellschaft aufrecht zu erhalten.⁴⁷ Die Rechtsprechung zu Art. 288 SchKG dürfe in diesem Sinne nicht einfach das Wissen um die schlechte Lage genügen lassen, vielmehr müsse es zur Bejahung der Pauliana

³⁴ Stefan Knobloch, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. Zürich 2006, S. 80.

³⁵ BGE 31 II 322 Erw. 5; BGE 99 III 27 Erw. 3; BGE 101 III 92 Erw. 4a; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreiber und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 1997/99, N 3 und N 21 zu Art. 288 SchKG; Staehelin (Fn. 33), N 14 zu Art. 288 SchKG.

³⁶ BGE 99 III 27 Erw. 5; Staehelin (Fn. 33), N 13 zu Art. 288 SchKG.

³⁷ BGE 99 III 27 Erw. 3; Staehelin (Fn. 33), N 14 zu Art. 288 SchKG.

³⁸ BGer 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004 Erw. 5.1; Henri-Robert Schüpbach, Droit et action révocatoires, Basel 1997, N 68 zu Art. 288 LP; Staehelin (Fn. 33), N 16 zu Art. 288 SchKG; a.M. Edward E. Ott, Bundesgericht 5A_29/2007: schlecht für Kreditnehmer und Banken? (II), S. 2 ff., abrufbar unter: http://www.edward-ott.ch/report/5A_29.2007.pdf (besucht am 10. November 2008).

³⁹ BGE 55 III 80 Erw. b; BGE 42 III 360 Erw. 3; BGE 83 III 82 Erw. 3a; ZR 83 (1984) Nr. 126 Erw. IV. 2.

⁴⁰ BGE 83 III 82 Erw. 3a.; ZR 83 (1984) Nr. 126 Erw. IV.2; Urteil des BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 Erw. 3a. Kritisch zu dieser Auslegung des Absichtsbegriffs: Hans Hinderling, Aspekte der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 258 f.; Hans Peter Berz, Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich 1960, S. 64.

⁴¹ BGE 43 III 247 Erw. 2.

⁴² Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 35), N 16 zu Art. 288 SchKG.

⁴³ Vgl. etwa BGE 30 II 160 Erw. 5; BGE 33 II 657 Erw. 4.

⁴⁴ Vgl. etwa BGE 27 II 271 Erw. 4; BGE 37 II 303 Erw. 6.

⁴⁵ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VI.3.

⁴⁶ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VI.4.

⁴⁷ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VI.4.

um die Erkenntnis beim Schuldner gehen, dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich ist und nur noch die Liquidation bleibt.⁴⁸ Für die Bejahung einer Pflichtverletzung entscheidend sei allein, ob aus Sicht der Beteiligten diese Konsequenzen in einem bestimmten Zeitpunkt vor dem Fallieren erkannt wurden oder hätten erkannt werden sollen.⁴⁹ Grundsätzlich dürfe sich eine Gläubigerin aber auf den Standpunkt stellen, die an sie während der Sanierungsphase getätigte Leistung sei Bestandteil des Sanierungskonzepts.⁵⁰

Das Handelsgericht kam in Bezug auf alle drei von der ZKB an die SAirGroup zwischen August und September 2001 zurückbezahlten Tranchen zum Schluss, dass der Bank keine Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht vorgeworfen werden könne. Einem grossen, börsenkotierten Unternehmen wie der SAirGroup käme im Rahmen von Sanierungsbemühungen das Recht zu, den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten, was dazu führe, dass ein Geschäftspartner ohne spezielle Umstände, wie beispielsweise Insiderwissen über das bevorstehende Fallieren, die Entgegennahme von Erfüllungshandlungen nicht als Ausdruck einer erkannten Benachteiligungsabsicht werten müsse, selbst wenn die Erfüllung auch wegen einer gewissen Besorgnis über die mittel- und langfristige Entwicklung der Schuldnerin verlangt wurde.⁵¹ Zur Untermauerung dieses Schlusses führt das Zürcher Handelsgericht in Bezug auf jeden einzelnen Kreditrückzahlungsbetrag Fakten auf, welche gegen eine Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht seitens der Bank sprechen. In Bezug auf die erste Tranche vom 21. August 2001 sei insbesondere zu bemerken, dass kurz vor dieser Zahlung von Vertretern der SAirGroup ein sogenannter «Restructuring Plan» präsentiert wurde, der eine Verringerung der Schulden zwischen März und Juni 2001 darlegte und von der Anstrengung einer weiteren Reduzierung der Verschuldung bis Ende 2002 sprach.⁵² Auch sei die Unterzeichnung eines Vertrages über einen Überbrückungskredit namhafter Banken bekannt gegeben worden, was wiederum den Schluss zugelassen habe, es bestehe kein Anlass, ein baldiges Fallieren der

SAirGroup anzunehmen.⁵³ Was die Zahlung der zweiten Tranche vom 5. September 2001 anbelangt, habe aufgrund der Kommentierungen von Abschluss und seitherigen Ereignissen gegenüber den Kreditgebern am 30. August 2001 kein Zweifel an der Überzeugung der Unternehmensführung bezüglich der Erreichung des «turnarounds» bestanden, obwohl der konsolidierte Halbjahresabschluss ein düsteres Bild gezeigt habe.⁵⁴ In diesem Statement werde insbesondere in einem sehr bestimmten Tonfall vom Verkauf verschiedener Unternehmensteile gesprochen, welcher es der SAirGroup ermöglichen soll, ihre Bankschulden zu reduzieren, sodass man im Verlaufe des Jahres 2002 in der Position sein würde, sämtliche ungesicherten Bankschulden zurückzuzahlen.⁵⁵ Die Beklagte als Adressatin dieses Statements habe insofern nicht darauf schliessen müssen, die SAirGroup sei illiquid oder überschuldet.⁵⁶ In einem gleichentags publizierten Medienbulletin sei zudem festgehalten worden, dass die SAirGroup weiterhin alle ungesicherten Bankdarlehen bei Fälligkeit zurückzahlen werde.⁵⁷ Die Erlöse aus dem geplanten Veräusserungsprogramm sollten zur vorzeitigen Rückzahlung ungesicherter Darlehen an jene Banken dienen, welche die Gruppe nicht länger unterstützen wollten.⁵⁸ Diesen offiziellen Verlautbarungen seien noch weitere ähnlich gelagerte durch die seriöse Presse gefolgt, welche Aussenstehende darauf schliessen liessen, die SAirGroup befinde sich immer noch in der Sanierungsphase.⁵⁹ Bezüglich der dritten Rückzahlung des Kredites, welche am 27. September 2001 erfolgte, erwähnte das Zürcher Handelsgericht insbesondere das am 25. September 2001 veröffentlichte Pressebulletin, welches von einem Schreiben an die Kreditgeber begleitet wurde. Darin sei dargelegt worden, dass Massnahmen ergriffen würden, welche als Folge von 9/11 zu einer Restrukturierung und Rekapitalisierung führen sollten, wobei auch die Kontaktaufnahme mit der Schweizer Regierung erwähnt wurde, welche an einer funktionierenden Fluggesellschaft interessiert sei.⁶⁰ Die SAirGroup werde die fäl-

⁴⁸ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VI.5.

⁴⁹ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VI.6.

⁵⁰ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VI.6.

⁵¹ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.1.

⁵² ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.1.

⁵³ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.1.

⁵⁴ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.2.

⁵⁵ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.2.

⁵⁶ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.2.

⁵⁷ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.2.

⁵⁸ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.2.

⁵⁹ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.2.

⁶⁰ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.3.

ligen Verbindlichkeiten begleichen, wobei der Verkauf namhafter Unternehmensteile erwartet werde.⁶¹ Das Zürcher Handelsgericht kam zum Schluss, dass nicht die Vorstellung über ein unmittelbar bevorstehendes Fallieren der SAirGroup den Ausschlag für einen Ausstieg der ZKB aus ihrem Kreditengagement gegeben habe, sondern vielmehr der Wunsch nach einem geordneten Rückzug bei einem Sanierungsfall, welcher nach aussen nicht aussichtslos erschienen habe.⁶² Die Erkennbarkeit einer allfälligen Schädigungsabsicht der SAirGroup durch die ZKB wurde in diesem Sinne verneint, was zur Abweisung der Klage führte.

1.2.2 Position des Bundesgerichts

In Bezug auf die Erwägungen des Bundesgerichts zur Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im konkreten Fall kann grundsätzlich auf die Ausführungen unter II 2. verwiesen werden. Das Bundesgericht anerkennt wohl, dass es nicht der Zweck der Anfechtungsklage sei, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen.⁶³ In der Folge geht es aber unmissverständlich davon aus, dass mit einer Hilfeleistung nur die Gewährung von Zahlungsmitteln gemeint ist, welche zum besonderen Zweck der Sanierung zur Verfügung gestellt werden.⁶⁴ Dem Handelsgericht könne hinsichtlich der Gewichtung schuldnerischer Sanierungsbemühungen nicht zugestimmt werden. Denn die handelsgerichtliche Rechtsauffassung schränke den Anwendungsbereich der Absichtsanfechtung zu stark ein und führe zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger.⁶⁵ Bemühungen um die Sanierung von Unternehmen könnten zwar berücksichtigt werden, doch nicht in einer Weise, dass die Anfechtungsklage ab einem bestimmten Zeitpunkt faktisch ausgeschlossen werde, wobei die Sanierungsphase sowieso nur schwer eingrenzbar sei.⁶⁶ Es bestehe kein sachlicher Grund, von der bisherigen Rechtsprechung, welche einzig dem Darlehen zu Sanierungszwecken einen besonderen Stellenwert einräumt, abzuweichen und dadurch künftigen Lösungen des Gesetzgebers vorzugreifen.⁶⁷

Nach eingehender Prüfung verneint das Bundesgericht das Vorliegen eines privilegierten «Sonderfalls» des Sanierungsdarlehens in Bezug auf die Darlehensverlängerung durch die ZKB im März 2001. Denn ihr Verhalten entspreche nur demjenigen gewöhnlicher Kreditgeber.⁶⁸ Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, welche in der Folge nach allgemeinen Grundsätzen beurteilt wird, bejaht das Bundesgericht unter Würdigung aller äusseren Umstände. Es betont insbesondere die Passivität der Beschwerdegegnerin in einer Phase, «als aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtlage bereits deutliche Anzeichen dafür bestanden, die SAirGroup könnte mit den jeweiligen Darlehensrückzahlungen eine Schädigung anderer Gläubiger zumindest in Kauf nehmen».⁶⁹

1.2.3 Fazit

Die Divergenzen zwischen den beiden Instanzen hinsichtlich der Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB beruhen darauf, dass es sich bei der genannten Voraussetzung um eine innere Tatsache handelt, welche dem direkten Beweis entzogen ist und nur durch äussere Umstände, sogenannte Indizien, bewiesen werden kann.⁷⁰ Das Bundesgericht und das Zürcher Handelsgericht gewichten insbesondere den Umstand des Sanierungsversuchs des Schuldners unterschiedlich. Während das Handelsgericht davon ausging, dass die intensiven Bemühungen der SAirGroup um eine Sanierung bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit eine entscheidende Rolle spielen müssen, würdigt das Bundesgericht diesen Punkt kaum – abgesehen vom erwähnten Ausnahmefall eines Sanierungsdarlehens. Im Folgenden sollen die Bedeutung schuldnerischer Sanierungsbestrebungen eingehender untersucht sowie weitere für das bundesgerichtliche Urteil relevante Indizien analysiert werden.

1.3 Indizienwürdigung

1.3.1 Schlechte Vermögenslage der Schuldnerin

Indizien im Sinne äusserer Umstände, welche für eine Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die

⁶¹ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.3.

⁶² ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. VII.3.

⁶³ BGE 134 III 452 Erw. 5.2.

⁶⁴ Vgl. dazu BGE 134 III 452 Erw. 5.2.

⁶⁵ BGE 134 III 452 Erw. 5.4.

⁶⁶ BGE 134 III 452 Erw. 5.4.

⁶⁷ BGE 134 III 452 Erw. 5.5.

⁶⁸ Vgl. dazu die Ausführungen unter II.2.1.

⁶⁹ BGE 134 III 452 Erw. 8.4.

⁷⁰ Knobloch (Fn. 34), S. 98; Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Bern 2001, § 44 N 7.

Gegenpartei sprechen, sind beispielsweise die Kenntnis der schlechten Vermögenslage des Schuldners oder die allgemeine Bekanntheit einer solchen Situation.⁷¹ Nicht nur die ZKB als Adressatin diverser im Sachverhalt erwähnter Mitteilungen durch die Führungskräfte der SAirGroup wurde über die angespannte finanzielle Lage ihrer Schuldnerin aufgeklärt. Vielmehr waren die wirtschaftlichen Schwierigkeiten bereits in einem frühen Stadium auch Gegenstand zahlreicher Presseartikel, wodurch die breite Öffentlichkeit über die bedrohlichen Umstände in Kenntnis gesetzt wurde. Die Tatsache, dass «die SAirGroup in erkennbarer Weise jedenfalls mit Beginn des Jahres 2001 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckte»,⁷² wertet das Bundesgericht als besonderes Indiz im oben genannten Sinn.

1.3.2 Passivität der Gegenpartei

In der Regel braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch eine Rechtshandlung die Gläubiger des Handelnden geschädigt werden.⁷³ Nur wenn deutliche Anzeichen für eine entsprechende Absicht vorliegen, muss vom Begünstigten eine diesbezüglich sorgfältige Prüfung verlangt werden.⁷⁴ Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht wird insbesondere dann bejaht, wenn Anzeichen für eine schlechte Vermögenslage des Schuldners vorliegen⁷⁵ oder wenn der Gläubiger offensichtlich über die ungünstigen Vermögensverhältnisse des Schuldners informiert ist.⁷⁶ Die Anforderungen an das Wissen müssen um eine Schädigungsabsicht des Schuldners ergeben sich aus den persönlichen Fähigkeiten der Gläubigerin.⁷⁷ Aufgrund ihrer Erkundigungsmöglichkeiten gegenüber Darlehensnehmern trifft die Bank eine besondere Pflicht, sich über die finanziellen Verhältnisse des Schuldners zu informieren.⁷⁸

Wiederum legt das Bundesgericht der ZKB als Kreditgeberin die Kenntnis der Finanzlage der SAirGroup zur Last. Im Sinne einer Obliegenheit wäre sie vor Annahme der Kreditrückzahlungen gehalten gewesen, weitere Erkundigungen über die finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin einzuholen. Auf diese Weise hätte sie sich vom Vorwurf der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht allenfalls befreien können.

1.3.3 «pari-passu»-Klausel

Mit der Vereinbarung einer «pari-passu»-Klausel soll die Gleichstellung der Rückzahlungs- und Zinsforderung des Kreditgläubigers mit allen anderen bestehenden und künftigen ungesicherten sowie nicht nachrangigen Schulden des Kreditnehmers sichergestellt werden.⁷⁹ Diese Klausel gehört zu den in der Bankenpraxis gebräuchlichen «event of default»-Klauseln, welche dem Kreditgeber in bestimmten, vertraglich definierten Fällen die sofortige Kündigung des Kredits ermöglichen.⁸⁰

Die im Bankgeschäft im Rahmen der Vergabe von Blankokrediten übliche Vereinbarung einer «pari-passu»-Klausel war auch Teil des Kreditvertrages zwischen der ZKB und der SAirGroup.⁸¹ Die erneute Einigung der Parteien bezüglich einer solchen Klausel im Juli 2001 bildet mehrfach Gegenstand der bundesgerichtlichen Erwägungen. Das Bundesgericht qualifiziert die «pari-passu»-Klausel primär als legitimes Instrument, welches die Gleichstellung der Beschwerdegegnerin mit anderen Kreditgebern sicherstellen soll.⁸² Es geht jedoch davon aus, dass die durch die ZKB initiierte Absicherung der Gleichbehandlung mit anderen Gläubigern von Bankdarlehen nicht genügt, wenn «die jederzeitige Zahlungsbereitschaft der Schuldnerin vom Erfolg der Verhandlungen mit anderen Kreditgebern oder vom Verkauf von Unternehmensteilen» abhängt.⁸³ «Unter den gegebenen Voraussetzungen muss von einer Gläubigerin vielmehr eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, ob durch Zahlungen des Schuldners die Schädigung

⁷¹ Vgl. *Schüpbach* (Fn. 38), N 68 ff. zu Art. 288 SchKG; *Stahelin* (Fn. 33), N 23 zu Art. 288 SchKG; *Christoph Rüedi*, Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts nach Art. 285 ff. SchKG, Diss. Zürich 2008, N 59.

⁷² BGE 134 III 452 Erw. 8.1.

⁷³ *Stahelin* (Fn. 33), N 19 zu Art. 288 SchKG.

⁷⁴ BGE 30 II 160 Erw. 5; BGE 89 III 47 Erw. 2.

⁷⁵ BGE 99 III 89 Erw. 4b.

⁷⁶ *Stahelin* (Fn. 33), N 20 zu Art. 288 SchKG.

⁷⁷ *Thomas Rebsamen*, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch das Aktienrecht, Diss. Freiburg 2004, S. 164.

⁷⁸ BGE 99 III 89 Erw. 4b/bb; das Bundesgericht geht im vorliegenden Entscheid wohl nicht explizit auf diese erhöhte Informationspflicht von Banken ein. Von einer solchen ist unseres Erachtens jedoch auszugehen.

⁷⁹ *Heinz Schärer/Benedikt Maurenbrecher*, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (OR I)*, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003, N 18 zu Art. 312 OR; *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage, Zürich 2004, N 1216.

⁸⁰ *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 79), N 978 und N 1211; *Schärer/Maurenbrecher* (Fn. 79), N 17 ff. zu Art. 318 OR.

⁸¹ ZR 106 (2007) Nr. 22 Erw. V.2.

⁸² Vgl. BGE 134 III 452 Erw. 6.1.

⁸³ BGE 134 III 452 Erw. 8.4.

anderer Gläubiger als möglich erscheint oder vom Schuldner gar gewollt sein könnte.»⁸⁴ Diese Ausführungen lassen deutlich werden, dass das Bundesgericht die erwähnte «*pari-passu*»-Klausel selbst nicht als Indiz wertet, welches für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB spricht. Es wirft der Gläubigerin im Zusammenhang mit deren Vereinbarung jedoch erneut Passivität in einer «alarmierenden» finanziellen Situation der Schuldnerin vor. Diese wiederum wird als äusserer Umstand gewertet, welcher für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB spricht.

Anzumerken bleibt, dass einer Bank die Berufung auf die mangelnde Kenntnis der finanziellen Situation der Kreditnehmerin regelmässig schwer fallen dürfte, wenn eine «*event of default*»-Klausel vereinbart wurde. Die finanziellen Schwierigkeiten der Schuldnerin bilden nämlich gerade den Auslöser für eine Rückzahlung im Zusammenhang mit einer solchen Klausel.⁸⁵

1.3.4 Sanierungsbemühungen

Echte Sanierungsbemühungen sind als Umstand, der gegen eine Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit spricht, mitzubersichtigen.⁸⁶ Sinn und Zweck von Art. 288 SchKG kann nicht die vollständige Vernichtung des Schuldners sein,⁸⁷ zumal eine erfolgreiche Sanierung letztlich im Interesse aller Gläubiger einer angeschlagenen Gesellschaft liegt. Das Handelsgericht geht davon aus, dass die Schuldnerin die Möglichkeit zur Sanierung nur voll ausschöpfen kann, wenn sie ihren Geschäftsgang im Sinne eines «*courant normal*» aufrechterhalten kann. Argumentiert wird, dass die unnötige frühzeitige Zerstörung des Vertrauens in eine Gesellschaft dazu führen würde, dass sie bei Zahlungsschwierigkeiten

selbst in einem Stadium, in welchem die Sanierung durchaus noch möglich wäre, dem Untergang geweiht wäre. Denn die Vernichtung geschäftlicher Beziehungen würde die Weiterführung des bisherigen Betriebs verunmöglichen.⁸⁸ Eine Phase intensiver Sanierungsbemühungen der Schuldnerin könnte deshalb als äusserer Umstand gewertet werden, welcher gegen die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht der Gläubigerin spricht, da auch die Entgegennahme von schuldenrischen Zahlungen in einer solchen Periode zur Aufrechterhaltung des normalen Geschäftsganges zu zählen ist.⁸⁹

Schwierigkeiten bereitet jedoch die Tatsache, dass man es bei Sanierungsbemühungen mit einem vagen Begriff zu tun hat. Einerseits sind die Bestrebungen der Schuldnerin um Sanierung im Sinne eines äusseren Umstandes objektiv feststellbar, da die Anstrengungen zur Rettung eines Unternehmens in der Regel von den entsprechenden Führungskräften nach aussen kund getan werden und idealerweise letztlich von Erfolg gekrönt sind. Andererseits stellt die angekündigte Bemühung um Sanierung, insbesondere der Glaube an deren Erfolg, vorerst eine blosser Hoffnung des Schuldners dar, welche aufgrund ihrer Subjektivität nicht nachgeprüft werden kann. Insofern ist die Qualifikation der Sanierungsbestrebungen als Indiz für das Nichtvorhandensein einer Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit durch die Gegenpartei mangels Objektivierbarkeit problematisch.

Dies wird auch im vorliegenden Entscheid deutlich. Die involvierten Parteien haben darzustellen versucht, dass sie bis zum eigentlichen Grounding davon ausgegangen sind, eine Sanierung der SAir-Group sei noch möglich. Letztlich beruhen die diesbezüglichen Äusserungen aus Sicht des Bundesgerichts jedoch weitgehend auf einem subjektiven, von Hoffnungen geprägten Wunschenken der betreffenden Personen. Denn bereits vor der ersten Darlehensrückzahlung hätte es die ZKB «alarmieren müssen, dass die SAirGroup nach Mitteilung des massiven Vorjahresverlustes und der ersten einschneidenden Massnahmen (Auswechslung der Führungsspitze)

⁸⁴ BGE 134 III 452 Erw. 8.4.

⁸⁵ *Knobloch* (Fn. 34), S. 133.

⁸⁶ Vgl. dazu auch die Ausführungen von *Ott* (Fn. 38), S. 4, welcher davon ausgeht, dass eine Benachteiligungsabsicht an die Voraussetzung gebunden ist, dass im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung eine Sanierung mit höchster Wahrscheinlichkeit als nicht mehr möglich erscheint, sodass nur noch die Liquidation bleibt.

⁸⁷ Vgl. *Rico A. Camponovo*, Rückerstattung des Revisionsstellenhonorars infolge paulianischer Anfechtung: Sind die Leistungen der Revisionsstelle nichts wert?, ST 2006/8, S. 534 f. *Camponovo* geht davon aus, dass der Fokus des Gesetzgebers darauf liegt, Sanierungsbemühungen zu fördern, und nicht primär darauf, möglichst viel Vermögen für die Verteilung an die Gläubiger sicherzustellen.

⁸⁸ In diesem Sinne auch *Rüedi* (Fn. 71), N 162.

⁸⁹ Vgl. dazu die Ausführungen von *Lukas Glanzmann*, in: Vito Roberto (Hrsg.), *Sanierung der AG*, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 91, welcher davon ausgeht, dass Handlungen nicht anfechtbar sind, wenn sie im Rahmen des normalen Geschäftsganges vorgenommen wurden.

ihre Liquidität bereits im April 2001 nur noch durch die erfolgreiche Aushandlung eines Kredits von einer Milliarde Franken sicherstellen konnte und im Juli 2001 den Verkauf von Unternehmensteilen ankündigen musste».⁹⁰

Schwer definierbar ist auch der Begriff des normalen Geschäftsganges – insbesondere in zeitlicher Hinsicht. Faktisch kann von einer Aufrechterhaltung eines «courant normal» umso weniger ausgegangen werden, als das Unternehmen des Schuldners in eine Schieflage gerät und das Risiko eines Scheiterns zunimmt.⁹¹ Die Festlegung eines diesbezüglichen Zeitpunkts gestaltet sich jedoch schwierig. Er wird wohl spätestens dann erreicht sein, wenn aufgrund objektiver Sicht der Konkurs zumindest ernstlich droht oder gar als unabwendbar erscheint, sodass eine Sanierung kaum mehr realistisch ist.⁹² Doch auch diese Definition lässt trotz der versuchten Objektivierung einen grossen Ermessensspielraum offen.⁹³

Die obigen Erwägungen lassen deutlich werden, dass das Vorbringen von Sanierungsbemühungen unter Aufrechterhaltung eines «courant normal» mangels begrifflicher Fassbarkeit nicht die für einen äusseren Umstand zu fordernde Qualität aufweist. Im Zusammenhang mit einer Absichtsanfechtung wird der Einwand der Sanierungsbemühungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung regelmässig vorgebracht. Der persönliche Glaube dieser Organe daran, dass sie den Gang zum Richter vermeiden und die Schulden zurückzahlen können, genügt als Argument, welches gegen eine Schädigungsabsicht bzw. deren Erkennbarkeit durch die Gegenpartei spricht, jedoch nicht.⁹⁴ Zu einem anderen Resultat könnte man unter Umständen in Fällen kommen, in welchen eine Sanierung, die letztlich zur Befriedigung aller Gläubigeransprüche führt,⁹⁵ in tatsächlicher Griffweite liegt. Falls jedoch, wie im vorliegenden Fall, keine ernsthafte Möglichkeit besteht, alle Schulden zu befriedigen, gibt es keinen Grund zur privilegierenden Befriedigung gewisser Forderungen.⁹⁶

1.3.5 Fazit

Die äusseren Umstände, welche für die Erkennbarkeit einer allfälligen Schädigungsabsicht durch die ZKB sprechen, überwiegen gemäss bundesgerichtlichen Erwägungen klar. Dem Argument der allgemein bekannten schlechten finanziellen Verfassung der SAirGroup wird vorrangige Bedeutung beigegeben.⁹⁷ Wichtig dürfte wohl mitunter sein, dass jeder Schuldner, welcher ums Überleben kämpft, bis zum Zeitpunkt des tatsächlichen Fallierens auf den Eintritt des «turnaround» hofft. Ein blosses Abstützen auf Sanierungsbemühungen und die damit verbundenen Hoffnungen der Parteien können jedoch nicht das entscheidende Argument gegen eine Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit durch die Gegenpartei darstellen. Der Rechtsbehelf der Absichtsanfechtung erwies sich ansonsten geradezu als obsolet, da es kaum je einen Schuldner geben dürfte, welcher nicht um die Herbeiführung eines Sanierungserfolges bestrebt war.

2. Sanierungsdarlehen als «Sonderfall»

Die bisherigen Ausführungen lassen deutlich werden, dass das Bundesgericht allgemeinen Sanierungsbemühungen des Schuldners im Rahmen der Absichtsanfechtung keinen hohen Stellenwert einräumt. Es bleibt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum «Sonderfall» des Sanierungsdarlehens zu erörtern und die Rechtfertigung einer Privilegierung desselben zu analysieren.

2.1 Sanierungsdarlehen im Allgemeinen

Unter dem Begriff des Sanierungsdarlehens ist die finanzielle Unterstützung eines Schuldners zu verstehen, welcher sich in einer Sanierungssituation befindet. Sie bezweckt die zumindest vorübergehende Sicherung und Wiederherstellung der Liquidität des Schuldners mit dem Ziel der Aufrechterhaltung des Geschäftsganges.⁹⁸ Gemäss der bundesgerichtlichen

⁹⁰ BGE 134 III 452 Erw. 8.4.

⁹¹ Jörg Witmer, Rechtlich legitimierte Überschuldung und Anfechtungstatbestände, AJP/PJA 2006/2, S. 155.

⁹² Witmer (Fn. 91), S. 155.

⁹³ Witmer (Fn. 91), S. 156.

⁹⁴ Rebsamen (Fn. 77), S. 162.

⁹⁵ Rebsamen (Fn. 77), S. 162.

⁹⁶ Rebsamen (Fn. 77), S. 162, welcher jedoch auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sanierungsdarlehen nicht begrüsst.

⁹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen von Philipp Weber, Paulianische Anfechtung von (Sanierungs-)Darlehensrückzahlungen, Jusletter vom 20. Oktober 2008, Rz. 11, welcher die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts als sachgerecht beurteilt.

⁹⁸ Armand Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002, S. 190; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, § 13 N 779; Alexander Vogel, Kapitaler-

Praxis sollen Sanierungsdarlehen dazu dienen, einem Schuldner in nicht aussichtsloser Lage aus der Klemme zu helfen. Bei Vorliegen der gegebenen Voraussetzungen unterliegt ein solches Darlehen zu Sanierungszwecken nicht der Anfechtung gemäss Art. 288 SchKG.

Das Bundesgericht pflegt eine äusserst restriktive Praxis, was die Beurteilung von Darlehen zu Sanierungszwecken anbelangt.⁹⁹ Nicht jede finanzielle Leistung an den Schuldner in prekärer finanzieller Situation wird als Sanierungsdarlehen qualifiziert. Vielmehr sind stets die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es muss in diesem Sinne kritisch untersucht werden, ob eine Zahlung mit Wissen und Willen des sie ausrichtenden Gläubigers zum Zwecke der Sanierung geleistet wurde, und zwar in einer Phase, da diese noch gute Aussichten auf einen Erfolg hat.¹⁰⁰ Nur die Würdigung aller relevanten Umstände rechtfertigt eine Sonderbehandlung in Bezug auf die Anfechtbarkeit einer Geldleistung in der Verdachtsperiode.

In der Lehre erweist sich das durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geprägte Institut des Sanierungsdarlehens als nicht unbestritten.¹⁰¹ Denn derartige Sanierungsleistungen werden erst in solch schlechten finanziellen Lagen nötig, in denen Gläubigerschädigungen äusserst wahrscheinlich sind.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sanierungsdarlehen überzeugt unseres Erachtens jedoch. Die Sanierungssituation eines Schuldners im Verfahren der Absichtsanfechtung gänzlich ausser Acht zu lassen, erscheint nicht sachgerecht. Die Berücksichtigung des Sanierungsumstandes rechtfertigt sich aber nur, wenn es darum geht, Geld zu Sanierungszwecken in eine angeschlagene Gesellschaft einzuschiessen. Das Ziel einer solchen finanziellen Unterstützung des Schuldners ist nämlich die Erhöhung seiner Überlebenschancen, welche letztlich allen Gläubigern zugute kommt. Art. 288 SchKG muss

in einem solchen Fall restriktiv ausgelegt werden dürfen.

2.2 Sanierungsdarlehen im konkreten Fall

Zu Recht hat das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Qualifikation des durch die ZKB geleisteten Kredits als Sanierungsdarlehen verneint. Denn die ZKB hat sich gerade nicht darum bemüht, der SAir-Group in ihrer schlechten wirtschaftlichen Situation Hilfe zukommen zu lassen. Vielmehr hat sie im Wissen um die angespannte finanzielle Lage ihr Rückforderungsrecht geltend gemacht. Die erneute Vereinbarung einer «pari-passu»-Klausel wertet das Bundesgericht zudem als Indiz dafür, dass die Beschwerdegegnerin im Vergleich zu anderen Kreditgebern eben gerade keine Sonderleistungen versprechen wollte.¹⁰²

IV. Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts verdient unseres Erachtens Zustimmung. Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB wird aufgrund der vom Bundesgericht dargelegten Indizien zu Recht bejaht. Die Berücksichtigung von Sanierungsbemühungen darf nicht dazu führen, dass die Absichtsanfechtung ab einem gewissen Zeitpunkt faktisch ausgeschlossen wird. Art. 288 SchKG würde sonst weitgehend bedeutungslos. Umgekehrt ist es richtig, Darlehen, die gezielt mit Blick auf eine Sanierung des Schuldners gegeben werden, zu privilegieren. Die Gewährung liquider Mittel an einen finanziell angeschlagenen Schuldner erhöht die Chance auf eine von allen Beteiligten gewünschte erfolgreiche Sanierung. In casu kommt das Bundesgericht allerdings zu Recht zum Schluss, es sei kein Sanierungsdarlehen eingeräumt worden.

Wie der unlängst veröffentlichte Bericht der «Expertengruppe Nachlassverfahren» zeigt, wird eine Gesamterneuerung des schweizerischen Sanierungsrechts nach wie vor als unnötig erachtet.¹⁰³ Die Ausführungen des Bundesgerichts und der konkrete Sachverhalt zeigen, dass diese Auffassung nur schwer

setzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, SZW 65 (1993) S. 300; BGE 78 III 83 Erw. 1; BGE 53 III 78 ff.; vgl. dazu auch *Merz* (Fn. 17), S. 168.

⁹⁹ Vgl. dazu insbesondere BGE 99 III 27 Erw. 5.

¹⁰⁰ Das Bundesgericht stützt sich diesbezüglich insbesondere auf die Ausführungen von *Hinderling* (Fn. 40), S. 264.

¹⁰¹ *Rebsamen* (Fn. 77), S. 177; ebenso *Stahelin* (Fn. 33), N 13 zu Art. 288 SchKG, welcher in BGE 99 III 36 ff. eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts sieht.

¹⁰² BGE 134 III 452 Erw. 6.1.

¹⁰³ Vgl. Bericht und Vorentwurf der «Expertengruppe Nachlassverfahren» vom Juni 2008 sowie den Bericht vom April 2005, abrufbar unter: www.bj.admin.ch (besucht am 11. November 2008).

haltbar ist. Unter dem geltenden Recht fehlt ein formelles Verfahren für die Einräumung von Sanierungsdarlehen. Damit besteht bei jedem Darlehen, welches in Sanierungsabsicht eingeräumt wird, das Risiko, dass die Qualifikation als Sanierungsdarlehen bei Scheitern der Sanierung zu einem späteren Zeitpunkt durch die Konkursverwaltung infrage gestellt wird. Wer sich an einer Sanierung beteiligt, übernimmt deshalb unter dem geltenden Recht zusätzlich zum wirtschaftlichen ein beträchtliches rechtliches Risiko. Lösen lässt sich dieses Problem nur über ein zeitlich vorgezogenes Sanierungsverfahren unter gerichtlicher Aufsicht.¹⁰⁴ Nach heutigem Recht ist eine gerichtliche Sanierung bekanntlich erst bei Überschuldung möglich. Zu diesem Zeitpunkt ist die Gesellschaft allerdings nur selten noch in der Lage, die zur Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs benötigten liquiden Mittel aufzutreiben – der Zusammenbruch des Betriebs ist die Folge.¹⁰⁵ Ein effizientes Sanierungsrecht muss demgegenüber die Fortführung des Unternehmens gewährleisten, zumindest soweit dieses grundsätzlich sanierungstauglich erscheint. Dazu muss die Sanierung in einem Zeitpunkt

einsetzen, in dem die Gesellschaft noch über genügend liquide Mittel und Eigenkapital verfügt – die Überschuldung also noch nicht eingetreten ist.¹⁰⁶ Erreicht werden kann dies durch die Einführung eines Frühwarnsystems, basierend auf Liquiditätskennzahlen und einer Eigenkapitalquote, die jedes Unternehmen individuell, entsprechend seiner Geschäftstätigkeit festlegen kann.¹⁰⁷ Die Einführung eines solchen Systems läge nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern auch in demjenigen der Aktionäre. Letztere würden mit Eintritt ins Nachlassverfahren nämlich nicht wie nach geltendem Recht von jeglicher Entscheidungsbefugnis ausgeschlossen. Vielmehr blieben sie in einem modernen Sanierungsverfahren, welches in einem Zeitpunkt vor der Überschuldung einsetzt, als Entscheidungsträger in die Gesellschaft integriert, damit ihre faktische Enteignung vermieden werden kann.¹⁰⁸ Dem amerikanischen Vorbild von Chapter 11 folgend, soll auch das Management in eine derartige Sanierung eingebunden werden. Das unternehmensspezifische Know-how bleibt so erhalten, während die gerichtliche Aufsicht für einen Ausgleich unter den Interessen aller Beteiligten sorgt.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Vgl. zu dieser Thematik grundsätzlich: *Hans Caspar von der Crone/Bettina Kopta-Stutz/Loïc Pfister*, Some Theses Concerning Modern Swiss Reorganization Law, ST 2005/12, S. 1028 ff.; *Hans Caspar von der Crone/Loïc Pfister/Eric Sibbern*, Gesetzesentwurf und begleitendes Exposé im Rahmen des SNF-Projekts «Corporate Governance in der Sanierung», abrufbar unter: www.rwi.uzh.ch/vdc (besucht am 11. November 2008); ferner: *Bettina Kopta-Stutz*, Fall Swissair versus Delta Air Lines und TWA, Finanz und Wirtschaft vom 3. Juni 2006 (Nr. 43) S. 40; *Bettina Kopta-Stutz*, Das Schweizer Sanierungsrecht in der Krise, NZZ vom 19. Februar 2005 (Nr. 42) S. 29.

¹⁰⁵ *Von der Crone/Kopta-Stutz/Pfister* (Fn. 104), S. 1029.

¹⁰⁶ *Von der Crone/Kopta-Stutz/Pfister* (Fn. 104), S. 1029.

¹⁰⁷ *Von der Crone/Kopta-Stutz/Pfister* (Fn. 104), S. 1029.

¹⁰⁸ *Von der Crone/Kopta-Stutz/Pfister* (Fn. 104), S. 1030.

¹⁰⁹ *Von der Crone/Kopta-Stutz/Pfister* (Fn. 104), S. 1030.