

# ZH\_HANDELSGERICHT HG110132 vom 22. August 2012

Zh Handelsgericht, 2012-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG110132](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110132)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG110132 du 22 août 2012

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG110132 del 22 agosto 2012

## Erwägungen

### E. 2

im vormaligen Verfahren HG050370), die B1. \_\_\_\_\_ sowie die E. \_\_\_\_\_ AG das "CHF 1'000'000'000 Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement", den sog. "Milliarden-Kredit". Die Beklagten 1 und 2 übernahmen gemäss diesem

- 3 - Vertrag die Rolle der "Joint Arrangers", die Beklagte 1 zusätzlich diejenige des "Facility Agent" (act. 4/4). Am 28. Mai 2001 forderte die Beklagte 1 namens der "Joint Arrangers" die Bezahlung der ersten Tranche der sog. "Upfront Fee" im Umfang von CHF 1 Mio. Unter Beilage und mit Bezugnahme auf den "Agency Fee Letter" und den "Up Front Fee Letter", beide datierend vom 11. Juli 2001, wurde von der Beklagten 1 mit Telefax vom 24. Juli 2001 die zweite Tranche der Upfront Fee über CHF 3'750'000.00 sowie die Agency Fee über CHF 20'000.00 eingefordert. Die A. \_\_\_\_\_ hat die beiden Tranchen der Upfront Fee wie auch die Agency Fee am 29. Mai 2001 bzw. am 3. August 2001 an die Beklagte 1 überwiesen, welche die Upfront Fee jeweils zu je einem Drittel an die Beklagte 2 und die E. \_\_\_\_\_ AG weiterleitete (act. 1 Rz. 189, act. 17 Rz. 491, act. 4/11, act. 4/12, act. 4/101, act. 4/125-127). Die Klägerin ficht diese Zahlungen aufgrund von Art. 288 SchKG an.

### E. 2.7

Mrd. verkaufen müsse, um am Ende mit 8 Mrd. Schulden herauszukommen zu einem Cash flow von 1 Mrd., währenddem in derselben Zeit grosse Unsicherheiten und operative Risiken bestehen bleiben würden. Obendrauf komme, dass durch die Herausnahme von K. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ der entsprechende Cash flow wieder verloren gehen werde ("A2. \_\_\_\_\_ Group has to sell 2.7 bn CHF assets to end up with 8 bn debt at a cash flow of 1 bn CHF while at the same time large insecurities and operational risks remain"; und: "on top, through the planned equity carve out at GG and J. \_\_\_\_\_ the respective share of the cash flow will be lost"; act. 4/110 S. 4). Die Beklagte 2 bemerkte weiter, dass die Verluste im Jahr 2001 höher ausfallen würden als erwartet und fragte nach, wie die Frage eines (möglichen) Konkurses technisch gehandhabt werde ("losses 2001 are higher than expected; how will technical bankruptcy issue be answered?"; act. 4/110 S. 7). Die Banken machten zudem klar, dass die Kreditfazilität unter keinen Umständen als Liquiditätsfazilität gesehen werden könne ("the credit facility is under no circumstances to be seen as a liquidity facility"; act. 4/110 S. 8).

### E. 3

Formelles

#### E. 3.1

Der eidgenössischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 2011) ist nicht ausdrücklich zu entnehmen, welches Recht zur

Anwendung kommt, wenn die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid aufhebt und zur Fortsetzung des Hauptverfahrens oder Durchführung eines Beweisverfahrens an die untere Instanz zurückweist. Die Rückweisung bewirkt, dass der Prozess in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden hat. Das Verfahren vor der unteren Instanz ist somit nicht zum Abschluss gekommen, so dass für die Fortsetzung des Verfahrens bisheriges Recht weitergilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). War der Rechtswechsel bei Eröffnung des angefochtenen Entscheids noch nicht eingetreten, brachte die obere Instanz mithin altes Verfahrensrecht zur Anwendung, gilt dieses Recht auch für die Rückweisung (BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 404 N 13, mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Demgemäss bleibt für das (Rückweisungs-)Verfahren die "alte" zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) anwendbar.

- 4 -

### **E. 3.3**

Wie erwähnt sind beide Parteien in Zürich domiziliert, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gegeben ist (ZR 106 (2007) Nr. 28), wie es die Klägerin zutreffend dargelegt hat (act. 1 Rz. 3 ff.) und wie es von der Beklagten 1 auch nicht bestritten wurde (act. 17 Rz. 12 und Rz. 277). Da paulianische Anfechtungsklagen praxismässig den Rechtsbeziehungen aus Handelsverhältnissen im Sinne von § 62 GVG zugerechnet werden (vgl. HAU-SER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 62 GVG N 25, mit weiteren Hinweisen), ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die vorliegende Klage zu bejahen.

## **E. 4**

Materielles

### **E. 4.1**

Auf die paulianischen Anfechtungsklagen ist schweizerisches Recht anwendbar. Die zivilrechtliche Gültigkeit der angefochtenen Banküberweisungen steht dagegen nicht in Frage, so dass offen bleiben kann, nach welchem Recht diese zu beurteilen wären (Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 2002, 5C.68/2002, E. 4c).

### **E. 4.2**

Gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG i.V.m. Art. 331 Abs. 1 SchKG ist der Liquidator namens der Nachlassmasse zur paulianischen Anfechtung legitimiert (BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 285 N 236). Die Aktivlegitimation der Klägerin ist unbestrittenermassen gegeben.

### **E. 4.3**

Die beiden Tranchen der Upfront Fee sowie die Agency Fee überwies die A.\_\_\_\_\_ der Beklagten 1 (act. 4/101 und act. 4/127). Diese war jedoch vertraglich verpflichtet, einen Drittel der Upfront Fee der Beklagten 2 weiterzuleiten (act. 4/4 und act. 4/11), was sie unbestrittenermassen auch tat (act. 15 Rz. 22 und Rz. 27). Bezüglich der ihr direkt überwiesenen Summen ist die Beklagte 1 in Anwendung von Art. 290 SchKG passivlegitimiert. Dies wird von der Beklagten 1 auch nicht bestritten (act. 17 Rz. 12). Die Belangung der Beklagten 1 und 2 als einfache Streitgenossen ist zulässig (§ 40 Abs. 1

ZPO).

- 5 -

#### **E. 4.4**

Allgemeine Voraussetzungen von Art. 288 SchKG Art. 288 SchKG bestimmt, dass alle Rechtshandlungen anfechtbar sind, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurs- öffnung – oder der Bewilligung der Nachlassstundung (vgl. Art. 331 Abs. 2 SchKG) – in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Wer durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, ist zur Rückgabe desselben verpflichtet (Art. 291 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die Absichtsanfechtung setzt eine Gläubigerschädigung sowie die Schädigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Dritten voraus. Alle drei Voraussetzungen hat zu beweisen, wer aus der Erfüllung des Tatbestandes gemäss Art. 288 SchKG Rechte ableitet, in der Regel also der Anfechtungskläger (BGE 134 III 452, E. 2).

#### **E. 4.5**

Verdachtsfrist Die Nachlassstundung der Klägerin wurde am 5. Oktober 2001 bewilligt (act. 4/16). Die angefochtenen Zahlungen der Klägerin im Gesamtbetrag von CHF 3'186'666.00 an die Beklagten erfolgten innerhalb von fünf Jahren vor Bewilligung der Nachlassstundung.

#### **E. 4.6**

Gläubigerschädigung

##### **E. 4.6.1**

Als erstes Tatbestandsmerkmal von Art. 288 SchKG 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 (BGE 135 III 265, E. 2; Urteil des Bundesgerichtes vom

##### **E. 4.6.2**

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagten 1 und 2 durch die Bezahlung der beiden Tranchen der Upfront Fee und der Agency Fee durch die A.\_\_\_\_\_ begünstigt und die übrigen Gläubiger in entsprechendem Masse objektiv benachteiligt worden seien (act. 1 Rz. 191 ff.). Die theoretische Möglichkeit eines Darlehensbezuges stelle nämlich keine genügende Gegenleistung dar. So beinhalte die Upfront Fee gemäss dem Term Sheet eine "Arrangement Fee" sowie eine "Participation Fee". Darüber hinaus sei noch eine separate Bereitstellungskommission ("Commitment Fee") vereinbart worden, welche auf dem unbeanspruchten Teil des Kredits erhoben worden sei. Eine solche Commitment Fee sei jedoch – vor der Nachlassstundung – nie in Rechnung gestellt worden. Dies zeige, dass die Beklagten 1 und 2 in tatsächlicher Hinsicht keine Bereitstellungsmassnahmen getroffen hätten, welche als Gegenleistung im paulianischen Sinne verstanden werden könnten (act. 1 Rz. 197 ff.). Zudem sei es der A.\_\_\_\_\_ auf Grund der schlechten Situation de facto unmöglich gewesen, den Kredit überhaupt zu ziehen. Es habe weitgehend im Ermessen

der Banken gelegen, ob die Conditions Precedent erfüllbar gewesen seien und damit die Fazilität greifbar gewesen wäre (act. 1 Rz. 202 ff.). In der Replik führt die Klägerin zusätzlich aus, dass die Upfront Fee und die Agency Fee gerade nicht die Gegenleistung für die Kreditgewährung, sondern lediglich Gebühren für die Bearbeitung des Kreditanliegens der A.\_\_\_\_\_ und die

- 7 - Teilnahme an den Kreditverhandlungen (Upfront Fee) resp. Entgelt für die Bemühungen der Beklagten 1 als Agentin im Dreiergremium der kreditwilligen Banken seien (Agency Fee). Der Preis für die Kreditgewährung sei die – hier nicht streitgegenständliche – "Commitment Fee" sowie eine "Utilisation Fee" und Zins (act. 47 Rz. 15 f.). Die Upfront Fee sei hingegen ein Dienstleistungshonorar. Die entsprechenden Dienstleistungen der kreditgewährenden Banken hätten in der Bearbeitung des Kreditanliegens der A.\_\_\_\_\_ und der Teilnahme an den Kreditverhandlungen, mithin also auch in der Ausarbeitung des Term Sheets und des Kreditvertrages, bestanden (act. 47 Rz. 17). Mit beiden angefochtenen Überweisungen seien Leistungen der Beklagten abgegolten worden, welche vor der Bezahlung erbracht worden seien (act. 47 Rz. 24). Es sei nicht ersichtlich, wie durch die Unterzeichnung des Kreditvertrages die A.\_\_\_\_\_ ihre Finanzierungskosten bei den übrigen Krediten und Kreditlinien hätte stabilisieren können (act. 47 Rz. 44). Auch das "Freihalten von Handlungsoptionen" und die "Stabilisierung der Finanzierungskosten" könnten nicht als gleichwertige Gegenleistung gelten (act. 47 Rz. 59). Die Gläubigerschädigung sei gegeben (act. 47 Rz. 25).

### **E. 4.6.3**

Die Beklagte 1 führt aus, dass die A.\_\_\_\_\_ eine gleichwertige Gegenleistung erhalten habe. Beim Vertrag vom 11. Juli 2001 handle es sich nicht um einen Darlehensvertrag, sondern um einen Krediteröffnungsvertrag. Dieser sei ein Rahmenvertrag, welcher noch keine unmittelbare Pflicht der Fremdkapitalgeber zur Hingabe einer bestimmten Darlehenssumme begründe, weshalb auch der Zins- und der Rückzahlungsanspruch erst auf dem besonderen – gestützt auf den Krediteröffnungsvertrag abgeschlossenen – Darlehensvertrag beruhe. Beim Krediteröffnungsvertrag sei somit weder Geld noch Geldkredit geschuldet, sondern die Zur-Verfügung-Stellung von Kaufkraft. Der Einräumung einer Kreditfazilität stehe die Bezahlung der Gebühren durch den Kreditnehmer gegenüber. Die Kreditlinie sei u.a. nur unter der Bedingung offen gehalten worden, dass die Fees rechtzeitig bezahlt worden seien (act. 17 Rz. 499 ff.). Im Austausch gegen die bezahlten Gebühren habe sie, die Beklagte 1, eine Kreditfazilität zu Gunsten der A.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 333'333'333.00 eingerichtet, welche bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur Vorfinanzierung von Unternehmensdevestitionen hätte bezogen werden können. Die Bereitstellung der Kreditfazilität habe der

- 8 - A.\_\_\_\_\_ die Möglichkeit eröffnet, Unternehmensrestrukturierungen in zeitlich geordneten Bahnen durchzuführen, ohne die Liquiditätssituation der A.\_\_\_\_\_ weiter zu belasten. Die Upfront Fee und die Agency Fee seien dabei als Versicherungsprämien zu betrachten. Die A.\_\_\_\_\_ habe sich dagegen abgesichert, dass sie bei einem raschen Verkauf ihrer Beteiligungen dennoch einen angemessenen Preis hätte lösen können. Die mögliche Überbrückungsfinanzierung habe es der A.\_\_\_\_\_ erlaubt, den Verkauf gründlich vorzubereiten und durchzuführen, ohne sich in einem "distressed sale scenario" zu verfangen, bei dem der Preis aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit vom Käufer hätte gedrückt werden können. Daran ändere auch nichts, dass die A.\_\_\_\_\_ allenfalls die Kreditfazilität über CHF 1 Mia. überhaupt nicht habe benutzen wollen. Da der

"Versicherungsfall", das heisst der vorgezogene Verkauf von Unternehmensteilen mit nachteiligen Zahlungskonditionen, nicht eingetreten sei, seien die Vorteile schwierig zu quantifizieren. Wäre jedoch die A.\_\_\_\_\_ auf Grund einer Liquiditätskrise gezwungen gewesen, beim Verkauf von Unternehmensteilen vom Käufer den Kaufpreis sofort zu verlangen, hätte dies sicher eine Minderung des Kaufpreises zur Folge gehabt (act. 1 Rz. 509). Ein weiterer Zweck der Kreditfazilität sei die Stabilisierung der Finanzierungskosten der A.\_\_\_\_\_ gewesen. Wenn eine Neuauflage von Kreditlinien und Kreditfazilitäten notwendig geworden wäre, so hätte dies nur unter verschärften und auch teureren Bedingungen erfolgen können (act. 17 Rz. 520 f.). Es stimme nicht, dass die Bedingungen des Kreditvertrages nicht erfüllbar gewesen seien. Die vereinbarten Conditions Precedent seien durchaus situationsgerecht gewesen (act. 17 Rz. 522 ff.). Auch für die A.\_\_\_\_\_ habe nicht die Kreditauszahlung resp. die Liquiditätsfunktion des Kreditvertrages im Vordergrund gestanden, sondern vielmehr das Freihalten von Handlungsoptionen und die Stabilisierung der Finanzierungskosten. Die Bezahlung der Gebühren sei die unabdingbare Voraussetzung für die Vorbereitung, die Einrichtung und auch die Aufrechterhaltung der Kreditfazilität gewesen (act. 17 Rz. 529). In der Duplik führt die Beklagte 1 zusätzlich aus, dass es sich bei der Upfront und den Agency Fees um Gegenleistungen in Form einer Vergütung für die Bearbeitung des Kreditantrages und die Unterzeichnung und fortlaufende Überprüfung der Kreditfazilität, d.h. für die Möglichkeit, zu gegebener Zeit und bei Bedarf ein

- 9 - oder mehrere Darlehen bis zum maximal verfügbaren Betrag (sog. "Kreditlinie") in Anspruch nehmen zu können, handle (act. 53 Rz. 33). Die Kreditfazilität sei ein wesentlicher Pfeiler im Sanierungskonzept der A.\_\_\_\_\_ gewesen, habe sie dieser doch dazu verholfen, die Sanierung in geordneten Bahnen durchzuführen, den Verkauf von Unternehmensteilen notfalls vorzufinanzieren, kurzfristig Liquidität zu beschaffen und nicht zuletzt ein positives Zeichen nach aussen zu setzen. Der Milliardenkredit habe der A.\_\_\_\_\_ zur Stabilisierung ihrer Finanzen, zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplanes und zur Sicherung der Glaubwürdigkeit im Markt gedient. Bei der Kreditfazilität habe es sich somit um eine Sanierungsbemühung seitens der Beklagten 1 gehandelt, was schliesslich allen Gläubigern zugute gekommen sei (act. 53 Rz. 40 und 182 ff.). Zudem handle es sich bei der Upfront Fee um Vorschusszahlungen, eventualiter um Zug-um- Zug-Leistungen. Mit dieser seien nämlich auch die verbindliche Teilnahme der Beklagten 1 am Konsortialkredit an sich und damit die Kosten der Bereitstellung des Kreditrahmens abgegolten worden (act. 53 Rz. 51).

#### **E. 4.6.4**

Nur Zahlungen Zug um Zug oder Vorauszahlungen verursachen keine Gläubigerschädigung. Wenn die Zahlung hingegen – in einer finanziell schwierigen Zeit – im Nachhinein für schon erbrachte Leistungen erfolgt, so wird der befriedigte Gläubiger zum Nachteil der übrigen Gläubiger begünstigt (BGE 135 III 276, E. 6.3.1. f.).

#### **E. 4.6.5**

Gemäss dem "Agency Fee Letter" vom 11. Juli 2001 (act. 4/126) war durch die A.\_\_\_\_\_ die Zahlung von jährlichen Agency Fees im Umfang von CHF 20'000.00 an die Beklagte 1 geschuldet. Die erste dieser Zahlungen war gemäss Variante b) des Agency Fee Letter drei Tage nach dem 11. Juli 2001, nämlich dem Datum des "Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement", zu leisten ("the first such payment to be made on the earlier of

(a) the date upon which the first Advance is made under the Facility Agreement and (b) the date which is three Business Days after the date of the Facility Agreement"). Der Betrag von CHF 20'000.00 wurde durch die A.\_\_\_\_\_ jedoch erst am 3. August 2001 (act. 4/127) und damit nach Fälligkeit und nach Unterzeichnung des 1-Mrd.- Kreditvertrages überwiesen. Weder das Multicurrency Revolving Bridge Loan Fa-

- 10 - cility Agreement noch der Agency Fee Letter definieren die Leistungen, welche mit der Bezahlung der Agency Fee hätten abgegolten werden sollen. Im Agency Fee Letter wird lediglich erwähnt, dass es sich um eine "administrative agency fee" (d.h. um eine Verwaltungsgebühr im Zusammenhang mit der Agententätigkeit) handle (act. 4/126). Die administrativen Leistungen eines Agenten bzw. dessen Bereitschaft, als Agent zu handeln, werden notorischerweise vor Unterzeichnung eines Vertrages erbracht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es im vorliegenden Fall anders sein soll. Die Beklagte 1 unterlässt in ihren Rechtsschriften Ausführungen darüber, dass sie ihre Bemühungen als Agentin vollständig bzw. teilweise erst nach Bezahlung der Agency Fee erbracht haben soll. So macht sie lediglich bezüglich der Upfront Fee geltend, dass es sich bei diesen Überweisungen um Vorschusszahlungen, eventualiter um Zug-um-Zug-Leistungen, gehandelt habe (act. 53 Rz. 47 ff.). Zudem handelt es sich bei den behaupteten Arbeiten, bezüglich welcher die Beklagte 1 geltend macht, dass sie die Gegenleistung zur Upfront Fee und zur Agency Fee darstellen würden (nämlich: Verhandlung und Ausarbeitung verschiedener Offerten [z.B. vom 23. und 30. März 2001], Verhandlung und Ausarbeitung des Termsheets, Teilnahme an den Vertragsverhandlungen [z.B. Bankenmeeting vom 10. Juli 2001], Verhandlung und Ausarbeitung der über 100-seitigen Kreditfazilität, Durchführung der Risikoanalyse der A.\_\_\_\_\_ sowie Entgelt für externe Berater; vgl. act. 53 Rz. 39), zum einen um Leistungen, welche nicht im Zusammenhang mit der administrativen Tätigkeit eines Agenten stehen, und zum anderen um Leistungen, welche selbst nach Darstellung der Beklagten 1 vor Überweisung der Agency Fee vom 3. August 2001 erbracht wurden. Es bestehen somit keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte 1 ihre geltend gemachten Leistungen ganz oder teilweise nach dem 3. August 2001 erbracht hätte. Anderes wird von der Beklagten 1 wie erwähnt nicht behauptet und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Daran ändert nichts, dass der Agency Fee Letter grundsätzlich Vorauszahlung vorschreibt ("payable annually in advance"), kommt es doch auf die realen Umstände und nicht auf den Wortlaut einer Vereinbarung an.

#### **E. 4.6.6**

Gemäss dem Schreiben vom 24. April 2001 war der Betrag von CHF 1 Mio. ("1. Tranche der Upfront Fee") mit Annahme dieses Schreibens durch die

- 11 - A.\_\_\_\_\_ geschuldet ("at the date of the acceptance of this offer letter"; act. 4/5 S. 4). Überwiesen wurde der Betrag jedoch erst am 29. Mai 2001 (4/101). Die Summe von CHF 3'750'000.- ("2. Tranche der Upfront Fee") war mit der Unterzeichnung ("Signing") des "Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement" geschuldet (act. 4/5 S. 4), mithin am 11. Juli 2001. Die Überweisung fand jedoch erst am 3. August 2001 (act. 4/127) statt. Auch die beiden Tranchen der Upfront Fee wurden somit nach Fälligkeit überwiesen. Im Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement werden die Leistungen der Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ ("Joint Arrangers"), welche mit der Bezahlung der Upfront Fee abgegolten werden sollen, nicht definiert. Es wird lediglich erwähnt, dass die Upfront Fee auch die Arranging Fees und Participation Fees beinhalte und dass die Upfront Fee in einem Schreiben durch die Joint Arrangers definiert werde (act. 4/4 S. 44). Im "Up Front

Fee Letter" vom 11. Juli 2001 steht folgendes: To B1. \_\_\_\_\_ ("...") (for distribution between the joint arrangers) for arranging the facility a total up front fee of 75 basis points flat on CHF 1,000,000,000 payable as follows: [...] (act. 4/11). Mit der Upfront Fee wurde somit die Planung bzw. Vorbereitung der Fazilität durch die "Joint Arrangers" abgegolten, mithin Leistungen, welche im Zusammenhang mit der Offertenstellung vom 24. April 2001 wie auch der Aushandlung und Unterzeichnung des Kreditvertrages vom 11. Juli 2001 und somit je vor Überweisung der angefochtenen Beträge vom 29. Mai 2001 bzw. 3. August 2001 erbracht worden sind. Etwas anderes wird von den Beklagten nicht substantiiert vorgebracht und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Die behaupteten Arbeiten, von welchen die Beklagte 1 selber geltend macht, dass sie die Gegenleistung zur Upfront Fee darstellen würden (act. 53 Rz. 39), sind alles Leistungen, welche vor dem 29. Mai 2001 (Verhandlung und Ausarbeitung verschiedener Offerten [z.B. vom 23. und 30. März 2001], Verhandlung und Ausarbeitung des Termsheets) bzw. vor dem 3. August 2001 (Teilnahme an den Vertragsverhandlungen [z.B. Bankenmeeting vom 10. Juli 2001], Verhandlung und Ausarbeitung der 100-seitigen Kreditfazilität sowie die Durchführung der Risikoanalyse der A. \_\_\_\_\_) erbracht wurden. Dass auch die Überprüfung der Conditions Precedent von der Upfront Fee sowie Entgelte für externe Berater abgegolten sein sollen, wie dies die Beklagte 1 geltend macht (act. 53 Rz. 39), ist weder dem Multicurrency Revolving Bridge Loan-

- 12 - an Facility Agreement noch dem Upfront Fee Letter zu entnehmen und wird von der Beklagten 1 auch nicht substantiiert behauptet. Die Beklagte 1 macht zudem geltend, dass mit der Upfront Fee auch die Bereitstellung bzw. Reservation des vereinbarten Kreditrahmens abgegolten worden sei (act. 53 Rz. 51). Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden, deckte doch die sog. "Commitment Commission" die Bereitstellungskosten, d.h. die Kreditfazilität, ab (act. 4/4 Ziffer 22.1). Dieser Betrag wurde denn auch anlässlich der Forderungseingabe in der Nachlassstunde angemeldet (act. 1 Rz. 200; act. 17 Rz. 472). Die Ausführungen der Beklagten 1, dass es sich bei der Commitment Commission um die Vergütung für die Bereitstellung von CHF 1 Mrd. ab Unterzeichnung der Kreditfazilität handle, wohingegen in der Upfront Fee die Vergütung für die Bereitstellung der Fazilität für die Zeitspanne ab Unterzeichnung des Termsheets bis zur Unterzeichnung der Kreditfazilität bzw. bis zum Abbruch der Vertragsverhandlungen enthalten gewesen sei (act. 53 Rz. 206), finden in den Akten keine Grundlage und werden von der Beklagten 1 auch nicht rechtsgenügend dargelegt. Insbesondere führt sie nicht substantiiert aus, worin konkret die Kosten für die Bereitstellung eines Kreditrahmens hätten bestehen sollen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb die Beklagten schon vor Unterzeichnung der Kreditfazilität, d.h. schon vor der eventuellen Möglichkeit der Gewährung eines Darlehens (das Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement begründete ja noch keine unmittelbare Pflicht der Kreditgeber zur Hingabe einer bestimmten Kreditlinie), konkrete Bereitstellungshandlungen hätten treffen müssen. Dies umso mehr, als die Fazilität nicht als Liquiditätsfazilität, sondern lediglich als Kreditfazilität ausgestaltet war (act. 4/4, act. 4/5, act. 4/110 S. 8) und mithin keine flüssigen Mittel bzw. Bankguthaben bereitgestellt werden mussten.

#### **E. 4.6.7**

Die Überweisungen der Agency Fee und der beiden Tranchen der Upfront Fee stellen gemäss den obigen Ausführungen Tilgungen fälliger Schulden dar. Es ist unbestritten, dass nicht alle Gläubiger gleichmässig befriedigt wurden. Wenn die Summen von CHF

1'603'333.00 bzw. CHF 1'583'333.00 den Beklagten nicht überwiesen worden wären, so hätten sie sich in der Nachlassmasse befunden und gemäss Art. 219 SchKG unter sämtlichen Gläubigern verteilt werden können (BGE 135 III 276, E. 6.3.2.). Die Banküberweisungen der A. \_\_\_\_\_ vom 29. Mai

- 13 - 2001 und 3. August 2001 führten somit objektiv zu einer Schädigung der übrigen Gläubiger.

#### **E. 4.6.8**

Die Beklagte 1 macht geltend, dass Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung bestehe und es sich bei ihren Leistungen im Rahmen der Kreditfazilität um Sanierungsbemühungen gehandelt habe.

#### **E. 4.6.9**

Das Bundesgericht anerkennt grundsätzlich den Schutz echter Sanierungsbemühungen vor einer paulianischen Anfechtung. So führt es in BGE 134 III 452 S. 459 aus, dass die Anfechtungsklage nicht zum Zweck habe, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen. Es liege im Interesse der Gläubiger, dass Dritte versuchten, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen, ohne Gefahr zu laufen, im Falle der Nutzlosigkeit der Bemühungen das Entgelt für ihre Leistungen zurückzahlen zu müssen. Die Rechtsprechung beruhe auf dem Grundgedanken, dass es erlaubt sei, dem Schuldner "aus der Klemme zu helfen", und demzufolge die Anfechtungsklage nicht verhindern wolle, dass einem bedrängten Schuldner durch Gewährung von Zahlungsmitteln geholfen werde, sofern nur diese Hilfe ernstlich als erfolgverheissend betrachtet werden könne.

#### **E. 4.6.10**

Vorliegend ist unstrittig, dass mit den Überweisungen der A. \_\_\_\_\_ an die Beklagten nicht die Gewährung eines Darlehens abgegolten wurde. Wie vorstehend (vgl. Ziff. 4.6.6. S. 12) ausgeführt, deckten die Überweisungen der A. \_\_\_\_\_ auch nicht die Bereitstellungskosten der (allenfalls) zu gewährenden Kreditfazilität, da diese durch die "Commitment Commission" abgedeckt wurden (act. 4/4 S. 43). Unbestritten ist zudem, dass der Milliardenkredit der A. \_\_\_\_\_ faktisch nie zur Verfügung stand. Es kam somit nie tatsächlich zu einer Stabilisierung der Finanzen der A. \_\_\_\_\_, zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplanes oder zu einer Absicherung von künftigen Devestitionsszenarien. Die Setzung eines "positiven Zeichens" gegenüber den übrigen Kreditgebern bzw. der Öffentlichkeit kann nicht als gleichwertige Gegenleistung betrachtet werden. Bei der Aushandlung des Milliardenkredites ging es zudem nur darum, die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit der A. \_\_\_\_\_ mittels Eingehens neuer Schulden zu sichern. Ein sol-

- 14 - ches Vorgehen stellt jedoch für sich alleine keine echte Sanierungsmassnahme dar (Urteil des Bundesgerichts vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, Erw. 5.4). Offen bleiben kann deshalb, ob die "Conditions Precedent" durch die A. \_\_\_\_\_ je erfüllbar gewesen wären. Die Gläubigerschädigung ist somit auch aus diesen Gründen zu bejahen.

#### **E. 4.6.11**

Da kein Sonderfall eines Sanierungsdarlehens bzw. von echten Sanierungsbemühungen vorliegt, sind die Schädigungsabsicht und die Erkennbarkeit nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen (BGE 134 III 452 S. 461 f.).

## **E. 4.7**

### Schädigungsabsicht

#### **E. 4.7.1**

Als zweites Tatbestandsmerkmal von Art. 288 SchKG muss beim Schuldner eine Schädigungsabsicht gegeben sei. Diese ist zu bejahen, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass die Schädigung der Gläubiger geradezu den Zweck des Rechtsgeschäftes bildet. Es genügt vielmehr, wenn sich der Schuldner 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; BGE 135 III 265, E. 2; Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, E. 2). Blosser Fahrlässigkeit genügt nicht.

#### **E. 4.7.2**

Der bei den Beteiligten gegebene subjektive Befund ist das prägende Element des Anfechtungstatbestandes von Art. 288 SchKG. Eine blosser Nachlässigkeit des Schuldners beim Bedenken der möglichen Folgen seines Handelns könnte aber als grundlegende Rechtfertigung der schweren Sanktion der Anfechtbarkeit nicht genügen.

#### **E. 4.7.3**

Der erforderliche Eventualvorsatz ist ein psychischer Sachverhalt. Soweit keine Äusserungen des Schuldners selbst vorhanden sind, muss aufgrund äusserer Sachumstände über die Frage des Eventualvorsatzes entschieden werden. Drängt sich bei objektiver Beurteilung für den Schuldner der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge des Handelns auf, so ist dies

- 15 - ein gewichtiges Indiz für seinen Eventualvorsatz (Urteil des Bundesgerichts 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004, E. 5).

#### **E. 4.7.4**

Schädigungsabsicht – wie auch deren Erkennbarkeit – durch Organe oder rechtsgeschäftlich bestellte Stellvertreter sind der juristischen Person bzw. dem Vertretenen anzurechnen (BGE 134 III 452, E. 4.3; BGE 135 III 265, E. 2; Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, E. 2).

#### **E. 4.7.5**

Die Klägerin macht geltend, dass die Schädigungsabsicht gegeben sei. Das Wissen um die Möglichkeit eines finanziellen Zusammenbruchs habe beim Verwaltungsrat der A. \_\_\_\_\_ bereits im Sommer 2000 eingesetzt. Im November 2000 habe sich der Verwaltungsrat veranlasst gesehen, die Konzernleitung mit der Ausarbeitung eines "worst case scenario" für die Liquidität zu beauftragen. Der Verwaltungsrat habe somit spätestens seit November 2000 die Möglichkeit eines finanziellen Zusammenbruchs in seine Überlegungen einbezogen. Im März 2001 habe der Verwaltungsrat der A. \_\_\_\_\_ die finanzielle Lage des Konzerns aufgrund der durch die Beratungsunternehmen F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ vermittelten, detaillierten Erkenntnisse als sehr ernst eingestuft und er habe auch Kenntnis des von den Beratern errechneten enormen Liquiditätsbedarfs gehabt. Dem Verwaltungsrat habe auch der Financial Risk Report der eigenen Revisionsstelle H. \_\_\_\_\_ vorgelegen, welcher konzernexterne Risiken von CHF 10.67 Milliarden aufgezeigt habe. Zusätzlich

seien die internen Risiken hinzugekommen. Die am 2. April 2001 der Öffentlichkeit bekannt gegebenen Jahresabschlüsse 2000 des Konzerns und der A. \_\_\_\_\_ seien die schlechtesten in der Geschichte gewesen. Das konsolidierte Eigenkapital habe sich infolge des Konzernverlusts von CHF 2.885 Mrd. auf CHF 1.18 Mrd. reduziert, was einer Eigenkapitalquote von noch 5.7% entsprochen habe. Im zweiten Quartal 2001 habe sich die Finanzlage der A. \_\_\_\_\_ weiter verschlechtert. Am 11. Juni 2001 sei die Gesamtsituation des Konzerns vom Verwaltungsrat noch schlechter beurteilt worden als ursprünglich angenommen. Gemäss I. \_\_\_\_\_ habe sich die A. \_\_\_\_\_ in einem eigentlichen Überlebenskampf befunden (act. 1 Rz. 206 ff.). Zwar hätten die Beklagten 1 und 2 sowie die E. \_\_\_\_\_ am 11. Juli 2001 den Vertrag über den 1-Mrd.-Kredit unterzeichnet. Dieser habe aber in seiner Endfassung zahlreiche Bedingungen, deren Erfüllbarkeit im Ermessen der Banken gelegen habe bzw. die von der A. \_\_\_\_\_ gar nicht hätten erfüllt werden können, enthalten. Entsprechend sei von I. \_\_\_\_\_ gegenüber seinen Verwaltungsratskollegen auch deutlich kommuniziert worden, dass dieser Kredit gar nicht beansprucht werden konnte. Auch die am 19. Juli 2001 den Banken verschickte "Interim Information Disclosure for Lenders" habe kein gutes Bild hinsichtlich der Überlebenschancen der A. \_\_\_\_\_ gezeichnet. Trotz dieser schlechten finanziellen Situation habe die A. \_\_\_\_\_ die streitgegenständlichen Zahlungen vorgenommen, dies zu einem Zeitpunkt, als die Möglichkeit eines finanziellen Zusammenbruchs der A. \_\_\_\_\_ absehbar gewesen sei. Eine Gläubigerschädigung sei durch die A. \_\_\_\_\_ zumindest in Kauf genommen worden (act. 1 Rz. 220 ff.). In der Replik führt die Klägerin zusätzlich aus, dass der A. \_\_\_\_\_ die Grundlagen für eine verlässliche Beurteilung der Sanierungsmöglichkeit und damit der Fortführungsfähigkeit als Einzelgesellschaft gänzlich gefehlt hätten. Auch habe bei der A. \_\_\_\_\_ zu keinem Zeitpunkt ein Sanierungsplan, welcher diesen Namen verdiene, vorgelegen. Das Konzept der Geschäftsleitung der A. \_\_\_\_\_ habe im Wesentlichen in der unfundierten Hoffnung bestanden, die Marktsituation werde sich zu ihren Gunsten wenden und im schlimmsten Fall werde die A2. \_\_\_\_\_ von der öffentlichen Hand und der Schweizer Wirtschaft nicht fallen gelassen (act. 47 Rz. 81 ff.).

#### **E. 4.7.6**

Die Beklagte 1 bestreitet die Schädigungsabsicht. Die Verantwortlichen der A. \_\_\_\_\_ hätten bis unmittelbar vor dem Ende nicht damit gerechnet, dass die A. \_\_\_\_\_ untergehen würde. So sei I. \_\_\_\_\_ am 10. Juli 2001 überzeugt gewesen, genügend Liquidität erhalten und generieren zu können, um die Gruppe wieder in ruhigeres Wasser führen zu können. Er habe für den Notfall sogar (Teil-) Verkäufe von J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_ vorgesehen und sei überzeugt gewesen, dass mit der nach seinen Worten "vertrauensbildenden Massnahme" (damit habe er die Unterzeichnung der 1-Mrd.-Kreditfazilität gemeint) die Bankengläubiger genügend beruhigt werden könnten, dass keiner von ihnen unbedarft reagieren und Limiten kündigen würde. Die Lösung der Probleme in Frankreich und Belgien habe weitere Zuversicht gegeben, dass die verlustbringenden und liquiditätsabsorbierenden Beteiligungen unter Kontrolle gewesen seien. Die Liquiditätssituation sei weder

- 17 - am 29. Mai 2001 noch am 3. August 2001 prekär gewesen. Als die A. \_\_\_\_\_ die beiden angefochtenen Zahlungen veranlasst habe, sei sie davon ausgegangen, dass sie auch in den darauffolgenden zwölf Monaten alle Verbindlichkeiten erfüllen könne. Die damalige Revisionsgesellschaft H. \_\_\_\_\_ habe das Testat per 31. Dezember 2000 ohne jede Einschränkung erteilt. L. \_\_\_\_\_ habe noch am 27. August 2001 festgehalten, dass die

A.\_\_\_\_\_ in den kommenden 12 Monaten über genügend Mittel verfüge, um alle Verpflichtungen zu erfüllen, solange das Devisenprogramm wie geplant laufe (act. 17 Rz. 530 ff.). Die Verantwortlichen der A.\_\_\_\_\_ hätten nicht ernstlich damit rechnen müssen, dass die A2.\_\_\_\_\_ untergehen würde. Schwierigkeiten gehörten zum Geschäftsleben dazu (act. 17 Rz. 553 ff.). Das Hauptproblem der A.\_\_\_\_\_ seien im Jahre 2000 die ausländischen Beteiligungsgesellschaften gewesen. Diesem Problem glaubte man im Sommer 2001 Meister geworden zu sein. Der A.\_\_\_\_\_ sei es im Jahr 2001 auch gelungen, die Liquiditätssituation zu verbessern. Der A.\_\_\_\_\_ könne höchstens vorgeworfen werden, sie habe die Lage in fahrlässiger Weise falsch eingeschätzt (act. 17 Rz. 562 f.). In der Duplik führt die Beklagte 1 zusätzlich aus, dass die Organe bzw. die Vertreter der A.\_\_\_\_\_ bis zuletzt an die Weiterführung der Geschäftstätigkeit geglaubt hätten. Auf Grund der ergriffenen Sanierungsmassnahmen hätten sie davon ausgehen dürfen, dass die A.\_\_\_\_\_ mittel- und langfristig überleben werde (act. 53 Rz. 56). Die Liquidität der A.\_\_\_\_\_ sei durch die Sanierungsbemühungen der Beklagten 1 erheblich verbessert worden (act. 53 Rz. 173). Noch im Zeitpunkt der Bezahlung der Agency Fee und der zweiten Tranche der Upfront Fee vom 3. August 2001 habe der Verwaltungsrat die wirtschaftliche Situation der A.\_\_\_\_\_ und deren künftige Entwicklung in jeder Hinsicht optimistisch eingeschätzt (act. 53 Rz. 78). Aus damaliger Sicht hätten bis Ende September 2001 realistische Chancen für eine Fortführung der Unternehmung bestanden (act. 53 Rz. 88).

#### **E. 4.7.7**

Aufgrund der bereits ergangenen (A2.\_\_\_\_\_ -)Urteile des Bundesgerichts darf als notorisch gelten, dass sich die A.\_\_\_\_\_ ihrer finanziellen und strukturellen Schwierigkeiten ab Beginn des Jahres 2001 bewusst war und sich die Situation im Verlaufe des Jahres 2001 permanent verschlechterte (BGE 134 III 452, E. 8.1;

- 18 - Urteil des Bundesgerichts vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, E. 4.2.): Anfang 2001 verliess die Führungsspitze den Konzern bzw. musste sie den Konzern verlassen (Entlassung von M.\_\_\_\_\_ an der VR-Sitzung vom 20. Januar 2001; Rücktritt von N.\_\_\_\_\_ am 7. März 2001 nach nur sechswöchiger Amtszeit, nachdem er den Verwaltungsrat über die bereits im damaligen Zeitpunkt katastrophale Finanzlage informiert hatte; Entlassung von O.\_\_\_\_\_ an der ao. VR-Sitzung vom 15. März 2001). I.\_\_\_\_\_ liess sich als neuer Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates sein Gehalt für die nächsten fünf Jahre umgehend nach Vertragsunterzeichnung in der zweiten Märzhälfte vollumfänglich vorauszahlen. Bereits im März liess sich der Verwaltungsrat zum Thema Verantwortlichkeit informieren und erörterte Abwehrstrategien. An der Sitzung vom 24. März 2001 nahm der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin den Konzernabschluss per Ende 2000 mit einem Konzernverlust von Fr. 2'885 Mio. und einer gegen Null strebenden Kapitalquote zur Kenntnis; am 2. April 2001 wurde der Abschluss veröffentlicht. Am 25. April 2001 fand die legendäre Generalversammlung statt, bei welcher die Mehrheit des Verwaltungsrates zurücktrat. Am 11. Juni 2001 hielt I.\_\_\_\_\_ in einer Telefonkonferenz gegenüber dem Verwaltungsrat fest, die Gesamtsituation der Gruppe sei wesentlich schlechter als ursprünglich angenommen und die Gesellschaft befinde sich in einem eigentlichen Überlebenskampf. Während des Sommers hatte die Luftverkehrsbranche insgesamt mit einem Konjunkturabschwung zu kämpfen. Mit Bezug auf die Beschwerdeführerin konstatierte P.\_\_\_\_\_ am 19. Juni 2001 ein erhebliches Kreditrisiko und erteilte für die kurzfristigen Verbindlichkeiten kein Rating mehr. Sodann informierte

Treasurer Q.\_\_\_\_\_ mit inter- nem E-Mail vom 21. Juni 2001 über die Folgen der verschiedenen Darlehens- rückzahlungen: "R.\_\_\_\_\_'s Management still requests that we pay back USD 60 Mio within eight business days. ... Further S.\_\_\_\_\_ has asked us to pay back CHF 50 Mio as per month end. ... Be aware that T.\_\_\_\_\_ expects us to repay CHF 100 Mio immediately in case we would reduce short term debt exposure with any bank. This would bring our cash on hand down to approx CHF 300 Mio as per end of June". An der VR-Sitzung vom 27. Juni 2001 orientierte CFO L.\_\_\_\_\_, dass die Umsatzerwartungen für das zweite Halbjahr zurückgenommen werden müssten, und I.\_\_\_\_\_ zeigte sich besorgt über die Liquidität der Gruppe. Am 11. Juli 2001

- 19 - wurde den Bankenvertretern ein "Restructuring Plan" vorgestellt, worin eine Verringerung der Schulden um 550 Mio. Franken zwischen 31. März 2001 und 30. Juni 2001 verzeichnet und eine Reduzierung der Verschuldung um 2 Milliarden Franken bis Ende 2002 angekündigt wurde. Am 18./19. Juli 2001 übergab die A.\_\_\_\_\_ den Banken ein Informationspaket ("Interim Information Disclosure for Lenders"). Danach hätten die Erlöse aus Verkäufen von Unternehmensteilen der Rückzahlung der Darlehen dienen sollen. Am 30. August 2001 musste die A.\_\_\_\_\_ einen Halbjahresabschluss bekannt geben, der ein düsteres Bild zeich- nete. Das schlechte Halbjahresergebnis wurde gegenüber den Kreditgebern kommentiert und in einem Medienbulletin vom gleichen Tag der Öffentlichkeit er- läutert. Darin hiess es, die A.\_\_\_\_\_ habe Vereinbarungen, um Verluste bei ande- ren Fluggesellschaften zu stoppen, erfolgreich abgeschlossen und konkrete Schritte zu den bereits angekündigten Verkäufen von Unternehmensteilen in den Bereichen "U.\_\_\_\_\_" und "J.\_\_\_\_\_ Group" unternommen. Aus dem Erlös sollten insbesondere ungesicherte Bankschulden zurückbezahlt werden, um die Zahl der Kreditgeber zu vermindern und mit einer kleineren Gruppe von Kreditgebern die Geschäftsbeziehungen fortzusetzen. Per Ende August 2001 lehnte die T.\_\_\_\_\_ es ab, der A.\_\_\_\_\_ einen Hypothekarkredit von 100 Mio. Franken gegen Beleh- nung eines unbelasteten Grundstücks einzuräumen (BGE 134 III 452, E. 8.1; Ur- teil des Bundesgerichts vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, E. 4.1; Urteil des Bun- desgerichts vom 3. August 2010, 5A\_358/2008, E. 2.2.2; Urteil des Bundesge- richts vom 28. September 2009, 5A\_116/2009, E. 3 und 6.2).

#### **E. 4.7.8**

Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen wiederholt festgehalten, dass in Anbetracht des Wissens der A.\_\_\_\_\_ um die schlechte finanzielle Lage – sie ha- be Schulden in der Höhe von mehr als zwei Milliarden Franken gehabt und habe ihre Liquidität praktisch nur über Fremdmittel sicherstellen können (Verlautbarun- gen vom April und Juli 2001) – davon ausgegangen werden müsse, dass die A.\_\_\_\_\_ zumindest in Kauf genommen habe, durch Zahlungen an einzelne Gläu- biger könnten andere geschädigt werden (BGE 134 III 452, E. 8.4; Urteil des Bundesgerichts vom, 6. April 2009, 5A\_386/2008; Urteil des Bundesgerichts vom 3. August 2010, 5A\_358/2008, E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts vom 28. Sep- tember 2009, 5A\_116/2009, E. 6.2) und insoweit einen Erfahrungssatz aufgestellt,

- 20 - dahingehend, dass sich ein Schuldner beim Vorliegen einer derart katastrophalen Finanzlage Rechenschaft geben kann und muss, dass als notwendige (Neben-) Folge eines bedeutenden Mittelabflusses die anderen Gläubiger zu Schaden kommen könnten, und insofern eine Gläubigerschädigung gleichsam in Kauf nimmt. Ein solcher generell-abstrakter Erfahrungssatz dient dem Richter über den kon- kreten Einzelfall hinaus als allgemeingültiger Massstab für die Beurteilung von Tatsachen. Er wirkt wie ein Rechtssatz; das in ihm enthaltene hypothetische Ur- teil, welches aus den in andern Fällen

gemachten Erfahrungen gewonnen wird, beansprucht in gleichgelagerten Fällen allgemeine Geltung für die Zukunft (GRO-NER, Beweisrecht: Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, S. 13, mit Hinweis auf BGE 117 II 256 E. 2b).

Generell-abstrakte Erfahrungssätze sind notorisch (GRONER, a.a.O., S. 13, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 8. November 2004, 4C.31/2004, E. 1.2) und müssen nicht bewiesen werden.

#### **E. 4.7.9**

Damit ist klar, dass die verantwortlichen Organe der A.\_\_\_\_\_ in Kauf genommen haben, durch die Zahlung der Agency Fee sowie der beiden Tranchen der Upfront Fee an die Beklagte 1 andere Gläubiger zu schädigen. Der enorme Kapitalabfluss, der daraus resultierende hohe Kapitalbedarf sowie die schmale Eigenkapitalbasis waren bereits vor Überweisung der ersten Tranche der Upfront Fee an die Beklagte 1 am 29. Mai 2001 bekannt; die A.\_\_\_\_\_ konnte ihren Liquiditätsengpass nur durch Kredite oder durch Veräusserung von Aktiven überbrücken. Die dramatische Liquiditätsproblematik wurde in den Sitzungen der Finanzkommission des Verwaltungsrates wie auch in den Sitzungen des Verwaltungsrates mehrfach besprochen (act. 4/40; act. 4/43; act. 4/52). Dass die fraglichen Zahlungen nicht der Sanierung der A.\_\_\_\_\_ dienten, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. Ziff. 4.6.10 oben). Damit muss die Voraussetzung der Schädigungsabsicht der A.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden. Die Behauptungen der Beklagten 1 (vgl. Ziff. 4.7.6. oben) vermögen daran nichts zu ändern.

- 21 -

#### **E. 4.8**

Erkennbarkeit

##### **E. 4.8.1**

Schliesslich muss – als weiteres Tatbestandsmerkmal von Art. 288 SchKG – die Schädigungsabsicht des Schuldners für den begünstigten Dritten bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit erkennbar gewesen sein. Als erkennbar zu gelten hat alles, was bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte. Es genügt, wenn der Dritte bei der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen. Eine unbeschränkte Erkundigungspflicht wird damit nicht aufgestellt. Vielmehr kann Sorgfalt nur verlangt werden, wenn und soweit dazu Anlass besteht. Im Allgemeinen braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht. Nur wenn deutliche Anzeichen dafür sprechen, dass eine Schädigung beabsichtigt ist, darf vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, ob jene Absicht wirklich bestehe oder nicht. Die Pflicht oder – genauer – Obliegenheit, den Schuldner zu befragen und die notwendigen Erkundigungen einzuziehen, setzt nicht bloss "Anzeichen" für eine Benachteiligung voraus, sondern weiterhin "deutliche Anzeichen". In Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls ist zu beurteilen, ob der Dritte die Schädigungsabsicht des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung wirklich erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen (BGE 134 III 452, E. 4.2; BGE 135 III 265, E. 2; Entscheidung des Bundesgerichtes vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, E. 2). Auch hier genügt – wie bei der Schädigungsabsicht – also

Eventualvorsatz, nicht aber Fahr- lässigkeit.

#### **E. 4.8.2**

Die Klägerin führt aus, dass alle Beteiligten und selbst die Öffentlichkeit seit dem Sommer 2000 gewusst hätten, dass es der A.\_\_\_\_\_ finanziell schlecht ge- gangen sei. Die Beklagten 1 und 2 seien über die finanzielle Lage der A.\_\_\_\_\_ sehr genau im Bilde gewesen. So sei ihnen an der Bankenpräsentation vom 16. Februar 2001 eröffnet worden, dass die A.\_\_\_\_\_ aus dem operativen Ge- schäft einen Verlust von CHF 250 Mio. erlitten hatte und dass die Gesamtschul-

- 22 - den über CHF 10 Mrd. und die Nettoschulden über CHF 6 Mrd. betrug. Mit Bezug auf den 1-Mrd.-Kredit würden allein schon die von den Beklagten verlangten Conditions Precedent belegen, dass die Banken bestens über die finanzielle Lage der A.\_\_\_\_\_ informiert gewesen seien. Zudem sei die Beklagte 1 durch V.\_\_\_\_\_, den damaligen VR-Präsidenten und CEO der B.\_\_\_\_\_ Group und gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_\_, jederzeit genauestens informiert ge- wesen. Die Beklagten 1 und 2 hätten deshalb zum Zeitpunkt der Zahlungen am 29. Mai 2001 bzw. 3. August 2001 wissen müssen, dass das Überleben der A.\_\_\_\_\_ in höchstem Masse gefährdet gewesen sei. Es könne somit von der Er- kennbarkeit der Schädigungsabsicht ausgegangen werden (act. 1 Rz. 227 ff.). In der Replik führt die Klägerin zusätzlich aus, dass die Beklagten hätten erken- nen können und erkennen müssen, dass die "Sanierungs"bemühungen der Ge- schäftsleitung der A.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen auf dem Prinzip Hoffnung aufgebaut gewesen seien. Von ihnen habe verlangt werden können und müssen, dass sie sich näher erkundigen. Wer wie die Beklagten über diverse Kanäle ungünstige In- formationen über die Vermögensverhältnisse der A.\_\_\_\_\_ erhalten habe, habe mindestens mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass nicht alle Gläubiger der A.\_\_\_\_\_ befriedigt werden könnten. Spätestens im April 2001 hätten die Beklag- ten vom Verlust der A.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 2.8 Mrd. Kenntnis erhalten. Die Fragen und Bemerkungen der Konsortialbanken anlässlich der Sitzung vom 10. Juli 2001 würden augenfällig zeigen, dass die Banken sehr genau verstanden hat- ten, in welchem kritischen Zustand sich die A.\_\_\_\_\_ befunden habe und dass jeder- zeit mit einem Zusammenbruch zu rechnen gewesen sei (act. 47 Rz. 121 ff.). Die Beklagten hätten gewusst, dass die "conditions precedent" de facto nicht zu erfül- len gewesen seien und der "Kredit" nur als Placebo gegenüber der Öffentlichkeit und den anderen Kreditgebern gedient habe. Es sei nicht um Liquiditätsbeschaf- fung gegangen. Die Beklagten hätten weiter erkennen müssen, dass ein echter Sanierungsplan für die A.\_\_\_\_\_ zu keiner Zeit vorhanden gewesen sei. Das "Inte- rim Disclosure for Lenders" habe höchstens auf den ersten Blick ein optimisti- sches Bild gezeigt. Dieses habe jedoch im Wesentlichen auf Hoffnung und Wunschenken basiert und nicht auf konkreten Fakten (act. 47 Rz. 125 ff.).

- 23 -

#### **E. 4.8.3**

Die Beklagte 1 bestreitet die Erkennbarkeit: Sie habe nur sehr punktuell Geschäftsbeziehungen mit der A.\_\_\_\_\_ unterhalten und deshalb im Gegensatz etwa zur W.\_\_\_\_\_, die den Cash-Pool der A.\_\_\_\_\_ geführt habe, weder täglichen Kontakt mit der A.\_\_\_\_\_ noch Einblick in die konkreten Finanzströme der Gruppe gehabt. Statt Detailzahlen seien ihr stets nur aufbereitete Zahlen (etwa von G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ oder AB.\_\_\_\_\_) oder aber Zahlen zur Verfügung gestellt wor- den, welche auch der breiten

Öffentlichkeit bekannt gewesen seien. Aus ihrer Beratungstätigkeit habe sie, die Beklagte 1, somit keinen Informationsvorsprung gehabt. Die Unterlagen und Informationen, welche sie erhalten habe, hätten zu keinem Zeitpunkt eine allfällige Schädigungsabsicht der A.\_\_\_\_\_ zu Tage gebracht noch habe sie eine solche erkennen können oder müssen. Sie habe keinen Anlass gehabt, am "Turnaround Plan" von I.\_\_\_\_\_ zu zweifeln (act. 17 Rz. 571 ff.) und sie habe immer an den Weiterbestand der A.\_\_\_\_\_ geglaubt. Aufgrund der Präsentationen (z.B. durch G.\_\_\_\_\_, den "Restructuring Plan", die Bankenpräsentation vom 11. Juli 2001, die Medienmitteilungen, die Presseberichte, die "Interim Disclosure Information for Lenders") wie auch aufgrund der sonstigen Informationen, welche sie, die Beklagte 1, durch die A.\_\_\_\_\_ erhalten habe, habe sie davon ausgehen dürfen, dass die A.\_\_\_\_\_ für die Zukunft gewappnet gewesen sei und auch allfällige weitere wirtschaftliche Dämpfer hätte schlucken können (act. 17 Rz. 577 ff.). Sie – die Beklagte 1 – sei stets in ihrer Annahme bekräftigt worden, dass die A.\_\_\_\_\_ langfristig bestehen werde (act. 17 Rz. 607). In der Duplik führt die Beklagte 1 zusätzlich aus, dass es keinen generellen Wissensstand innerhalb der Konzerngesellschaften der B.\_\_\_\_\_ Group gegeben habe. Die Konzernierung stelle weder einen tatsächlichen noch einen rechtlichen Grund für die Wissenszurechnung dar (act. 53 Rz. 90 f.). Die offiziellen Medienmitteilungen der A.\_\_\_\_\_ hätten stets ein zuversichtliches Bild des Geschäftsgangs gezeichnet (act. 53 Rz. 108 ff.) und auch die positiven Presseberichte hätten keinen Zweifel an einem erfolgreichen Turnaround gelassen (act. 52 Rz. 113 ff.). Es stimme zudem nicht, dass sie – die Beklagte 1 – ihrer Prüfungsobliegenheit nicht nachgekommen sei. Sie habe sich stets aktiv und ausführlich über die wirtschaftliche Situation der A.\_\_\_\_\_ erkundigt, insbesondere während der Sanierungsphase der A.\_\_\_\_\_ (act. 53 Rz. 122 ff.).

- 24 -

#### **E. 4.8.4**

Wie ausgeführt steckte die A.\_\_\_\_\_ in grossen finanziellen Schwierigkeiten (vgl. Ziff. 4.7.7 oben), welche spätestens ab Beginn des Jahres 2001 nach aussen hin erkennbar, und spätestens ab April selbst für das breite Publikum ersichtlich waren (Bekanntgabe eines Konzernverlustes von Fr. 2'885 Mio. am 2. April; mehrheitlicher Rücktritt des Verwaltungsrates an der Generalversammlung vom 25. April). Umso mehr musste der Beklagten 1 die Schieflage der A.\_\_\_\_\_ bekannt sein: Im Rahmen ihrer Beteiligung am "CHF 1'000'000'000 Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement" und als erfahrene Geschäftsbank standen ihr weitergehende Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung als der Allgemeinheit (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichtes vom 28. September 2009, 5A\_116/2009, E. 7.1).

#### **E. 4.8.5**

Am 16. Februar 2001 fand durch G.\_\_\_\_\_ für die Banken, welche sich allenfalls am 1-Mrd.-Kredit beteiligen wollten, eine Bankenpräsentation statt, an welcher auch Vertreter der Beklagten 1 teilnahmen (act. 4/37 und act. 4/38). Aus dieser Präsentation geht hervor, dass die A.\_\_\_\_\_ aus den Beteiligungen an den ausländischen Airlines hohe Verluste generierte, dass die A.\_\_\_\_\_ ohne Berücksichtigungen der Rückstellungen CHF 250 Mio. Verlust erleiden werde und dass sich die Gesamtschulden der A.\_\_\_\_\_ per Ende 2000 auf über CHF 10 Mrd. und die Nettoverbindlichkeiten auf CHF 6.3 Mrd. beliefen (act. 4/37). Am 5. März 2001 fand eine weitere Bankenpräsentation statt, an welcher wiederum die

Beklagte 1 anwesend war (act. 4/45 und 4/46; act. 17 Rz. 331). Der den Bankenvertretern präsentierte Bericht "Chess" bezifferte den Reinverlust des Jahres 2000 auf CHF 2'423 Mrd. sowie den Liquiditätsbedarf für die nächsten drei Jahre auf CHF 5.5 Mrd. Gemäss der Präsentation von G.\_\_\_\_\_ konnte nur der Kern des Konzerns gerettet werden, unter Aufgabe der Dual-Strategie. Weiter weist der Bericht darauf hin, dass die A.\_\_\_\_\_ eine Kreditfazilität in Höhe von CHF 1 Mrd. benötige und dass der Entscheid der Banken bis spätestens am 15. März 2001 gefällt sein müsse (act. 4/45). Aufgrund dieser Bankenpräsentationen erlangte die Beklagte 1 Kenntnis von der immensen Verschuldung der A.\_\_\_\_\_ sowie dem hohen Liquiditätsbedarf. Der Öffentlichkeit wurde am 2. April 2001 das Jahresergebnis 2000 präsentiert. An der Bilanzmedienkonferenz vom 2. April 2001, an welcher auch

- 25 - Vertreter der Beklagten 1 teilnahmen (act. 4/78), musste I.\_\_\_\_\_ den konsolidierten Konzernverlust von CHF 2'885 Mio. und ein Eigenkapital von CHF 1'160 Mio. bekannt geben, was einer Eigenkapitalquote von lediglich noch 5.7% entsprach (act. 4/78 und act. 4/79). Gleichentags senkte P.\_\_\_\_\_ die Bonitätsbewertung der A.\_\_\_\_\_. Beide Beklagten wurden anlässlich der Bankenpräsentation vom 3. April 2001 darüber informiert, dass die Schulden des Konzerns insgesamt auf über CHF 10 Mrd. angewachsen waren und dass mehr als 30% der ausstehenden Schulden im Jahre 2001 fällig wurden. Nur schon aus diesen Zahlen ist die äusserst bedrängte Lage der A.\_\_\_\_\_ in jener Zeit ersichtlich. Am 12. April 2001 sowie am 19. April 2001 fanden Präsentationen der Beklagten 1 im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit statt (act. 4/91). In diesen Präsentationen hält die Beklagte 1 selber fest, dass die finanzielle Situation der A.\_\_\_\_\_ im Moment unhaltbar sei und dass der Shareholder Value (Aktionärswert, d.h. Marktwert des Eigenkapitals) zerstört werde ("A.\_\_\_\_\_ 's current financial position is untenable; shareholder value is being destroyed"; act. 4/91 und act. 4/92, je S. 8).

#### **E. 4.8.6**

Auch der Presse konnte entnommen werden, dass die A.\_\_\_\_\_ vor grossen Problemen stand; in vielen Artikeln wurde eindringlich auf die dramatische Lage hingewiesen. Am 3. April 2001 berichtete die NZZ, dass an den Finanzmärkten die Enttäuschung dominiert habe. Die Marktteilnehmer hätten die angekündigten Sofortmassnahmen – den Verkauf von BC.\_\_\_\_\_ und von Immobilien im Wert von CHF 700 Mio. – sowie die bereits erfolgte Veräusserung von Anteilen an CD.\_\_\_\_\_ und DE.\_\_\_\_\_ als ungenügend taxiert. Die ausserordentlich tiefe Eigenkapitalquote von 5.7% verdeutliche den bestehenden immensen Rekapitalisierungsbedarf. Ausserdem sei die Frage der künftigen Allianzstrategie nach wie vor ungeklärt. Sorgen bereite auch das laufende Geschäftsjahr, besonders im Hinblick darauf, dass die angewandte Bilanzierungspraxis (IAS) nur Rückstellungen "für wahrscheinliche Verpflichtungen, die Ergebnisse zum Bilanzstichtag betreffen", erlaube, nicht aber schwer abschätzbare künftige operative Verluste berücksichtige. P.\_\_\_\_\_ habe die Bonitätsbewertung für kurzfristige Verbindlichkeiten der A.\_\_\_\_\_ von P-2 auf P-3 und für die langfristigen Verpflichtungen von A3 auf Baa3 revidiert (act. 4/83). Die Handelszeitung stellte am 4. April 2001 fest, dass es der Airline schlechter gehe als befürchtet und dass I.\_\_\_\_\_ den Ausweg aus

- 26 - der Krise noch nicht sehe. Die komplizierten Vertragswerke, mit denen sich die A.\_\_\_\_\_ ihre Beteiligungen gesichert habe, würden einen raschen Rückzieher unmöglich machen (act. 4/81). Die Sonntagszeitung berichtete am 8. April 2001, dass die A.\_\_\_\_\_ eigentlich spätestens Ende Monat eine Sanierung nach Obligationenrecht benötige (act.

4/82).

#### **E. 4.8.7**

Die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung brachte keine Entwarnung, ganz im Gegenteil. Hohe Kerosinpreise und die abschwächende Wirtschaft setzten das Kerngeschäft der A. \_\_\_\_\_ unter Druck. Am 19. Juni 2001 senkte P. \_\_\_\_\_ die Bonitätsbewertung für kurzfristige Verbindlichkeiten der A. \_\_\_\_\_ von P-3 auf "Not-Prime" und diejenige der längerfristigen Verbindlichkeiten von Baa3 auf Ba3 (act. 4/106).

#### **E. 4.8.8**

Auch für die Beklagte 1 war erkennbar, dass sich die Situation der A. \_\_\_\_\_ im Sommer nicht verbesserte und dass insbesondere der Liquiditätsengpass die Existenz der A. \_\_\_\_\_ immer deutlicher bedrohte. Das zeigen unter anderem die Fragen, welche von Vertretern der Beklagten 1 am 10. Juli 2001 im Rahmen einer Sitzung, an welcher der 1-Mrd.-Kredit verhandelt wurde, der Geschäftsleitung der A. \_\_\_\_\_ gestellt wurden. Die Präsentation der aktuellen finanziellen Lage der A. \_\_\_\_\_ bezifferte die Nettoverschuldung auf Ende 2001 auf CHF 8.119 Mrd (act. 4/110 S. 1; act. 18/35 S. 5). Weiter wird auf die Tatsache hingewiesen, dass einige Banken ihren Unwillen angezeigt hätten, ihre Kredite aufrecht zu erhalten ("A number of banks have indicated their unwillingness to maintain facilities under any circumstances"; act. 18/35). I. \_\_\_\_\_ teilte anlässlich dieser Sitzung mit, dass die 1-Mrd.-Fazilität lediglich Sicherungscharakter habe; es sei nicht geplant, diese je in Anspruch zu nehmen ("1 bn CHF facility has only back-up character; it is planned never to use it"; act. 4/110 S. 2; und: [an agreement] "which consists of a bridge financing that A2. \_\_\_\_\_ Group never intends to use"; act. 4/110 S. 8). I. \_\_\_\_\_ wies darauf hin, dass die A. \_\_\_\_\_ die Fazilität benötige, um die 2. Hälfte des Jahres 2001 überleben zu können ("A2. \_\_\_\_\_ Group needs the support of the lead banks to survive the 2nd half 2001"; act. 4/110 S. 6). Ausserdem betonte er, dass die A. \_\_\_\_\_ schwerwiegende Probleme bekommen würde, wenn der Kreditvertrag nicht bis am nächsten Morgen unterzeichnet sei ("if the agreement is

- 27 - not signed at the latest by tomorrow morning, A2. \_\_\_\_\_ Group will face serious problems"; act. 4/110 S. 7). Die Beklagte 1 bemerkte, dass die A. \_\_\_\_\_ nicht über ihre aktuelle Liquiditätsposition Bescheid zu wissen scheine oder was passiere, wenn einige der Banken sich zurückziehen würden (act. 4/110 S. 4). Die präsentierten Informationen würden mehr Fragen aufwerfen, als bestehende Fragen zu beantworten (act. 4/110 S. 8). Die Beklagte 1 wies zum Abschluss der Sitzung darauf hin, dass für die ins Auge gefasste Unterzeichnung der Vereinbarung die Conditions Precedent sorgfältig überprüft und entsprechend angepasst werden müssten ("To envisage a signature of the agreement, the conditions precedent will have to be reviewed carefully and adjusted accordingly"; act. 4/110 S. 8). Die Beklagte 2 machte ihrerseits geltend, dass nach ihrer Ansicht der Kern der Präsentation derjenige gewesen sei, dass die A. \_\_\_\_\_ Vermögenswerte im Umfang von

#### **E. 4.8.9**

Letztgenannter Umstand – gleich wie das nachmalige Aushandeln strikter Conditions Precedent – zeigen, dass die Existenz der A. \_\_\_\_\_ als sehr gefährdet angeschaut wurde (und man sich dementsprechend absichern wollte), was im Widerspruch zur Behauptung der Beklagten 1 steht, dass man keinen Anlass ge-

- 28 - habt habe, am "Turnaround Plan" von I.\_\_\_\_\_ zu zweifeln und immer an den Weiterbestand der A.\_\_\_\_\_ geglaubt habe.

#### **E. 4.8.10**

Mit Schreiben vom 18. Juli 2001 an alle Kreditgeber (und damit auch an die Beklagten) teilte L.\_\_\_\_\_ mit, dass die A.\_\_\_\_\_ die volle Unterstützung sämtlicher Kreditgeber in den kommenden Monaten benötige. Sie wies auf die Absicht der A.\_\_\_\_\_ hin, die Darlehen zu reduzieren. In der Zwischenzeit sei die A.\_\_\_\_\_ jedoch auf Stabilität angewiesen, was eine ununterbrochene Unterstützung durch die Kreditgeber voraussetze (act. 4/122). In der Interim Information Disclosure for Lenders vom 19. Juli 2001 (act. 4/123), welche auch den Beklagten zugestellt wurde (act. 4/124), wird erwähnt, dass die A.\_\_\_\_\_ in der ersten Hälfte des Jahres 2001 Liquidität im Umfang von CHF 1.3 Mrd. verbraucht habe ("During the first half of 2001 the Group absorbed CHF 1.3 billion of cash...") und dass sich die Gesamtschulden per 30. Juni 2001 auf CHF 10 Mrd. belaufen würden ("Gross debt as at 30 June 2001 totalled CHF 10.0 billion..."). Inhalt dieser Dokumentation war zudem, dass mit dem Erlös aus Verkäufen von Unternehmensteilen im Bereich des Flugnebgeschäfts Liquidität zur Rückzahlung von Schulden gewonnen werden sollte. Die Ankündigung eines Notverkaufs profitabler Betriebe (v.a. K.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ ) ist kein beruhigendes, sondern ein für jedermann erkennbares Alarmsignal dafür, dass die finanzielle Schieflage dramatische Ausmasse angenommen haben muss und der Schuldner um sein Überleben kämpft (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 6. April 2009, 5A\_386/2008, E. 5.4; Urteil des Bundesgerichtes vom 28. September 2009, 5A\_116/2009, E. 7.3).

#### **E. 4.8.11**

Alles in allem ergibt sich, dass für die Beklagte 1 deutliche Anzeichen dafür bestanden und sie insofern jedenfalls hätte erkennen können und müssen, dass mit den angefochtenen Zahlungen vom 29. Mai 2001 sowie vom 3. August 2001 möglicherweise eine Schädigung der anderen Gläubiger verbunden sein würde. Damit ist auch die Voraussetzung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG erfüllt.

#### **E. 4.9**

Deshalb ist – im Ergebnis – die Beklagte 1 zu verpflichten ist, der Klägerin CHF 1'603'333.00 zu bezahlen.

- 29 -

#### **E. 4.10**

Die Klägerin verlangt einen Zins zu 5 % ab dem 20. Juni 2005. Gemäss Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner einen Verzugszins von 5 % zu bezahlen, sobald er durch Mahnung in Verzug gesetzt wurde. Der Anfechtungsanspruch entsteht in dem Zeitpunkt, in welchem der Schaden des Gläubigers hinzutritt. Von diesem Zeitpunkt an kann der Berechtigte die Rückerstattung verlangen und den Anfechtungsgegner gemäss Art. 102 OR in Verzug setzen (BSK SchKG III-BAUER, Art. 291 N 7). Als Mahnung gilt die Erhebung einer Leistungsklage (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 9).

#### **E. 4.11**

Gemäss der Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt EF.\_\_\_\_\_ datierend vom 11. August 2005 (act. 3 A) ging das Sühnbegehren vom 20. Juni 2005 (act. 4/14) dort am 21. Juni 2005 ein. Dass die Beklagte 1 von diesen Sühnbegehren schon am 20. Juni 2005

Kenntnis erlangte, macht die Klägerin nicht geltend und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Die Sühnverhandlung fand am 11. August 2005 statt (act. 3 A). Spätestens ab diesem Datum befand sich die Beklagte 1 mithin in Verzug und ist ein Zins von 5 % geschuldet. 5. Prozesskosten 5.1. Der Streitwert richtet sich nach §§ 18 ff. ZPO/ZH und beträgt CHF 1'603'333.00. 5.2. Die nach der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV) zu bemessende Gerichtsgebühr ist auf CHF 40'000.00 festzusetzen. 5.3. Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO/ZH werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt, weshalb sie der Beklagten 1 aufzuerlegen sind. 5.4. Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH hat jede Partei in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden; festgesetzt wird die Prozessentschädigung nach Ermessen (§ 69 Satz 1 ZPO).

- 30 - 5.5. Demgemäss ist die Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin eine Prozessentschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 3 Abs. 1 und § 6 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (AnwGebV) auf CHF 45'000.00 (ordentliche Prozessentschädigung zuzüglich Zuschlag für die Vergleichsverhandlung) festzusetzen ist. Das Gericht erkennt:

## **E. 6**

April 2009, 5A\_386/2008, E. 2). Eine Schädigung der Gläubiger tritt in der Regel nicht ein, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen

- 6 - zu können, und sein Geschäftspartner habe das erkannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen (BGE 134 III 452, E. 3.1). Die Tilgung fälliger Schulden durch übliche Zahlungsmittel, namentlich durch Barzahlung, Check oder Bankanweisung, führt im Allgemeinen objektiv zu einer Schädigung der anderen Gläubiger, wenn der Schuldner infolge seiner angespannten finanziellen Lage ausserstande ist, auch seine anderen Verpflichtungen im Zeitpunkt des Eintritts ihrer Fälligkeit zu tilgen, und ist bei Vorliegen der subjektiven Erfordernisse anfechtbar. Insoweit ist der Schuldner zur Vermeidung der Anfechtung im Allgemeinen verpflichtet, seine Gläubiger, sofern ihnen nicht ein Konkursprivileg oder ein dingliches Vorrecht zusteht, gleichmässig zu befriedigen (BSK SchKG III- STAEHELIN, Art. 288 N 9).

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