

BGE 134 III 452 ff.: schlecht für Kreditnehmer und Banken? (III)

Entscheid vom 29. Mai 2008 i.S. SAirGroup c. Zürcher Kantonalbank

Bemerkungen von Edward E. Ott

In diesem Urteil hat das Bundesgericht die möglichen Interpretationen des Wortlauts "Absicht" in Art. 288 SchKG nicht beachtet und diesen Wortlaut m.E. unrichtig ausgelegt (Bst. A). Zudem entsteht bald der Eindruck, dass das Bundesgericht in die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz eingegriffen hat (Bst. B), und das Bundesgericht hat seine Auffassung in Bezug auf den Begriff der Erkennbarkeit unzulänglich begründet (Ziff. 11).

I. Sachverhalt:

Im Jahre 1999 räumte die Zürcher Kantonalbank der SAirGroup einen **ungesicherten Kredit** von 100 Mio. Franken ein. Gestützt auf die Kreditvereinbarungen zahlte die SAirGroup im Jahre 2001 das gewährte Darlehen in drei Tranchen im Totalbetrag von rund CHF 80 Mio. an die Bank zurück (21.08.2001, 05.09.2001, 27.09.2001). Am 5. Oktober 2001 wurde der SAirGroup die provisorische Nachlassstundung bewilligt; im Juni 2003 erfolgte die gerichtliche Bestätigung des vorgeschlagenen Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung. Im Juni/November 2005 klagte die SAirGroup gegen die Bank auf Zahlung des Betrages von CHF 80 Mio. gestützt auf Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage ab. Das Bundesgericht hiess die Klage auf Beschwerde hin gut. In Bezug auf die Einzelheiten verweise ich auf das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil, das im Internet unter www.bger.ch auffindbar ist. – Heute ist das Urteil in BGE 134 III 452 ff. publiziert.

II. Auswirkungen:

Es stellt sich die Frage, ob das erwähnte höchstrichterliche Urteil für die Zukunft **Auswirkungen auf die Kreditgewährung** hat, nachdem es an die Anfechtung solcher Darlehensrückzahlungen *auffallend geringe Anforderungen* stellt. Ungewiss ist, ob ungesicherte Kredite in Zukunft seltener gewährt werden können und ob sie vorsichtshalber bei relativ geringfügigen Anzeichen für eine Verschlechterung der schuldnerischen Lage *voll zurückgefordert* und einbringlich gemacht werden müssen. Andernfalls könnte sich die Bank der Gefahr aussetzen, dass eine Rückzahlung zu einem späteren Zeitpunkt – wegen alsdann erkennbarer Möglichkeit der Benachteiligung anderer Gläubiger – paulianisch angefochten werden kann (sofern vor Ablauf von fünf Jahren eine Zwangsvollstreckung, die Bewilligung einer Nachlassstundung oder ein Konkursaufschub erfolgt, SchKG Art. 288 und 331 Abs. 2).

III. Kritik

A. Kritik an der Anwendung des Bundesrechts

Das Bundesgericht stützt seinen Entscheid auf Art. 288 SchKG und nennt als Voraussetzungen der Anwendung dieser Bestimmung neben der tatsächlichen Schädigung der Gläubiger durch die angefochtenen Rechtshandlungen die Absicht der Schädigung und deren Erkennbarkeit (Erw. 2). Das Urteil beruht m.E. auf einer **unzutreffenden Auffassung** des Begriffs der "Absicht" in Art. 288 SchKG.

1. Ein gesetzlicher Begriff bzw. Ausdruck, der im Hinblick auf die in Betracht kommenden Sachumstände nicht klar erscheint, muss ausgelegt werden (vgl. ZGB Art. 1 Abs. 1¹). Der Ausdruck "**Absicht**" ist **unklar** im Hinblick auf den vom Bundesgericht festgehaltenen Sachverhalt, wonach anzunehmen sei, dass die SAirGroup eine Gläubigerschädigung *in Kauf genommen* habe (Erw. 7.4).

"Absicht" ist **eine der Formen des Vorsatzes** (Absicht im eigentlichen Sinne – direkter Vorsatz – evtl. Eventualvorsatz). Bei der Absicht (der Schädigung) im eigentlichen, technischen Sinne besteht der Zweck des Verhaltens in der Schädigung, beim direkten Vorsatz ist die Schädigung sichere Folge, aber nicht Selbstzweck, und beim Eventualvorsatz ist die Schädigung als mögliche Folge zwar nicht unbedingt erwünscht, aber *in Kauf genommen*. In Art. 41 Abs. 1 OR wird das Wort Absicht im Sinne aller drei Vorsatzformen ausgelegt. Dies versteht sich deshalb, weil auch blosser Fahrlässigkeit zur Herbeiführung einer Ersatzpflicht nach Art. 41 OR genügt. Im Übrigen ist die gesetzliche Ausdrucksweise *auslegungsbedürftig* und wird in anderen Zusammenhängen auch anders als in Art. 41 Abs. 1 OR verstanden².

Das **Bundesgericht** legte den Begriff der Absicht wie folgt aus (Erw. 4.1): Eine (Schädigungs-)Absicht liege vor, "wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt". In dieser Begriffsbestimmung ist allerdings auch Fahrlässigkeit inbegriffen. Im Weiteren erwog daher das Bundesgericht, der Schuldner müsse "*gleichsam in Kauf genommen*" haben, dass "als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden". Diese Interpretation lehnt sich an die Definition des **Eventualvorsatzes** an. Das Gericht präzisiert aber nicht, was unter "natürlicher Folge" zu verstehen ist. Beim

¹ U.a. Praxis 86 Nr. 91 S. 491 ff. E. 5a S. 495; *Edward E. Ott*, Juristische Methode in der Sackgasse? (Orell Füssli, Zürich 2006) Ziff. 28 S. 169 ff.; Ziff. 35 lit. b S. 210 f.

² *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil I (5. Aufl. Schulthess, Zürich 1995) § 11 Anm. 267 S. 614; vgl. z.B. Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: SPR VII/2 (Basel und Stuttgart 1979) S. 651.

Eventualvorsatz handelt es sich dabei nicht um eine sichere, sondern um eine *als bloss möglich gehaltene Folge* des Verhaltens des Schuldners.

2. Wenn das Gesetz von Absicht spricht, stellt sich nach dem Gesagten immer die Frage, ob neben dem direkten Vorsatz auch der Eventualvorsatz gemeint ist oder nicht³. Das Bundesgericht befasst sich nicht ernsthaft mit dieser Frage. Es stützte seine Auffassung kommentarlos auf zwei alte Bundesgerichtsurteile aus den Jahren 1895 und 1957 (Erw. 4.1: BGE 21 I 660 E. 4 S. 669; 83 III 82 E. 3a S. 85). Eine solche **Begründung ist unzureichend**. Auch von einer "bewährten" Überlieferung (ZGB Art. 1 Abs. 3) kann dabei keine Rede sein. Der Ausdruck "bewährt" ist nicht primär in einem historischen Sinne zu verstehen; vielmehr muss die Überlieferung einer kritischen Überprüfung standhalten. Dabei sind alle sachhaltigen Auslegungselemente zu berücksichtigen, vor allem auch die Beziehung zu anderen Gesetzesbestimmungen und die sachliche Angemessenheit (vgl. Praxis 86 Nr. 91 S. 491 ff. E. 5a S. 495; BGE 129 II 114 E. 3.1 S. 118; 131 III 33 E. 2 S. 35; 133 V 450 E. 8.1 S. 463).⁴

Nachdem die höchstrichterliche Instanz sodann feststellte (Erw. 7.4), es müsse in Anbetracht des Wissens der SAirGroup um ihre schlechte finanzielle Lage davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest *in Kauf genommen* habe, durch ihre drei Zahlungen an die Beschwerdegegnerin *könnten* andere Gläubiger geschädigt werden, schliesst das Gericht aufgrund seiner Auffassung des Begriffs der "Absicht" im Sinne von Art. 288 SchKG, dass dieser Begriff *als erfüllt betrachtet* werden müsse (Erw. 7.5).

3. Das Bundesgericht hat sich – wie bereits angedeutet wurde – mit den möglichen Interpretationen des Ausdrucks "Absicht" überhaupt nicht befasst und es hat den Zusammenhang den gesetzlichen Bestimmungen nicht beachtet. Art. 288 SchKG darf *nicht* in der Weise ausgelegt werden, dass unter "Absicht" grundsätzlich *auch Eventualvorsatz* (ohne Einschränkung) verstanden werden kann, dass also "Absicht" auch vorliegt, wenn die Benachteiligung der übrigen Gläubiger nicht gewiss, sondern bloss als im Bereich des Möglichen, des nicht Ausgeschlossenen erscheint; so wenn eine Firma in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt und in die Sanierungsphase tritt. Die Bestimmung von Art. 288 SchKG setzt vielmehr voraus, dass an das Merkmal "Absicht" **hohe Anforderungen** gestellt werden müssen, nachdem die speziellen Voraussetzungen von Art. 287 SchKG nicht erfüllt zu sein brauchen und die anfechtbaren Rechtshandlungen nicht nur ein Jahr, sondern fünf Jahre zurückliegen können. Im

³ *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil I (5. Aufl. Schulthess, Zürich 1995) § 11 Anm. 267 S. 614.

⁴ In Bezug auf weitere Fälle fragwürdiger Begründungen siehe meine Publikation "Juristische Dialektik" (3. Aufl. Dike, Zürich/St. Gallen 2008), z.B. Ziff. IV/17 (Manipulation normativer Grundlagen) S. 92 ff. und Ziff. V S. 129 ff. (eigentliche Scheinargumente).

Anwendungsbereich von Art. 287 SchKG werden zumeist auch die Voraussetzungen von Art. 288 SchKG erfüllt sein, zumal wenn bei Art. 288 Eventualvorsatz genügen würde; somit würde der erstgenannten Bestimmung bestenfalls die Bedeutung einer Beweiserleichterung zukommen. Zudem ist Art. 288 nach seiner systematischen Stellung subsidiärer Natur, was zusätzliche Anforderungen indiziert. Auch wird andernfalls die Gewährung finanzieller Hilfe an bedrängte Schuldner oder Schuldner mit wirtschaftlichen Problemen stark erschwert. Die *Vorinstanz* führt ebenfalls aus, dass es nicht der *Zweck* der Anfechtungspauliana sein könne, echte Sanierungsbemühungen mit der Gefahr einer späteren Rückgängigmachung von Rechtshandlungen zu belasten (ZR 106 [2007] Nr. 22 E. VI.5 S. 105).

Allerdings wird man nicht unbedingt voraussetzen, dass der gesetzgeberische Ausdruck "Absicht" im engeren, technischen Sinne, d.h. nur im Sinne der Schädigung als Selbstzweck, ausgelegt werden muss. Es muss sich jedoch bei der beabsichtigten Benachteiligung der Gläubiger oder Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil anderer um eine *notwendige Folge* der anfechtbaren Rechtshandlung handeln. Auch bei einer abweichenden Interpretation müsste zumindest verlangt werden, dass *im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlungen eine Sanierung als mit höchster Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich erscheint* und dass nur noch die Liquidation bleibt. Dies müsste als Voraussetzung einer Benachteiligungs*absicht* natürlich durch den Anfechtungskläger bewiesen werden (ZGB Art. 8).

4. Dieser Ansicht scheint der Sache nach auch die *Vorinstanz* zu sein, wenn sie ausführt, es müsse "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" sei, "dass nur noch die Liquidation" bleibe (ZR 106 [2007] Nr. 22 E. VI.5 S. 105). Lediglich eine solche Situation erlaubt also nach Auffassung der *Vorinstanz* den Schluss auf das Bestehen einer Schädigungsabsicht bei Rechtshandlungen, die zu diesem Zeitpunkt vorgenommen werden, wobei dann eine Absicht im Sinne eines direkten Vorsatzes vorliegt (das Fallieren als praktisch notwendige Folge). In der (vorausgehenden) Sanierungsphase sei "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" beginne, sei sie Pflicht; Hger. Erw. VI.5 S. 105). In der Sanierungsphase könne auf längere Sicht, ein Jahr und mehr, ein Scheitern nicht ausgeschlossen werden (Erw. VI.4 S. 105). Dies bedeutet nichts anderes, als dass der *Eventualvorsatz* – der infolge der Möglichkeit des Scheiterns bejaht werden müsste – jedenfalls in der Sanierungsphase nach Auffassung der *Vorinstanz nicht zur "Absicht"* im Sinne von Art. 288 SchKG gehört.

Wie die "Absicht" vor der Sanierungsphase aufgefasst werden muss, ist damit nicht gesagt. – Die Interpretation der Vorinstanz ist umständlich und wurde vom Bundesgericht in etwas unklaren Ausführungen kritisiert, wobei das Bundesgericht der Sache nach offenbar annimmt, vor Beginn der Sanierungsphase genüge nach Ansicht der Vorinstanz wiederum der Eventualvorsatz (Erw. 5.4). – **Klar** ist hingegen die vorstehend entwickelte Interpretation, wonach der bloss *Eventualvorsatz* zur Annahme einer "Absicht" im Sinne von Art. 288 SchKG *nicht genügt*, wonach also zur Gutheissung der Anfechtungsklage verlangt wird, dass im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlungen eine Sanierung als mit höchster Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich erscheint und nur noch die Liquidation bleibt.⁵ Es ist zu vermuten, dass die Vorinstanz den geschilderten umständlichen Weg wählte, um nicht in Konflikt mit der alten Bundesgerichtspraxis zu kommen (vgl. Hger. E. IV.2 S. 99) .

5. Ein solcher Beweis der Annahme des notwendigen Scheiterns der Sanierungsbemühungen und damit der "Absicht" der Benachteiligung der übrigen Gläubiger ist im Bundesgerichtsurteil **für keine der drei Darlehensrückzahlungen** ersichtlich (21.08.2001, 05.09.2001 und 27.09.2001). Im Gegenteil scheint auf Grund der Ausführungen des Bundesgerichts festzustehen, dass auch im Zeitpunkt der Rückzahlungen des Bankdarlehens – vor allem bei den beiden ersten Zahlungen – immer noch die Möglichkeit eines Gelingens der Sanierungsbemühungen bestand (vgl. Erw. 7.2, 8.1, 8.2 und 8.3). Auch nahm die SAirGroup praktisch bis zuletzt an, eine Sanierung komme zustande, und beabsichtigte nicht eine Bevorzugung bestimmter Gläubiger in Anbetracht eines unmittelbar bevorstehenden Zusammenbruchs der Group.

So wurden im Jahr 2001 grosse Anstrengungen unternommen, um die Sanierung erfolgreich durchzuführen. Diese Bemühungen wurden auch von der Öffentlichkeit verfolgt und diskutiert, handelte es sich doch um das Vorliegen einer Publikumsgesellschaft mit vielen Mitarbeitern, Verpflichtungen und Verflechtungen. Die Geschäftsleitung wurde erneuert und die Liquidität wurde durch eine neue Kreditlinie von einer Milliarde Franken abgesichert. Es konnten verschiedene Pläne und Informationen zur Reduzierung der Schulden vorgelegt werden. Die anstandslose Erfüllung von Verpflichtungen schaffte dabei auch Vertrauen. Es wurden konkrete Schritte zu Verkäufen von Unternehmensteilen zwecks Rückzahlung der Darlehen in die Wege geleitet; ihre Durchführung wurde für den Oktober bzw. bis Ende 2001 in Aussicht gestellt. Im Weiteren wurden Vereinbarungen abgeschlossen, um Verluste bei anderen Fluggesellschaften zu stoppen. Der Terroranschlag in New York vom 11. September 2001 und seine Auswirkungen auf das Fluggeschäft und die Gläubiger der SAirGroup konnten nicht vorausgesehen werden. Ab Mitte September 2001 erfolgten Verhandlungen mit dem Bund, etc. (Erw. 7.2, 8.1, 8.2 und 8.3).

⁵ Es wird auch auf das Zitat der Vorinstanz verwiesen, wonach "das Bewusstsein der Überschuldung allein ... jedoch namentlich bei der Anfechtung von Erfüllungshandlungen nicht für den Nachweis der Schädigungsabsicht" genüge, "da hier der Erfüllungscharakter der angefochtenen Rechtshandlung gegenüber dem Bevorzugungscharakter im Vordergrund stehen" könne (ZR 106 [2007] Nr. 22 E. IV.2 S. 100).

Wenn das Bundesgericht ausführt, es könne dahingestellt bleiben, ob die SAirGroup über ein taugliches Sanierungskonzept verfügt habe (Erw. 6.2 am Schluss), so ist jedenfalls auch die Untauglichkeit des Sanierungskonzepts nicht bewiesen und damit umso weniger eine "*Absicht*" der Benachteiligung von Gläubigern für den Zeitpunkt der Fälligkeit ihrer Forderungen.

6. Es fehlt somit der direkte oder indirekte Beweis, wonach die Schuldnerin bei ihren Sanierungsbemühungen und bei den betreffenden Zahlungen im Bewusstsein handelte, ein Gelingen der Sanierung sei nicht mehr möglich, und wonach ihr somit die Absicht bzw. der Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung vorgeworfen werden könnte. Damit fehlt eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 288 SchKG. Die *Fragen der Erkennbarkeit* einer solchen Absicht und einer "weitergehenden Erkundigungspflicht" auf Grund "deutlicher Anzeichen" einer angeblichen Schädigungsabsicht (Erw. 4.2, 8.4) brauchen daher im Prinzip *nicht gesondert geprüft* zu werden. Es wird dazu im Folgenden unter Bst. B noch näher Stellung genommen.

7. Das Bundesgericht befasst sich in längeren Ausführungen mit dem *Sonderfall von Sanierungsdarlehen* (Erw. 5.2 bis 6.3). In Erw. 5.3 vertritt das Bundesgericht die Interpretation, wonach in solchen Fällen die Frage nach einer Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht isoliert, bezogen bloss auf die Rückzahlung [des Darlehens] gestellt werden" dürfe. In etwas unklaren Ausführungen stellt das Bundesgericht sodann fest, die weitergehende Rechtsauffassung des Handelsgerichts könne nicht geteilt werden (E. 5.4). Vermutlich soll es sich dabei um die Auffassung handeln, dass in der Sanierungsphase bzw. vor der Liquidationsphase eine Gleichbehandlung der Gläubiger nicht möglich sei (ZR 106 [2007] Nr. 22 E. VII.1 S. 107 unten). Das Bundesgericht billigt aber offenbar die Ansicht, dass eine (teilweise) Verlängerung eines Darlehens einen *Beitrag zur Sanierung* darstellen könne (Erw. 6.1; mithin die Darlehensgewährung unter Verrechnung mit der Rückzahlungsforderung). In Erw. 6 legt das Bundesgericht jedoch dar, dass "auf Grund des festgestellten Sachverhalts" *nicht von einem Sanierungsdarlehen* ausgegangen werden könne. Es sei "der Beschwerdegegnerin vorab um die Gleichstellung mit anderen Kreditgebern gegangen" und die Verlängerung habe lediglich "ihrer bisherigen Praxis" (Erw. 6.1) und der "Kreditpolitik" der SAirGroup entsprochen (Erw. 6.2). Daraus schliesst das Bundesgericht, die Darlehensverlängerung habe nicht den Zweck gehabt, die SAirGroup bei der Lösung ihrer Probleme zu unterstützen (Erw. 6.1) und die Darlehensrückzahlungen seien mit einer Sanierung nicht in Zusammenhang gestanden (Erw. 6.2 am Schluss).

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Schlussfolgerungen des Bundesgerichts ausgewiesen sind. Es steht jedenfalls keineswegs fest, dass im Zeitpunkt der Rückzahlungen des Bankdarlehens davon ausgegangen wurde, die Sanierungsbemühungen seien von vornherein zum Scheitern verurteilt, und dass daher ei-

ne erkennbare Schädigungs*absicht* im Sinne von Art. 288 SchKG vorlag (als Absicht im engeren Sinne oder als direkter Vorsatz, vorstehend Ziff. 2 bis 4). Die Voraussetzungen des vorausgehenden Art. 287 SchKG sind offensichtlich nicht erfüllt; die genannte Bestimmung wurde im Urteil gar nicht erwähnt und es wurde damit auch vom Zusammenhang der beiden Bestimmungen abgelenkt. Die Bank wurde folglich **zu Unrecht** zur Rückgabe der betreffenden Beträge verpflichtet.

B. Kritik an den Sachverhaltsfeststellungen

8. Bezüglich der **Schädigungsabsicht** stützt sich das Bundesgericht in seinen Erwägungen auf verschiedene von der Vorinstanz erwähnte Fakten – unter Weglassung diverser Fakten, die gegen eine Schädigungsabsicht sprechen – und kommt zum Schluss, "in Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage" müsse "davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen" habe, "durch ihre drei Zahlungen an die Beschwerdegängerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden" (Erw. 7.4). Aus den dargelegten Gründen müsse die Voraussetzung der *Schädigungsabsicht* im Sinne von Art. 288 SchKG *als erfüllt* betrachtet werden (Erw. 7.5).⁶

9. Die **Vorinstanz** kam zum Schluss, es dürfe auch im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass Sanierungsbemühungen "im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger und auch der Aktionäre unternommen" wurden (ZR 107 Nr. 22 E. VI.2 S. 105) und dass das Statement der Schuldnerin vom 30. August 2001 "keinen Zweifel an der Überzeugung der Unternehmensführung bezüglich Erreichens des turnarounds" liess (Erw. VII.2 S. 108). Die Vorinstanz leitete aber daraus keine Schlussfolgerung im Sinne des Fehlens einer Schädigungsabsicht ab, sondern liess die diesbezügliche Frage offen und wandte sich direkt der **Frage der Erkennbarkeit** im Sinne von Art. 288 SchKG zu.

Auf Grund einer grossen Zahl von **Indizien** erwog die Vorinstanz u.a., dass bei unbefangener Betrachtung das Verhalten der Beklagten "nicht mehr und nicht weniger als ein vorsichtiges Geschäftsgebaren" darstelle (im Sinne eines geordneten Rückzuges aus dem Kreditengagement), dass ein *unbefangener Dritter*⁷ nicht schliessen musste, die Existenz der Gruppe sei unmittelbar gefährdet, dass zu den massgebenden Zeitpunkten kein Anlass vorlag, ein baldiges Fallie-

⁶ Nachdem das Bundesgericht am Klagefundament nichts ändert (Erw. 7.1) und die Frage der Schädigungsabsicht von der Vorinstanz offengelassen wurde, scheint das Gericht legitimiert, auf dem Wege der Schlussfolgerung den inneren Tatbestand zu ergänzen und die Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG zu bejahen (vgl. auch BGG Art. 107 Abs. 2).

⁷ Der Grad der Aufmerksamkeit des Dritten bestimmt sich nach einem Durchschnittsmass, das der Redliche unter den gegebenen Umständen anzuwenden pflegt (vgl. *Peter Jäggi* im Berner Kommentar, Einleitungsband [Bern 1962], ZGB Art. 3 N 122 ff.).

ren anzunehmen (Erw. VII.1 S. 106 f.), dass am 30. August 2001 die Beklagte "nicht schliessen musste, die Group sei illiquid oder überschuldet", etc. Die offiziellen und aktuellen Verlautbarungen der Group wie auch die Kommentare der seriösen Presse hätten keinen Anlass gegeben, "ein unmittelbar bevorstehendes Fallieren der Group ernsthaft in Betracht zu ziehen" (Erw. VII.2 S. 109). Auch nach den Ereignissen in New York vom 11. September 2001 habe die Group am 14. September 2001 eine Anleihe von CHF 100 Mio. zurückzahlen können (Erw. VII.3 S. 110). Die zum Teil kurzfristige Betrachtungsweise der Vorinstanz beruht auf ihrer Auffassung, dass in der Sanierungsphase längerfristig gesehen, d.h. "auf längere Sicht, ein Jahr und mehr, ein Scheitern nicht ausgeschlossen werden" könne (Erw. VI.4 S. 105), was aber zur Gutheissung der Pauliana nicht genüge. Die Vorinstanz kommt bei ihrer Beweiswürdigung sodann auf Grund der Indizien und der sich daraus ergebenden Vermutungen⁸, Wahrscheinlichkeits- und Schlussfolgerungen⁹ der Sache nach zur Überzeugung, dass zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlungen eine Situation vorlag, in welcher die allfällige Schädigungsabsicht von einem sorgfältigen Gläubiger nicht erkannt worden wäre, und dass daher die Anfechtungsklage wegen *Verneinung des Erkennens bzw. Erkennensollens* einer Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG abgewiesen werden müsse, und zwar auch in Bezug auf die dritte Rückzahlung (Erw. VI und VII, insb. VII.5 S. 111).

10. Das **Bundesgericht** kommt zu einem *gegenteiligen Ergebnis* (Erw. 8.5). In tatsächlicher Hinsicht geht das Bundesgericht von einer Reihe von Indizien aus, welche die Vorinstanz festgestellt hat. Die der Erkennbarkeit entgegenstehenden Indizien und daraus gefolgerten Vermutungen werden allerdings zur Hauptsache nicht erwähnt (vgl. Bger. Erw. 8.1 und 8.2). Dem Bundesgericht unterlaufen m.E. auch *Ungenauigkeiten*. So führt es an, die Beklagte habe gegenüber der SAirGroup an deren Bonität Zweifel geäußert (Erw. 8.1). Dabei geht es aber um eine Behauptung der Klägerin, denen die Vorinstanz explizite widersprach (z.B. das Behauptete könne "dem Schreiben aber nicht entnommen werden", die kurzfristige Verlängerung stelle lediglich "ein vorsichtiges Geschäftsgebaren" dar; HGer. Erw. VII.1 S. 106 Spalte 2).

⁸ Tatsächliche Vermutungen gehören grundsätzlich zur Beweiswürdigung (vgl. *Karl Spühler*, Wann sind Grundsätze der Lebenserfahrung allgemeine Rechtssätze? in SJZ 93 [1997] S. 392 ff., S. 394 Ziff. 4).

⁹ Die Vorinstanz zieht ihre Schlussfolgerungen nicht aus bestimmten Erfahrungssätzen mit allgemeiner, über den Einzelfall hinausragender Bedeutung, die dem Gericht über den konkreten Einzelfall hinaus als allgemein gültiger Massstab für die Beurteilung von Tatsachen dienen und in Bezug auf welche man sich die Frage stellen könnte, ob sie nicht eigentlichen Normen gleichgestellt werden müssten. Solche Erfahrungssätze wurden im Urteil auch nicht genannt (vgl. *Karl Spühler*, a.a.O., SJZ 93 [1997] S. 392 ff.; *Peter Münch*, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl. Basel 1998, Rz. 4.45).

Das höchstrichterliche Gericht führt sodann aus, neben vielen einzelnen Indizien, "die rechtlich so oder anders gewürdigt werden" könnten, "sei für die Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin auch dann noch **passiv geblieben**" sei "und *keine weitergehenden Erkundigungen* eingezogen" habe, "als auf Grund der wirtschaftlichen Gesamtlage bereits deutliche Anzeichen dafür bestanden, die SAirGroup könnte mit den jeweiligen Darlehensrückzahlungen eine Schädigung anderer Gläubiger zumindest in Kauf nehmen" (Erw. 8.4, vgl. auch Erw. 8 Abs. 1).

Es geht *aus den Ausführungen der Vorinstanz aber nicht hervor*, dass die Beschwerdegegnerin passiv geblieben sei und dass keinerlei Erkundigungen eingezogen wurden. Auch auf Grund einer plausiblen Interpretation des vorinstanzlichen Textes kann nicht angenommen werden, es seien keine diesbezüglichen Anstrengungen unternommen worden, zumal zu deren Beurteilung die Vorinstanz auch auf Grund ihrer grösseren Sachnähe als geeignet erscheint. Immerhin führt die Vorinstanz aus, dass die Researchabteilung der Beklagten am 10. April 2001 die Situation sehr eingehend analysiert habe (Erw. VI.3 S. 104), dass diese Abteilung am 18. Juli 2001 die Aktien der Group zum Kauf empfohlen habe (unter Hinweis auf das überdurchschnittliche Risiko, Erw. VII.1 S. 107); die Vorinstanz betrachtet die Beklagte offenbar als Bank mit Fähigkeit zur hochspezialisierten Marktbeobachtung, der keinerlei Unbedarftigkeit zugestanden werde (Erw. VI.6 S. 106), und sie wies darauf hin, dass die Beklagte keine Insiderkenntnisse besessen habe (Erw. VII.2 S. 109).

Mit der vorerwähnten Annahme des Bundesgerichts, dass die Beklagte passiv geblieben sei und "praktisch blind" auf das Ausbleiben einer Gläubigerschädigung vertraut habe (Erw. 8.4), setzt sich das Gericht in Widerspruch zu dem, was dem Urteil der Vorinstanz direkt oder indirekt entnommen werden kann. Das Bundesgericht hat damit *in die Sachverhaltsfeststellung bzw. -würdigung¹⁰ der Vorinstanz* eingegriffen, was nur zulässig ist, wenn diese offensichtlich unrichtig ist¹¹ oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (BGG Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2). Das Vorliegen einer solchen Ausnahme von der Verbindlichkeit der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung und -würdigung liegt nach dem Gesagten nicht vor und wird auch vom Bundesgericht nicht behauptet.

11. Das Bundesgericht macht im Besonderen geltend, dass die Bank *keine weitergehenden Erkundigungen* eingezogen habe (Erw. 8.4). Das Bundesgericht will damit der Beurteilung der Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht einen strengeren Massstab zugrunde legen (Erw. 8 Abs. 1). Der Begriff der Erkenn-

¹⁰ Spühler/Mitautoren, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (Dike, Zürich/St. Gallen 2006), Art. 97 N 4, Art. 105 N 4.

¹¹ Bzw. (geradezu) willkürlich ist (Spühler/Mitautoren, a.a.O., Art. 97 N 4, Art. 105 N 4).

barkeit wird durch die Fallgruppe konkretisiert, wonach Erkennbarkeit u.a. gegeben ist, wenn trotz deutlicher Anzeichen für die Möglichkeit der Inkaufnahme einer Schädigung anderer Gläubiger keine weitergehenden Erkundigungen eingezogen werden (vgl. Erw. 8.4). Das Bundesgericht gibt indessen *keinen Hinweis* darauf, um was für "weitergehende Erkundigungen" es sich dabei handeln muss – zum Beispiel über das hinaus, was die Bank im konkreten Fall durch ihre Kontakte und die diversen Informationen in Erfahrung gebracht hat. Das Bundesgericht stellt auch nicht klar, dass diese Erkundigungen einen sorgfältigen Gläubiger *zur Erkenntnis geführt* hätten, ein Scheitern der Sanierung werde wirklich in Kauf genommen bzw. eine Sanierung sei mit höchster Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich¹². Es liegt damit offensichtlich eine **ungenügende Begründung** vor, welche auch keineswegs überzeugt.

Es bleibt daher dabei, dass die Bank zufolge unzutreffender Auslegung des Bundesrechts und wegen Abweichung von der vorinstanzlichen Würdigung der Indizien und damit von der Feststellung des Sachverhalts **zu Unrecht** zur Rückgabe der betreffenden Beträge im Umfang von CHF 80'516'263.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. Juni 2005 verpflichtet wurde. Die Beklagte konnte im Zeitpunkt der Entgegennahme der Rückzahlungen annehmen, dass die Sanierungsbemühungen der SAirGroup nicht aussichtslos waren. – Nicht beurteilt werden kann mangels Einsicht in die Prozessakten, ob allfällige Rügen der Parteien betreffend offensichtlich unrichtige, unvollständige oder nicht rechtmässig zustande gekommene Sachverhaltsfeststellungen vom Bundesgericht behandelt worden sind.

25.09.2008 / 17.10.2008

Edward Ott

¹² Andernfalls würde es am Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung der Erkundigungen und dem Nichterkennen der möglichen Schädigungsabsicht fehlen.