

# **BGE 137 III 268**

Bundesgericht (BGE), 2011-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_137\\_III\\_268](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_137_III_268)

FR: ATF 137 III 268

IT: DTF 137 III 268

## **Regeste**

Regeste Art. 288 SchKG; Anfechtbarkeit von Beratungsdienstleistungen mit Sanierungskontext. Umschreibung des anfechtungsrelevanten Sanierungsbegriffs (E. 2.3), der eine Rechtsfrage ist (E. 4.2.2). Parallelen und Abgrenzungen zwischen Sanierungsberatung und Sanierungsdarlehen (E. 4.2.3). Die Schädigungsabsicht beinhaltet ein doloses Element (E. 4.2.3), welches fehlt, wenn die Organe zum relevanten Zeitpunkt von Erfolg versprechenden Sanierungsbemühungen ausgehen durften (E. 4.2.4).

Regeste Art. 288 LP; révocabilité de prestations de conseil dans le contexte d'un assainissement. Définition du concept d'assainissement déterminant pour la révocation (consid. 2.3), lequel est une question de droit (consid. 4.2.2). Parallèles et divergences entre conseil et prêt accordés dans un but d'assainissement (consid. 4.2.3). L'intention de porter préjudice comporte un élément dolosif (consid. 4.2.3), qui fait défaut lorsque les organes pouvaient, au moment déterminant, croire au succès de démarches d'assainissement prometteuses (consid. 4.2.4).

Regesto Art. 288 LEF; revocabilità di prestazioni di consulenza nell'ambito di un risanamento. Descrizione del concetto di risanamento rilevante per la revoca (consid. 2.3), che è una questione di diritto (consid. 4.2.2). Analogie e differenze tra una consulenza e un prestito accordati in vista di un risanamento (consid. 4.2.3). L'intenzione di recar pregiudizio contiene un elemento doloso (consid. 4.2.3), che manca quando nel momento rilevante gli organi avevano ragione di credere nella possibilità di un esito favorevole degli sforzi effettuati in vista del risanamento (consid. 4.2.4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vorab stellen sich verschiedene Eintretensfragen.

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde in Zivilsachen steht bei paulianischen Anfechtungsklagen mit Fr. 30'000.- übersteigendem Streitwert grundsätzlich offen ( Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Das Handelsgericht des Kantons Zürich war sachlich als einzige kantonale Instanz zuständig und hat einen Endentscheid gefällt ( Art. 75 Abs. 2 lit. b und Art. 90 BGG ). Mit Bezug auf rechtliche Vorbringen im Sinn von Art. 95 f. BGG erweist sich das handelsgerichtliche Urteil mithin als kantonal letztinstanzlich.

#### **E. 1.2**

Mit Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung kann jedoch vor dem Kassationsgericht des Kantons Zürich geltend gemacht werden, das Urteil des Handelsgerichts basiere auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme

( § 281 Ziff. 2 ZPO /ZH), was sich mit der vor Bundesgericht zulässigen Rüge deckt, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden ( Art. 97 Abs. 1 BGG ), weil diese mit der Rüge der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung zusammenfällt (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 IV 4338 zu Art. 92; BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252; BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398). Dies ist der Beschwerdeführerin aus mehreren früheren Anfechtungsurteilen bekannt (insbesondere Urteile 5A\_37/2008 vom 4. September 2008 E. 1; 5A\_386/2008 vom 9. April 2009 E. 1), und sie wurde im Urteil 5A\_82/2008 vom 17. November 2009 E. 1 auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mit Bezug auf Sachverhaltsrügen allein der Entscheid des Kassationsgerichts letztinstanzlich im Sinn von Art. 75 Abs. 1 BGG ist und deshalb dieser anzufechten gewesen wäre. Vorliegend stellt die Beschwerdeführerin zwar formell Begehren um Aufhebung sowohl des handelsgerichtlichen Urteils als auch des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts. In der Begründung kritisiert sie aber einzig die Sachverhaltsfeststellung durch das Handelsgericht, welche sie teils als lückenhaft, teils als offensichtlich unrichtig rügt. Von den Erwägungen des Kassationsgerichtes, mit welchen sie sich im Einzelnen auseinandersetzen müsste ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ), ist nirgends die Rede und die Beschwerdeführerin bezeichnet auch einzig das Handelsgericht als Vorinstanz. Damit hat sie aber mit Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung den falschen Entscheid angefochten, und auf die betreffenden Rügen kann nicht BGE 137 III 268 S. 279 eingetreten werden. Dabei kann der Beschwerdeführerin auch nicht helfen, dass sie sich bei ihren Anfechtungsklagen durch stets wechselnde Rechtsanwälte vertreten lässt; sie muss sich die in früheren Urteilen gemachten Erwägungen ungeteilt zurechnen lassen. Im Übrigen betreffen die unter dem Titel "Sachverhalt" gemachten Ausführungen der Beschwerdeführerin ohnehin über weite Strecken nicht Tat-, sondern Rechtsfragen. Eine Sachverhaltsfrage ist lediglich, was die Beratungsleistungen zum Gegenstand hatten, sowie die tatsächlichen Intentionen der Parteien. Eine Rechtsfrage ist hingegen, wie bereits das Kassationsgericht zutreffend festgehalten hat, die Umschreibung des Sanierungsbegriffs bzw. der Beratungsleistungen im anfechtungsrechtlichen Kontext und im Übrigen, ob diese in objektivierter Weise einen Sanierungskontext aufwiesen (vgl. im Einzelnen E. 4.2.2).

### **E. 1.3**

Aus den dargelegten Gründen nicht einzutreten ist sodann auf die Rüge der angeblichen Gehörsverletzung ( Art. 29 Abs. 2 BV ), welche ebenfalls bereits dem hierfür zuständigen Kassationsgericht als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO /ZH vorgetragen und von diesem materiell behandelt wurde. Gleiches gilt für die Rüge der angeblichen Verletzung der Dispositionsmaxime, die nicht Bundesrecht, sondern ein Grundsatz des kantonalen Prozessrechts darstellt (vgl. § 54 ZPO /ZH) und gestützt auf § 281 Ziff. 1 ZPO /ZH ebenfalls vom Kassationsgericht materiell behandelt wurde. Wie bereits im Zusammenhang mit der Sachverhaltsfeststellung ficht die Beschwerdeführerin auch mit Bezug auf diese verfahrensrechtlichen Grundsätze ausschliesslich das Urteil des Handelsgerichts und damit den falschen Entscheid an.

### **E. 1.4**

Nach dem Gesagten kann auf die sich einzig gegen das handelsgerichtliche Urteil richtende Beschwerde nur insoweit eingetreten werden, als Rechtsverletzungen geltend gemacht werden. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als rechtzeitig (vgl. Art. 100 Abs. 6 BGG ).

## **E. 2**

Aus der vorstehenden Erwägung resultiert, dass dem bundesgerichtlichen Urteil bzw. den rechtlichen Erwägungen unverändert die vom Handelsgericht getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zugrunde zu legen sind ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2.1**

Diese ergeben zusammengefasst, dass die Beschwerdegegnerin im Herbst 2000 mit der Ausarbeitung strategischer Alternativen vor allem in den Gebieten Airline, Restrukturierung sowie Mergers & BGE 137 III 268 S. 280 Aquisitions (sog. Projekt "Chess") betraut wurde, dass sie anlässlich der Verwaltungsratssitzung der Beschwerdeführerin vom 22. November 2000 erste Ergebnisse präsentierte und an der Verwaltungsratssitzung vom 14. Dezember 2000 ein vertiefter Bericht folgte. Nach dem endgültigen Scheitern der Hunter-Strategie per Ende 2000 und Erweiterung des Auftrages auf eine ganzheitliche Restrukturierungsberatung unterbreitete die Beschwerdegegnerin dem Verwaltungsrat am 31. Januar 2001 einen Vorschlag zur Restrukturierung und strategischen Neuausrichtung, die auf den in Lit. B erwähnten fünf Pfeilern basieren sollte. In organisatorischer Hinsicht wurde die Einsetzung eines "Steering Committees" und die Unterstützung der Strategie-, Risk- und Finance-Teams vorgeschlagen. Der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin entschloss sich, dieses Restrukturierungsszenario zu vertiefen. Zu bearbeiten waren insbesondere die in Lit. B erwähnten Module. Am 21. März 2001 erfolgte die letzte Präsentation unter dem Titel "Projekt Chess". Nachdem der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin an seiner Sitzung vom 24. März 2001 beschlossen hatte, an einer redimensionierten Dual-Strategie festzuhalten, präsentierte die Beschwerdegegnerin am 10. April 2001 einen Vorschlag für einen Projektansatz zur Restrukturierung des Konzerns. Am 9. Mai 2001 erfolgte die letzte Präsentation der Beschwerdegegnerin. An der Konzernleitungssitzung vom 16. Mai 2001 wurde beschlossen, deren Mandat per Ende Juni 2001 aufzulösen.

### **E. 2.2**

Das Handelsgericht hat diese Fakten dahingehend gewürdigt, dass im Herbst 2000 bei Aufnahme der Tätigkeit wohl noch nicht eine eigentliche Sanierung im Vordergrund gestanden habe, ebenso wenig bei der Berichterstattung im November und Dezember. Spätestens jedoch die Präsentation vom 31. Januar 2001 habe klarerweise unter dem Zeichen der Sanierung gestanden, sei doch detailliert ein auf fünf Pfeilern basierendes Vorgehen zur Restrukturierung und strategischen Neuausrichtung präsentiert worden. Die Beratertätigkeit habe spätestens mit Beginn des Jahres 2001 im Zusammenhang mit der Sanierung der Beschwerdeführerin gestanden und insoweit sei von einer Sanierungsberatung zu sprechen.

### **E. 2.3**

Das Handelsgericht erwog in diesem Zusammenhang, in der Wirtschaft sei "Unternehmenssanierung" der Sammelbegriff für alle Massnahmen zur Wiederherstellung existenzhaltender Gewinne. Der Sanierungsbegriff vereine alle betriebswirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Massnahmen zur Problembewältigung. Es könne zwischen strategischen (z.B. Optimierung der Geschäftsfelder, BGE 137 III 268 S. 281 einschliesslich Desinvestitionen), organisatorischen (z.B. Optimierung der Aufbau- und Ablauforganisation, einschliesslich Stellenabbau), finanziellen (z.B. Optimierung der vorhandenen und Erschliessung neuer Finanzierungs- und Kapitalquellen) und

behavioristischen (z.B. Optimierung der Führungskultur und des Unternehmensauftritts) Sanierungsmassnahmen unterschieden werden. Das Suchen neuer Finanzierungsquellen ("Sanierungsdarlehen") stelle somit nur eine mögliche Sanierungsmassnahme nebst vielen anderen dar. Was die Beratung anbelange, könne diese beispielsweise fachliche Entscheidungen und Veränderungen oder Organisations- und Personalfragen betreffen. Der typische Beratungsprozess sei gekennzeichnet durch eine Situationsanalyse (ist-Aufnahme) und Zielformulierung (soll-Zustand). Es folge sodann die Konzeptentwicklung, die Konzeptpräsentation, allenfalls die Mithilfe bei der Umsetzung von Massnahmen sowie die Massnahmenkontrolle. Stehe die Beratertätigkeit - wie vorliegend - im Zusammenhang mit der Sanierung, so könne von Sanierungsberatung gesprochen werden.

#### **E. 2.4**

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

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht in rechtlicher Hinsicht eine Verletzung von Art. 288 SchKG (dazu E. 4 ff.) und von Art. 8 ZGB geltend. Im Zusammenhang mit der letzteren Norm bringt sie vor, es wäre Sache der Beschwerdegegnerin gewesen, im Einzelnen und konkret darzulegen, dass die von ihr erbrachten Leistungen zum besonderen Zweck der Sanierung erfolgt seien. Indem das Handelsgericht ohne entsprechende Behauptungen von erfolgversprechenden BGE 137 III 268 S. 282 Sanierungsbemühungen bzw. von Sanierungsleistungen seitens der Beschwerdegegnerin ausgegangen sei, habe es Art. 8 ZGB verletzt. Bei diesen Ausführungen verkennt die Beschwerdeführerin zweierlei: Zum einen überspielt sie den Umstand, dass sie als Anfechtungsklägerin für die drei Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 288 SchKG beweispflichtig ist (dazu E. 4). Zum anderen ist das Handelsgericht im Rahmen der Beweiswürdigung - und damit im Zusammenhang mit der von der Beschwerdeführerin untauglich angefochtenen Sachverhaltsfeststellung (vgl. E. 1.2) - zum Schluss gekommen, dass die von der Beschwerdegegnerin erbrachten Beratungsleistungen dem Zweck der Sanierung gedient hätten und diese im betreffenden Zeitpunkt nicht als aussichtslos habe gelten können. Kommt eine Vorinstanz aber aufgrund einer Beweiswürdigung zu einem bestimmten tatsächlichen Ergebnis, wird die Beweislastverteilung gegenstandslos (vgl. BGE 119 II 114 E. 4c S. 117; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 277; BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 602; BGE 132 III 626 E. 3.4 S. 634). Vor dem geschilderten Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern das Handelsgericht gegen Art. 8 ZGB verstossen haben soll.

#### **E. 4**

Was die Norm von Art. 288 SchKG anbelangt, so sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, 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 Anfechtung nach diesen Grundsätzen unterliegen gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG auch die Rechtshandlungen, welche der Schuldner vor der Bestätigung des Nachlassvertrages vorgenommen hat. Für eine Klageguthesung müssen drei Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt sein: Die angefochtene Handlung muss die Gläubigergesamtheit nicht nur schädigen (Gläubigerschädigung), sondern vom Schuldner auch in der betreffenden Absicht vorgenommen worden sein (Schädigungsabsicht), was schliesslich für den begünstigten Dritten erkennbar gewesen sein muss (Erkennbarkeit). Alle drei Voraussetzungen hat zu beweisen, wer aus der Erfüllung des Tatbestandes Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB), in der Regel also der Anfechtungskläger (BGE 134 III 452 E. 2 S. 454; BGE 136 III 247 E. 3 S. 250; siehe auch AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, § 52 Rz. 25), hier die Beschwerdeführerin. BGE 137 III 268 S. 283

#### **E. 4.1**

Als erstes Tatbestandsmerkmal muss eine Schädigung der anderen Gläubiger durch Beeinträchtigung der Exekutionsrechte vorliegen, indem ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexécution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird. Die tatsächliche Schädigung wird zugunsten der Konkursmasse vermutet, wobei dem Anfechtungsbeklagten der Gegenbeweis offensteht, dass die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zum gleichen Verlust gekommen wären, dient doch die Anfechtungsklage nicht der Bestrafung des beklagten Gläubigers, sondern der Wiederherstellung des Zustandes, in welchem sich ohne das angefochtene Geschäft das zur Befriedigung der übrigen Gläubiger dienende Vermögen des Schuldners im Zeitpunkt der Konkursöffnung befunden hätte (BGE 99 III 27 E. 3 S. 33; BGE 134 III 615 E. 4.1 S. 617 f.; BGE 135 III 265 E. 2 S. 267, BGE 134 III 276 E. 6.1.1 S. 280; BGE 136 III 247 E. 3 S. 250). An einer Schädigung in diesem Sinn fehlt es in der Regel, wenn der Schuldner für seine Leistung eine verwertbare gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455, BGE 134 III 615 E. 4.2.1 S. 618; BGE 135 III 276 E. 6.1.2 S. 280; BGE 136 III 247 E. 3 S. 251). Im Unterschied zum Darlehen, bei welchem die Rückzahlung nicht die (gleichwertige) Gegenleistung für die Darlehensaufnahme, sondern die Erfüllung der hierbei eingegangenen Pflicht zur späteren Rückzahlung ist (BGE 99 III 27 E. 5 S. 38; BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455; BGE 136 III 247 E. 3 S. 251), erfolgten die angefochtenen Zahlungen vorliegend als gleichwertige Honorierung der erbrachten Dienstleistungen (die Gleichwertigkeit wurde von der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht in Frage gestellt). Dennoch muss die Gläubigerschädigung bejaht werden (vgl. spezifisch zu Beratungshonoraren BGE 134 III 615 E. 4.3 S. 621). Ob die Beratungsleistungen verwertbar gewesen wären und inwiefern dieses Kriterium im Zusammenhang mit Dienstleistungen einschlägig ist, kann deshalb (wie bereits durch das Handelsgericht) weiterhin offengelassen werden.

#### **E. 4.2**

Als weiteres Tatbestandsmerkmal von Art. 288 SchKG muss beim Schuldner Schädigungsabsicht gegeben sein. Diese ist zu bejahen, wenn er voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung die Gläubigergesamtheit benachteiligt oder

einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner mit seiner Handlung die Benachteiligung von Gläubigern oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu bezweckt BGE 137 III 268 S. 284 hat. Es genügt vielmehr, wenn er sich darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden ( BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456, BGE 135 III 615 E. 5.1 S. 621; BGE 135 III 265 E. 2 S. 267, BGE 135 III 276 E. 7.1 S. 284).

#### **E. 4.2.1**

In allgemeiner Hinsicht ist zunächst zu beachten, dass es beim Institut der Anfechtungsklage nicht darum geht, den Schuldner faktisch seiner Handlungsfähigkeit zu berauben und ihn zu immobilisieren, zumal damit in der Regel seine sofortige Konkursreife herbeigeführt würde, was selten im Interesse der Gläubigergesamtheit liegen dürfte (Urteil 5A\_386/2008 vom 9. April 2009 E. 4.3). Die Anfechtungsklage soll dort greifen, wo es um unlautere Machenschaften geht, wie es namentlich der Fall ist, wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden ist, das sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Masse noch vorgefunden hätte ( BGE 136 III 247 E. 2 S. 250).

#### **E. 4.2.2**

Im spezifischen Kontext ist sodann zu berücksichtigen, dass die vorliegend zur Diskussion stehende Inanspruchnahme von Beratungsdienstleistungen in einem direkten Sanierungskontext stand. Die Beschwerdeführerin stellt sich zwar auch im Zusammenhang mit ihren rechtlichen Ausführungen wiederum auf den Standpunkt, es sei um allgemeine strategische Beratung gegangen, die nicht zum eigentlichen Zweck der Sanierung erfolgt sei. Zu welchem Zweck die Beratung erfolgte, ist aber weitgehend eine Sachverhaltsfrage - nämlich der Inhalt der Beratung sowie der tatsächliche Parteiwille im Zusammenhang mit der Erbringung bzw. Inanspruchnahme der Beratung - und diesbezüglich hat die Beschwerdeführerin den falschen Entscheid angefochten (dazu ausführlich E. 1.2). Nach den dortigen Ausführungen ist nebst dem Begriff der Sanierung eine Rechtsfrage einzig, ob die tatsächlich erfolgte Beratung in objektivierter Weise einen Sanierungskontext aufwies. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin hat aber das Handelsgericht den anfechtungsrechtlich relevanten Sanierungsbegriff - der entgegen der sinngemässen Darlegung der Beschwerdeführerin nicht mit der aktien- bzw. bilanzrechtlichen Sanierungsdefinition im Sinn von Art. 725 OR gleichgesetzt werden kann - richtig umschrieben und es kann hierfür auf dessen in E. 2.3 zitierte Ausführungen verwiesen werden. Sodann ist offensichtlich, dass die Beratungsdienstleistungen auch bei objektivierter Betrachtungsweise zum Zweck der Sanierung der Beschwerdeführerin erfolgten: Vor dem Hintergrund BGE 137 III 268 S. 285 der vom Handelsgericht festgestellten Schieflage spätestens ab Beginn des Jahres 2001 stand bereits die Beratung zur strategischen Neuausrichtung als solche im Zusammenhang mit dem Bemühen um finanzielle Konsolidierung und (allenfalls modifizierte) Fortsetzung der Geschäftstätigkeit. Noch deutlicher wurde dies im Rahmen der Ausdehnung des Auftrages, als die Beschwerdegegnerin umfassend mit der Beratung für die Restrukturierung des Konzerns betraut wurde (namentlich Allianzstrategien, Risikoreduktion, Neuorganisation, Controlling und finanzielle Restrukturierung, vgl. Lit. B). Es ist mithin an der in BGE 134 III 615 E. 5.3 S. 622 f. publizierten Rechtsprechung anzuknüpfen. Dort wurde festgehalten, dass bei der Honorierung von Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Erarbeitung eines Business- und Finanzierungsplanes zwecks Weiterführung der Aktivitäten der betroffenen

Gesellschaft keine Schädigungsabsicht anzunehmen sei, wenn die Fortführung des Betriebes nicht aussichtslos gewesen und im Übrigen die Begleichung der Rechnungen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsablaufes erfolgt sei. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

#### **E. 4.2.3**

Das Handelsgericht hat nicht am soeben erwähnten BGE 134 III 615 angeknüpft, sondern aufgrund des Sanierungskontextes eine wesentliche Parallele zu der in BGE 134 III 452 E. 5.2 und 5.3 angesprochenen Behandlung des Sanierungs darlehens gezogen und befunden, es müsse für die Schädigungsabsicht und die Erkennbarkeit in dem Sinn ein weniger strenger Massstab gelten, dass Leistung und Gegenleistung als Einheit zu würdigen seien. Hierzu ist zu bemerken, dass Sach- und Dienstleistungen nicht uneingeschränkt mit dem Darlehen verglichen werden können bzw. das Argument der "Einheitheitsbetrachtung" von Hingabe und Rückzahlung des Darlehens bei Sach- und Dienstleistungen aufgrund der Vertragsstruktur gewissermassen überflüssig ist: Die Idee der "Einheitsbetrachtung" beim Sanierungsdarlehen beruht auf dem speziellen Umstand, dass die Rückzahlung der Darlehenssumme nicht die gleichwertige Gegenleistung zur Darlehenshingabe (dazu E. 4.1 und dortige Hinweise), sondern vielmehr die Zinsleistung das Äquivalent der Kreditierung ist (vgl. BGE 136 III 247 E. 5 S. 252). Was die Höhe des Darlehenszinses anbelangt, so richtet sich diese - nebst allgemeinen Faktoren des Marktumfeldes wie Inflation, Leitzinsen etc. - grundsätzlich nach der Bonität des Schuldners einschliesslich Werthaltigkeit allfälliger Sicherheiten. Darin zeigt sich, dass das geschäftsmässige Darlehen typischerweise ein Risikogeschäft ist, BGE 137 III 268 S. 286 wobei sich das Risiko wie gesagt an der Wiedererhältlichkeit der Darlehenssumme bemisst. Wohl geht der Sach- oder Dienstleister auch ein Inkassorisiko ein, wenn er seine Leistung im Voraus erbringt und für die Gegenleistung Rechnung stellt; es findet aber in aller Regel keine Risikokalkulation mit Bezug auf die Einbringlichkeit der Gegenleistung statt: Die Höhe der Gegenleistung richtet sich nach dem Wert der erbrachten Sach- oder Dienstleistung und nicht nach der Bonität des Käufers oder Auftraggebers. Was dies für das Tatbestandsmerkmal der Schädigungsabsicht bedeutet, wird noch zu erörtern sein. Insofern hat das Handelsgericht aber zu Recht auf die Behandlung des Sanierungsdarlehens hingewiesen, als auch die vorliegend interessierenden Dienstleistungen zur Überwindung der Schieflage der Beschwerdeführerin erbracht bzw. nachgefragt wurden (dazu vorstehend E. 2.2 und E. 4.2.2 sowie nachfolgend 4.2.4) und das Bundesgericht sowohl mit Blick auf das Sanierungsdarlehen (vgl. BGE 134 III 452 E. 5.2 und E. 5.5; Urteil 5A\_386/2008 vom 9. April 2009 E. 4.1) als auch im Zusammenhang mit Beratungsleistungen an eine in Bedrängnis stehende und um Fortsetzung des Betriebes bemühte Unternehmung (vgl. BGE 134 III 615 E. 4.2.2 S. 619; Urteil 5A\_64/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 6.2.2) befunden hat, dass die Anfechtungsklage nicht zum Zweck habe, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen, umso weniger als es gerade im Interesse der übrigen Gläubiger liege, wenn Dritte versuchten, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen. Freilich kann dann nicht mehr von einer im Interesse der Unternehmung und der Gläubigergesamtheit stehenden Hilfeleistung ausgegangen werden, wenn jeder Rettungsversuch als hoffnungslos angesehen werden muss, weil keine Aussicht auf Erfolg besteht (vgl. BGE 134 III 452 E. 5.3 S. 459, BGE 134 III 615 E. 5.1 S. 621 f.; Urteil 5A\_64/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 6.2.2). In welcher Situation und wozu die fraglichen Leistungen in Anspruch genommen worden bzw. die angefochtenen Zahlungen erfolgt sind, ist der springende Punkt bei der Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der

Schädigungsabsicht: Diese beinhaltet begriffsnotwendig ein wie auch immer geartetes doloses Element, welches fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgversprechend erscheint (dahingehend bereits BGE 134 III 615 E. 5.1 S. 621 f.). Insofern lässt sich nicht sagen, dass für die Schädigungsabsicht und die Erkennbarkeit im Zusammenhang mit BGE 137 III 268 S. 287 sanierungsorientierten Beratungsleistungen ein milderer Massstab gelte; vielmehr hat der Schuldner in der betreffenden Situation (d.h. ernsthafte und erfolgversprechende Bemühungen) schlicht und einfach keinen auf Schädigung der anderen Gläubiger gerichteten Willen, wenn er sich bei seiner Stabilisierung und in Aussicht genommenen Gesundung beraten lässt, und zwar hat er in der Regel auch keinen auf indirekte Schädigung gerichteten Willen, indem er eine Benachteiligung der anderen Gläubiger als notwendige Nebenfolge billigend in Kauf nehmen würde.

#### **E. 4.2.4**

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist im vorliegenden Fall aufgrund der handelsgerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen einerseits davon auszugehen, dass die Beratungsleistungen zum Zweck der Sanierung der Beschwerdeführerin erfolgten. Dabei kann es entgegen deren Behauptung nicht darauf ankommen, ob bereits ein eigentliches Sanierungskonzept bestand, ging es im Zusammenhang mit der fraglichen Beratung doch gerade darum, Konzepte zur Überwindung der Schieflage zu erarbeiten. In diesem Kontext muss es genügen, dass die Beratung nach den vorstehenden Erwägungen zum Ziel hatte, durch eine strategische Neuausrichtung, insbesondere verbunden mit einer finanziellen Konsolidierung, den Turnaround zu schaffen und wieder profitabel zu werden. Zum anderen ergibt sich aus den Feststellungen des Handelsgerichtes, dass die Beschwerdeführerin (und mit ihr der gesamte Konzern) im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen noch nicht in dem Sinn unrettbar verloren schien, dass ein Fallieren so gut wie sicher bzw. als unabwendbar anzusehen war, sondern vielmehr von aus damaliger Sicht erfolgversprechenden Sanierungsbemühungen auszugehen war (nebst organisatorischer Optimierung z.B. Verkäufe im non-airline- und/oder airline-Bereich bzw. gänzliches Aufgeben der Dual-Strategie, sodann Aufbringen neuen Kapitals, Abstossen unprofitabler Beteiligungen, Verkleinern des Flugzeugparks bzw. Aufgabe des Drittleasinggeschäfts etc.). Jedenfalls vermochte die Beschwerdeführerin den ihr obliegenden Beweis (vgl. E. 3 und 4) der Schädigungsabsicht nicht zu erbringen, zumal sie mit Bezug auf die zugrunde liegenden Tatsachen das falsche Urteil angefochten hat (vgl. E. 1.2). Insbesondere kann sie in diesem Zusammenhang auch nichts aus der Tatsache ableiten, dass das Bundesgericht in anderen Swissair-Anfechtungsurteilen für den Zeitpunkt jedenfalls der zweiten Zahlung alle Anfechtungsvoraussetzungen von Art. 288 SchKG bejaht hat: Dort ging es nicht um die Verbesserung der finanziellen Situation bzw. um die Rettung und BGE 137 III 268 S. 288 Gesundung der Unternehmung, sondern im Gegenteil um den beschleunigten Abfluss letzter vorhandener Mittel, indem Darlehen zurückbezahlt wurden; überdies waren die Zahlungen jeweils mit der beidseits bewussten Bevorteilung des betreffenden Gläubigers verbunden (z.B. BGE 134 III 452 ; Urteile 5A\_358/2008; 5A\_386/2008; 5A\_116/2009). Von vornherein nicht einschlägig sind sodann die Urteile, welche ganz wenige Tage vor dem Fallieren, in der Regel sogar nach dem Grounding der Swissair-Flotte und damit in einer hoffnungslos gewordenen Situation geleistete Zahlungen betreffen (z.B. BGE 135 III 265 und 276; Urteil 5A\_567/2009). Im Übrigen sind die in all den genannten Entscheiden gemachten Erwägungen jeweils im spezifischen Kontext des Einzelfalles zu lesen, auch wenn sie teilweise etwas apodiktisch formuliert sein mögen.

### **E. 4.3**

Ist nach dem Gesagten keine Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin nachgewiesen, erübrigen sich Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit; die betreffenden Ausführungen in der Beschwerde sind damit gegenstandslos.

### **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.