

ZH_OBERGERICHT NE160005 vom 10. August 2017

ZH Obergericht, 2017-08-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE160005

FR: ZH_OBERGERICHT NE160005 du 10 août 2017

IT: ZH_OBERGERICHT NE160005 del 10 agosto 2017

Erwägungen

E. 1

Mit Entscheid des Handelsgerichts Brüssel vom 7. November 2001 wurde über die belgische Luftfahrtgesellschaft A._____ SA ("A._____") der Konkurs eröffnet. Die Klägerin ist die schweizerische IPRG-Konkursmasse dieses Konkurses (Art. 170 IPRG). Die B._____ AG („B._____“) ist im Jahre 1997 durch Änderung der Firma aus der D._____ -Aktiengesellschaft hervorgegangen und bezweckte den Erwerb, die Verwaltung und das Veräussern von Beteiligungen, insbesondere im Bereich Luftverkehr. Am 5. Oktober 2001 wurde der B._____ die provisorische Nachlassstundung bewilligt und am 20. Juni 2003 der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt. Die Beklagte ist die Masse der B._____ AG in Nachlassliquidation. Im Nachlassverfahren der Beklagten gab die Klägerin Forderungen von insgesamt CHF 3'852'500'000.– ein, welche von den Liquidatoren der Beklagten im Umfang von CHF 382'551'524.55 zugelassen und im Übrigen abgewiesen wurden. Die zugelassene Forderung beruhte auf einem Vertrag vom 2. August 2001 (sog. E._____ Agreement), der u.a. von der A._____ und der B._____ unterzeichnet worden war. Die Klägerin verlangte vor Vorinstanz die Zulassung (Kollokation) von weiteren CHF 2'387'468'475.45. Sie begründete diese zusätzliche

- 5 - Forderung mit dem Schaden, der ihr aus der Nichterfüllung der von der B._____ im Vertrag vom 2. August 2001 und in den Januarverträgen desselben Jahres eingegangenen Verpflichtungen entstanden sei. Zudem stützte die Klägerin ihre Kollokationsklage unabhängig von dieser vertraglichen Grundlage auf Art. 530 des Code Belge des Sociétés (CdS), wonach u.a. der faktische Geschäftsführer einer Gesellschaft, die in Konkurs gefallen ist, bis zur Höhe des Konkursausfalls haftbar gemacht werden kann.

E. 2

Die Klägerin hatte beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, auch eine Kollokationsklage gegen die Nachlassmasse der C._____ AG in Nachlassliquidation („C._____“), eine 100 %ige Tochtergesellschaft von B._____, erhoben („Parallelverfahren“). Diese Klage beruhte weitgehend auf demselben Sachverhalt und denselben Rechtsgründen wie im vorliegenden Verfahren. Mit Urteil vom 22. Februar 2011 hatte das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich die Klage abgewiesen. Auf Berufung der Klägerin hin wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage mit Urteil vom 8. November 2012 ebenfalls ab (Urk. 112/1). Das Bundesgericht hat die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde mit Urteil vom 29. Mai 2015 abgewiesen (BGer 5A_924/2012).

E. 3

Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar. Vorliegend ist

deshalb das Urteil der Vorinstanz vom 19. Januar 2016 bezüglich der Klageguttheissung im Betrag von CHF 28'684'927.– mit Eingang der Berufungsantwort am 24. November 2016 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 315 N 6 und 15). Da die Klägerin im Berufungsverfahren nur noch die zusätzliche Kollokation von CHF 1'032'350'291.89 verlangt, ist die Klageabweisung im Mehrbetrag ebenfalls rechtskräftig geworden, und zwar mit Eingang der Berufungsschrift am 24. Februar 2016. Dies ist vorzumerken.

IV. 1. a) Mit Eingabe vom 20. Januar 2011 an das Bezirksgericht Zürich hatte die Klägerin ein Ablehnungsbegehren gegen Bezirksrichter F._____ gestellt, nachdem sie bereits im Parallelverfahren C._____ am 20. Dezember 2010 ein solches gestellt hatte (Urk. 47). Die Verwaltungskommission des Obergerichts wies das Begehren im vorliegenden Verfahren mit Beschluss vom 17. März 2011 ab (Urk. 54). Bei dieser Entscheidung in der Sache blieb es, da das Bundesgericht auf eine gegen ihn erhobene Beschwerde nicht eintrat (Urk. 63) und die Klägerin die Beschwerdefrist an die Rekurskommission des Obergerichts verpasst hatte (Urk. 91; zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 17. Januar 2013, Urk. 116). Das im Parallelverfahren C._____ gestellte Ablehnungsbegehren wurde mit Beschluss des Obergerichts vom 8. November 2012 abgewiesen (Urk. 112/1). Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Mai 2015 ab (BGer 5A_924/2012).

b) Nachdem das vorliegende Verfahren mit Beschluss des Obergerichts vom 23. Oktober 2014 an die Vorinstanz zurückgewiesen worden war, stellte die Klägerin bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 6. November 2014 den Antrag, das Verfahren sei nicht von Bezirksrichter F._____, sondern von einem andern Bezirksrichter zu übernehmen (Urk. 126 S. 2). Mit Eingabe vom 17. Februar 2015 an das Bezirksgerichtspräsidium ersuchte die Klägerin darum, ihren Antrag als Ablehnungsbegehren zu behandeln. Mit Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 21. November 2015 wurde das Ablehnungsbegehren abgewiesen (Urk. 158). Die Rekurskommission des Obergerichts wies eine dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 20. Januar 2016 ab (Urk. 163). Sie erwog, dass die Klägerin das Ablehnungsbegehren verspätet gestellt habe, dass die Beschwerde aber auch in der Sache unbegründet sei. Das Bundesgericht wies eine Beschwerde gegen dieses Urteil mit Entscheidung vom 29. August 2016 ab, soweit es auf die Beschwerde eintrat. Es schützte die Auffassung, dass das Ablehnungsgesuch verspätet gestellt worden sei, ohne eine inhaltliche Prüfung der Ablehnungsgründe vorzunehmen (BGer 5A_153/2016).

2. a) In ihrer Berufungsschrift hat die Klägerin ein neues Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter F._____ gestellt (Urk. 166 S. 17 ff.). Wiewohl bislang sämtliche Ausstandsbegehren der Klägerin gegen Bezirksrichter F._____ abgewiesen worden sind, macht sie geltend, er habe mit dem angefochtenen Urteil erneut Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt. Überdies könne sie – so die Klägerin weiter – eine Verletzung von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO rügen.

b) Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.

Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Recht-

- 13 - sprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Art. 47 ZPO umschreibt die Ausstandsgründe auf Gesetzesebene. Neben den persönlichen Beziehungen gemäss Abs. 1 lit. b-e, die ohne weiteres einen Ausstand begründen, enthält Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO eine Generalklausel ("aus anderen Gründen"; BGE 140 III 221 E. 4.2 f., m.w.H.). c) aa) Die Klägerin rügt zunächst, dass der Vorderrichter das Urteil vom 19. Januar 2016 erlassen habe, obwohl ihm bekannt gewesen sei, dass sie gegen ihn ein Ausstandsbegehren erhoben habe, welches bei der obergerichtlichen Rekurskommission pendent gewesen sei. Damit habe der Vorderrichter ohne jede Not gegen den selbstverständlichen Grundsatz verstossen, dass sich ein abgelehnter Justizbeamter bis zum Entscheid über das Ablehnungsbegehren aller weiteren Prozesshandlungen zu enthalten habe. Daran ändere nichts, dass der Vorderrichter offenkundig in Absprache mit der Rekurskommission gehandelt habe. Er habe sich damit an der klaren Treuwidrigkeit von deren Handlungsweise beteiligt. Dies zeige, dass der Vorderrichter „mit dem angefochtenen ein Interesse daran verfolgt haben“ müsse, die prozessuale Situation der Klägerin möglichst ungünstig mitzugestalten (Urk. 166 S. 20 f.). Das treuwidrige Verhalten der Rekurskommission sieht die Klägerin offenbar darin, dass erstere den Antrag, es sei Bezirksrichter F._____ zu verbieten, während pendentem Beschwerdeverfahren zu amten, über sieben Wochen unbeachtet gelassen habe, bis der Einzelrichter am 19. Januar 2016 „sein gewiss längst vorbereitetes zweites Urteil zustellbereit“ gehabt habe. Die Klägerin müsse nun eine voll begründete Berufung gegen das einzelrichterliche Urteil vom 19. Januar 2016 erheben und darüber hinaus Beschwerde gegen den Ausstandsentscheid beim Bundesgericht einreichen. Damit komme es zu einer Gabelung des Rechtsweges, was hätte vermieden werden können,

- 14 - wenn der Ausstandsentscheid innerhalb des Endentscheids oder mittels separater Verfügung, aber zeitgleich mit dem Endentscheid, gefällt und eröffnet worden wäre (Urk. 166 S. 15 f.). Unter dem zürcherischen Verfahrensrecht war es zulässig, das Verfahren auch nach Stellung eines Ablehnungsbegehrens bis und mit Urteilsfällung weiterzuführen, allerdings auf die Gefahr hin, dass das Verfahren und der allfällige Endentscheid nachträglich anfechtbar wurden, sofern das Gesuch geschützt wurde. Die Verwaltungskommission des Obergerichts erachtete es aber grundsätzlich als angebracht, dass über ein Ausstandsbegehren, dessen Beurteilung eine prozessuale Vorfrage im Hinblick auf das Sachurteil bildete, noch vor der Fällung des Endentscheids entschieden werde. Dieser Grundsatz gelte aber nur dann, wenn die Beurteilung des Ablehnungsbegehrens zu keinen erheblichen Verzögerungen führe (ZR 101 [2002] Nr. 98 E. 2). Vorliegend war es gerechtfertigt, dass der Vorderrichter das Verfahren trotz hängigem Ausstandsverfahren weiterführte: Das Verfahren in der Sache war seit dem 2. November 2006 pendent, ein erstes Ausstandsverfahren dauerte zwei Jahre, wobei keine Ausstandsgründe festgestellt wurden, und das Verfahren in der Sache wäre nach der Rückweisung durch das Obergericht wegen des neuerlichen Ausstandsbegehrens für

längere Zeit blockiert worden. Der Vorwurf, die Rekurskommission und der Vorderrichter hätten gemeinsam auf eine Gabelung des Rechtsweges hingewirkt, ist haltlos, verkennt aber auch die Rechtslage. Gegen die Entscheidung der Rekurskommission stand einzig das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesgericht offen, unabhängig davon, wann dieser Entscheidung eröffnet wurde, da es sich um eine Entscheidung der Rechtsmittelinstanz handelte (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 50 N 9 und Fn 26; Wullschleger, in Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 50 N 15, 3. Satz). bb) Die Klägerin macht geltend, das angefochtene Urteil entspreche zu 99 % dem Text des aufgehobenen Urteils vom 30. April 2013. Ausser der Streichung ganzer Passagen wegen des inzwischen endgültig erledigten Exequaturverfahrens sei der Vorderrichter nur an insgesamt sechs Stellen mit marginalen Einlassungen vom Wortlaut des Urteils vom 30. April 2013 abgewichen. Überdies habe er Verweise der Klägerin auf das erste Urteil und die erste klägerische Berufungsschrift vom 5. Juni 2013 auf der formellen Schiene abgewimmelt, was völlig unbehelflich sei, da er selber verursacht habe, dass diese Dokumente durch die Rückweisung Bestandteile der erstinstanzlichen Akten geworden seien. Durch die Verweigerung des Replikrechts habe der Vorderrichter sehr klar zum Ausdruck gebracht, dass ihn nicht gekümmert habe, was die Klägerin zur Duplik der Beklagten und ihren Noven und neuen Beweisofferten noch ausführen könnte. Die Klägerin habe in ihrer Stellungnahme unter ständigen Hinweisen auf ihre erste Berufungsschrift, in welcher sie das erste vorderrichterliche Urteil umfassend begründet kritisiert habe, und unter Beilage des Urteils der Cour de cassation vom

- 15 - schrift vom 5. Juni 2013 auf der formellen Schiene abgewimmelt, was völlig unbehelflich sei, da er selber verursacht habe, dass diese Dokumente durch die Rückweisung Bestandteile der erstinstanzlichen Akten geworden seien. Durch die Verweigerung des Replikrechts habe der Vorderrichter sehr klar zum Ausdruck gebracht, dass ihn nicht gekümmert habe, was die Klägerin zur Duplik der Beklagten und ihren Noven und neuen Beweisofferten noch ausführen könnte. Die Klägerin habe in ihrer Stellungnahme unter ständigen Hinweisen auf ihre erste Berufungsschrift, in welcher sie das erste vorderrichterliche Urteil umfassend begründet kritisiert habe, und unter Beilage des Urteils der Cour de cassation vom

E. 4

a) Die Klägerin hat vor Vorinstanz Schadenersatz aus der Nichterfüllung des Vertrages vom 2. August 2001 gestützt auf Art. 1146 ff. des belgischen Code Civil verlangt (Urk. 37 S. 565 ff., 592 ff.). Gemäss Art. 1146 CC muss Schadenersatz nur dann geleistet werden, wenn der Schuldner im Verzug ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, ausgenommen jedoch in dem Fall, wo die Sache, die zu geben oder zu tun er sich verpflichtet hatte, nur innerhalb einer bestimmten Frist gegeben oder getan werden konnte, und er diese hat verstreichen lassen ("Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer."). b) aa) Die Vorinstanz bejahte eine Vertragsverletzung durch B._____ nach belgischem Recht, indem diese schon die erste Rate schuldig geblieben und bis zum Urteilsdatum keine vollumfängliche Zahlung erfolgt sei (Urk. 167 S. 58). Während die Klägerin dieser Auffassung beipflichtet (Urk. 166 S. 109), bestreitet die Beklagte das Vorliegen einer Vertragsverletzung. Der Konkurs stelle nach schweizerischem Rechtsverständnis keine Pflichtverletzung bzw. Vertragsverletzung dar. Folglich habe der Gläubiger keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Schuldner aufgrund seiner Insolvenz seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen könne. Diese materielle Besonderheit des schweizerischen Insolvenzrechts müsse auch im vorliegenden Kollokationsverfahren – ungeachtet der Anwendung belgischen Rechts – eingehalten werden. Ansonsten wären ausländische Gläubiger gegenüber inländischen bevorzugt. Mit der Bewilligung der Nachlassstundung ende der Verzugszinsenlauf (Art. 297 Abs. 7 SchKG). Bei den Verzugszinsen handle es sich um einen Schadenersatz, der die aus der Kapitalentbehaltung entstehende Einbusse ausgleichen solle. Könnten während der Nachlassstundung nicht einmal mehr Verzugszinsen gefordert werden, müsse dies umso mehr

auch für Schadenersatz für darüber hinausgehende Verzugsschäden

- 22 - gelten. Mit der Aufnahme der vollständigen Forderung von A. _____ gemäss Ziff. 2 des E. _____ Agreement im Kollokationsplan der dritten Klasse habe B. _____ ihre vertragliche Verpflichtung erfüllt. Darüber hinausgehende Ansprüche von A. _____ bestünden auch nach belgischem Recht nicht (Urk. 180 S. 37 ff.). bb) Indem B. _____ die vertraglich geschuldeten Leistungen am 3. Oktober 2001 nicht erbracht hat, geriet sie in Verzug im Sinne von Art. 1146 CC; angesichts des festgelegten Erfüllungstages war eine Mahnung im Sinne von Art. 1139 CC nicht notwendig. Damit hat B. _____ nach belgischem Recht eine Vertragsverletzung begangen. Auf die Einwände der Beklagten ist später einzugehen (nachfolgend lit. e). c) Zu prüfen ist, ob B. _____ die Nichterfüllung nach belgischem Recht vorwerfbar ist. Nach Art. 1147 CC wird der Schuldner, wenn dazu Grund besteht, entweder aufgrund der Nichterfüllung der Verbindlichkeit oder aufgrund der verzögerten Erfüllung dieser Verbindlichkeit jedes Mal zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt, wenn er nicht nachweist, dass die Nichterfüllung auf eine fremde Ursache zurückzuführen ist, die ihm nicht zugerechnet werden kann, auch wenn von seiner Seite keine Bösgläubigkeit vorliegt ("Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."). Weiter bestimmt Art. 1148 CC, dass kein Schadenersatz geleistet werden muss, wenn der Schuldner infolge höherer Gewalt oder durch Zufall daran gehindert worden ist, das zu geben oder zu tun, wozu er verpflichtet war, oder das getan hat, was ihm verboten war ("Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit."). aa) Die Vorinstanz erwog, es sei davon auszugehen, dass bei der vertraglichen Haftung wegen Nichterfüllung nach belgischem Recht ein Verschulden immer dann gegeben sei, wenn keine Fremdersache ("cause étrangère") vorliege. Die Nichterfüllung sei mit anderen Worten grundsätzlich einem Verschulden

- 23 - gleichzusetzen. Eine solche Fremdersache könne in der Form der "force majeure", insbesondere in deren Unterform des Hoheitsaktes "fait du prince" vorliegen. Als Hoheitsakt komme sowohl ein direkter Befehl einer Verwaltungsbehörde als auch die Verabschiedung eines Gesetzes in Frage, welches dem Schuldner die Erfüllung unmöglich mache, was sich auf die Bezahlung einer Geldsumme beziehen könne. "Force majeure" liege ganz allgemein bei einem unvorhersehbaren Ereignis vor, welches die Ausführung des Vertrages unmöglich mache, ohne dass ein Verschulden des Schuldners gegeben sei. Dabei genüge nach der herrschenden Meinung eine vernünftige Unmöglichkeit. Zutreffend mache die Klägerin geltend, dass die angeführten schweizerischen Rechtsnormen (gemeint offenbar Art. 725 OR in der damals gültigen Fassung in Verbindung mit Art. 725a OR; Art. 167 StGB [Urk. 167 S. 50]), welche eine Zahlung am 3. Oktober 2001 verboten hätten, nicht unvorhersehbar gewesen seien und insofern keine "force majeure" gegeben sein könne. Ebenso sei die Notwendigkeit einer Nachlassstundung beim Abschluss des Vertrages am 2. August 2001 nicht mehr völlig ausser Reichweite und insofern auch nicht unvorhersehbar gewesen. Aus diesen Gründen könnte wohl – käme es darauf an – keine "force majeure" bejaht werden und wäre ein Verschulden der Beklagten nach belgischem Recht zu bejahen. Die Beklagte mache ein weiteres Ereignis, nämlich die Attentate vom 11. September 2001, als "force majeure" geltend. Weil die

finanzielle Situation der C._____ [rec- te: B._____; vgl. Urk. 84 S. 167] damals schon prekär gewesen sei, sei die Vor- nahme der 20 Tage nach den Terroranschlägen vorgesehenen Zahlung unmög- lich gemacht worden. Die Klägerin argumentiere demgegenüber mit der Beurtei- lung im Parallelprozess, wonach diese Ereignisse keine höhere Gewalt darstell- ten. Zweifellos – so die Vorinstanz weiter – müsse die Unvorhersehbarkeit der Er- eignisse des 11. Septembers 2001 im Sinne des belgischen Rechts betreffend "force majeure" bejaht werden. In Bezug auf die Unmöglichkeit sei kaum von ei- ner „force majeure“ im Zusammenhang mit dem 11. September 2001 auszuge- hen, weil dieses Ereignis alleine noch keine Unmöglichkeit begründet habe. Dies umso mehr, als dieser rund drei Wochen vor dem 3. Oktober 2001 liegende Vor- fall sich noch nicht derart habe auswirken können, dass darin die Hauptursache für die damaligen Liquiditätsprobleme der Beklagten gesehen werden könnte.

- 24 - Entschieden würde diese Frage allerdings unter dem Titel „Kausalität“. Die Frage der Vorwerfbarkeit nach belgischem Recht sei aber letztlich nicht entscheidend, weil in diesem Punkt die Anwendung zwingenden schweizerischen Rechts zur Verneinung der Verschuldensfrage führen müsse. Aus diesem Grund seien die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin zum belgischen Recht unmassgeb- lich (Urk. 167 S. 66 f.). bb) In der Berufungsantwort hält die Beklagte daran fest, dass die genann- ten zwingenden schweizerischen Rechtsnormen (Grundsatz der Gleichbehand- lung der Gläubiger, Art. 158 StGB i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR, Art. 167 StGB, Art. 754 OR; Urk. 84 S. 31 ff.) den „fait du prince“ darstellten. Aufgrund dieser Vorschriften sei es B._____ untersagt gewesen, die aufgrund des E._____ Ag- reement geschuldete Zahlung vorzunehmen. Die Terroranschläge vom 11. Sep- tember 2001 und deren Auswirkungen auf den Flugverkehr bildeten die „force ma- jeure“. Die finanzielle Lage der B._____ sei schon vor den Terroranschlägen pre- kär gewesen. Die als höhere Gewalt einzustufenden Ereignisse des 11. Septem- bers 2001 und ihre dramatischen Auswirkungen auf das Fluggeschäft hätten die vorgesehene Zahlung am 3. Oktober 2001 unmöglich gemacht (Urk. 180 S. 41 f.). Demgegenüber ist die Klägerin der Auffassung, die Voraussetzungen eines „fait du prince“ seien keinesfalls erfüllt. Zahlungsunfähigkeit, auch wenn sie so- wohl nach belgischem als auch nach schweizerischem Recht die Anwendbarkeit gewisser Bestimmungen auszulösen vermöge, welche die wirtschaftliche Freiheit des Schuldners einschränkten, könne niemals ein unverschuldetes unüberwind- bares Hindernis für eine Vertragserfüllung sein, es sei denn der Schuldner könne beweisen, dass die Zahlungsunfähigkeit ohne sein Zutun völlig schicksalhaft und unabwendbar eingetreten sei. Dasselbe gelte für die höhere Gewalt. Diese liege nur vor, wenn ein Ereignis eintrete, welches sowohl unvorhersehbar als auch un- abhängig jeglichen Verschuldens desjenigen sei, der sich auf sie berufe. Bei Zah- lungsunfähigkeit werde aber schuldhaft Verursachung vermutet; ein Schuldner könne lediglich versuchen, den Exkulpationsbeweis anzutreten. Vorliegend sei ein solcher Beweis nicht im Ansatz erbracht worden; das Gegenteil, klar selbstver- schuldete Zahlungsunfähigkeit, sei erstellt. Ein allfälliges Zahlungsverbot nach

- 25 - Art. 725 [aOR in der im Jahre 2001 gültigen Fassung], Art. 725a OR oder Art. 167 StGB könne daran nichts ändern, denn es wäre durch die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten ausgelöst worden und (wäre) nicht deren Ursache. Wie das Bun- desgericht festgehalten habe, dürfe man nicht in den Wirkungen eines Ereignis- ses dessen Ursache sehen (BGE 60 II 337; Urk. 166 S. 110 ff.). cc) Nach der belgischen Rechtsprechung liegt höhere Gewalt vor, wenn nach der Vertragsschliessung ein unvorhersehbares und

unüberwindbares Ereignis eintritt, das die Erfüllung der Schuld verunmöglicht, ohne dass dem Schuldner ein fehlerhaftes Verhalten vorgeworfen werden könnte, indem es sich um eine Drittsache handelt, bei der keinerlei Verschulden des Schuldners mitgewirkt hat. Höhere Gewalt kann auch ein staatlicher Hoheitsakt (fait du prince) bilden. Es handelt sich dabei nur um einen Anwendungsfall der höheren Gewalt. Definitionsgemäss muss dieser Hoheitsakt nach der Vertragsschliessung ergangen sein. Bei Gattungsschulden, allem voran Geld, tritt grundsätzlich keine Unmöglichkeit der Erfüllung ein: res genera non pereunt. Geld kann man sich theoretisch immer beschaffen. Eine Ausnahme macht die belgische Rechtsprechung, wenn die Zahlung durch einen Hoheitsakt untersagt wird (vgl. Cour d'appel vom 25.01.2000, F-20000125-2; Cour de cassation vom 13.05.1996, F-19960513-1; Gutachten van Ommeslaghe, Urk. 38/XVIII/2 S. 18 f. Ziff. 27). Vorliegend kann sich die Beklagte nicht auf höhere Gewalt berufen. Kein nach dem 2. August 2001 ergangener staatlicher Hoheitsakt hinderte B._____, die geschuldeten Zahlungen zu erbringen. Die Terroranschläge vom 11. September 2001 bilden zwar höhere Gewalt, verunmöglichten aber nicht, Geldschulden zu begleichen. d) aa) Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass eine Zahlung durch die Beklagte am 3. Oktober 2001 unter Ordre public-Gesichtspunkten rechtswidrig gewesen wäre, weshalb die Beklagte an der Nichterfüllung kein Verschulden treffe. Art. 17 IPRG schliesse die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts aus, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar sei. Vorbehalten blieben nach Art. 18 IPRG auch Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend

- 26 - anzuwenden seien (Urk. 167 S. 42, 50). Die Beklagte habe am 1. Oktober 2001 im Rahmen einer Pressekonferenz aufgrund der von ihr festgestellten Überschuldung ein Gesuch um Nachlassstundung angekündigt. Sie führe zutreffend an, dass ein Schuldner in dieser Situation, abgesehen davon, dass er seine gesamten Kapazitäten auf die Vorbereitung des Nachlassstundungsgesuchs konzentrieren müsse, nicht mehr frei sei, Zahlungen in der vorliegenden Grössenordnung (rund EUR 132 Mio.) zu tätigen. Vielmehr sei dieser Entscheid in der gegebenen Situation nach schweizerischem Recht der Konkursverwaltung zu überlassen. In der von der Beklagten damals angestrebten Nachlassstundung sei offen gewesen, wie sich diese auf die Verfügungsbefugnis der Beklagten auswirken würde (Möglich sei das ganze Spektrum zwischen blosser Aufsicht einer Sachwaltschaft und völliger Einschränkung der Verfügungsbefugnis gewesen.). Jedenfalls aber sei auch Art. 298 Abs. 2 SchKG zu beachten gewesen, wonach der Schuldner in der Nachlassstundung ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht über Anlagevermögen verfügen dürfe. Es erhellte nun ohne weiteres, dass unter diesen Voraussetzungen der Beklagten im damaligen Zeitpunkt kurz vor Einreichung des Gesuchs um Anordnung der provisorischen Nachlassstundung die Hingabe von Liquidität im Umfang von EUR 132 Mio. – hätte sie denn solche gehabt – verboten gewesen sei. Die Vorschriften von Art. 725 OR [recte: aOR] und 725a OR (Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung der Gesellschaft, Eröffnung oder Aufschub des Konkurses) seien zwingend und für den Gläubigerschutz zweifellos so wesentlich, dass sie auch bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit ausländischen Rechts zu beachten seien. Die Vorwirkung eines Konkurserkennnisses sei übrigens dem belgischen Recht nicht fremd, wenn gemäss Art. 12 des belgischen Konkursgesetzes bei "ernsthaften und objektiven Begebenheiten" der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung auf bis zu sechs Monate vor dem Konkurserkennnis festgelegt werden könne und Handlungen nach der Zahlungseinstellung (allerdings nicht

die Zahlung fälliger Schulden) unter bestimmten Voraussetzungen der Masse gegenüber unwirksam seien (Art. 17 Konkursgesetz; Urk. 167 S. 47 f.). Neben Art. 725 OR [recte: aOR] in Verbindung mit Art. 725a OR habe auch Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) eine Zahlung durch die Beklagte am 3. Oktober 2001 verboten (Urk. 167 S. 50). Nach dem Wortlaut von Art.

- 27 - 167 StGB gehe es hier um die Zahlung nicht verfallener Schulden, die Zahlung anders als durch übliche Zahlungsmittel oder die Sicherstellung von Schulden aus eigenen Mitteln in der Absicht, einen Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Dabei sei hier immer nur der schon zahlungsunfähige Schuldner gemeint. Die Literatur sei sich im Übrigen einig darin, dass es dem insolventen Schuldner an sich nicht verwehrt sei, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen. Dies bedeute, dass Zahlungen eines solchen Schuldners durchaus erlaubt sein können, wenn eben die Absicht der Gläubigerbevorzugung fehle oder kein Nachteil für die anderen Gläubiger resultiere. Insbesondere wo eine Zahlung einer fälligen Schuld zur Abwendung grösseren Schadens erfolge, könnte eine solche Zahlung durchaus erlaubt sein. Schmid bringe dies mit der Formel zum Ausdruck, es gehe bei Art. 167 StGB um Leistungen und Sicherstellungen, die vom Gläubiger gemäss der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Vornahme nicht in der ihn bevorzugen Weise durchgesetzt werden könnten (Schmid, BISchK 50 [1986], S. 212). Dies bedeute aber in der Konsequenz, dass die vorliegend diskutierte Zahlung effektiv unter das strafrechtliche Zahlungsverbot gefallen sei. Denn wenn der Schuldner seine Insolvenz bereits mit Pressekonferenz publik gemacht bzw. ein Gesuch um Nachlassstundung angekündigt habe und ein solches Gesuch wie vorliegend einen Tag nach der Fälligkeit der Schuld eingereicht werde (und dies im Übrigen erst in diesem Zeitpunkt, weil solche Gesuche eben eine gewisse Vorbereitungszeit brauchten, andernfalls es schon am 3. Oktober 2001 hängig gewesen wäre), so sei die von der Beklagten an die Klägerin geschuldete Leistung im massgeblichen Zeitpunkt nicht mehr durchsetzbar gewesen. Vorausgesetzt sei nämlich, so auch Schmid, dass der Gläubiger den Forderungsbetrag noch vor dem Konkurs (dem hier die provisorische Nachlassstundung gleichzusetzen sei) durchsetzen könnte. Da dies vorliegend nicht der Fall sei, wäre eine von der Beklagten am 3. Oktober 2001 vorgenommene Zahlung von EUR 132 Mio. an die Klägerin strafrechtlich von Belang gewesen (Urk. 167 S. 49 f.). bb) Die Klägerin macht geltend, wenn Art. 725 aOR und Art. 725a OR die Wirkung hätten, dass sie jegliches schuldhaftes Verhalten ausschliessen bzw. jegliches schuldhaftes Verhalten exkulpieren, würde dies dazu führen, dass man etwas als Ursache gelten liesse, was in Wahrheit lediglich eine Wirkung sei. Wie

- 28 - das Bundesgericht in BGE 60 II 337 dargelegt habe, sei die wirkliche Ursache der Zahlungseinstellung von Anfang Oktober 2001 zu eruieren, und diese liege in der Zahlungsunfähigkeit der Beklagten. Das Argument, die Zahlungsverweigerung sei wegen Art. 725 aOR und Art. 725a OR gerechtfertigt gewesen, führe wieder dazu, die Zahlungsunfähigkeit per se als Exkulpation gelten zu lassen. Dies sei aber nicht haltbar, da die Zahlungsunfähigkeit der D.____-Gruppe nicht einfach schicksalhaft und unabwendbar eingetreten sei, sondern in einer katastrophalen Geschäftsführung mittels einer unkontrollierten, grössenwahnsinnigen Wachstumsstrategie gegründet habe (Urk. 166 S. 102). Auch das Zahlungsverbot von Art. 167 StGB sei eine Folge der Zahlungsunfähigkeit und nicht deren Ursache. Damit könne sich die Beklagte nicht exkulpieren, auch wenn ihren verantwortlichen Organen bei einer Zahlung zivil- und strafrechtliche Nachteile drohten. Von den verantwortlichen Organen sei nicht rechtswidriges Handeln verlangt worden,

indem die Beklagte ihrer Zahlungsverpflichtung trotz Zahlungsverboten hätte nachkommen müssen. Vielmehr sei die Beklagte aus Verzug (grundsätzlich) schadenersatzpflichtig geworden, was weder dem schweizerischen *Ordre public* zuwiderlaufe noch gegen zwingend anwendbares schweizerisches Recht verstosse (Urk. 166 S. 104). Die Beklagte hält daran fest, dass das belgische Recht nicht anwendbar sei, weil die zwingenden Zahlungsverbote des schweizerischen Rechts zu beachten seien. Dazu macht die Beklagte umfangreiche Hinweise auf ihre Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren, ohne im Einzelnen Bezug auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil zu nehmen oder aufzuzeigen, wo die Vorinstanz entscheid-relevante erstinstanzliche Parteibehauptungen der Beklagten übergangen hätte. Solche Verweise sind unzulässig und unbeachtlich (vgl. vorn Ziff. III/2/b; Urk. 180 S. 35 f. Rz 125 f., S. 37 Rz 131). BGE 60 II 337 ist nach Auffassung der Beklagten nicht einschlägig, da es vorliegend nicht um ein gerichtliches Zahlungsverbot gehe (Urk. 180 S. 42). cc) Art. 17 IPRG enthält den Vorbehalt des negativen *Ordre public*. Dieser Vorbehalt greift erst ein, wenn das Ergebnis der Beurteilung nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt ist und dieses Ergebnis das einheimische

- 29 - Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. auf stossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht. Die Anwendung der *Ordre public*-Klausel verlangt eine rechtsvergleichende Konfrontation. Das nach dem anwendbaren ausländischen Recht gefundene Resultat ist demjenigen des einheimischen Rechts gegenüberzustellen. Besteht zwischen den rechtspolitischen und sozialen Konzeptionen, die die beiden Rechte inspirieren, eine so grosse Verschiedenheit, dass die Anwendung der ausländischen Rechtsordnung erschüttert wird, so hat der Richter von der Kollisionsregel abzuweichen und das Forumsrecht anzuwenden (Vischer/von Planta, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 1982, S. 22). Von der Ermittlung und der hypothetischen Anwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts ist indessen von vornherein abzusehen, wenn schweizerische Rechtsvorschriften gemäss Art. 18 IPRG unmittelbar, das heisst unabhängig von dem durch das Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Diese sog. *lois d'application immédiate* umfassen den positiven *Ordre public*. Zum positiven *Ordre public* gehören namentlich Normen, welche den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen (BGE 128 III 201 E. 1b S. 204 f.; BGE 125 III 443 E. 3d S. 447; Vischer, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 17 N 7 ff.). Wie gesehen wird der Schuldner nach belgischem Recht schadenersatzpflichtig, wenn er eine vertraglich geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringt und nicht nachweist, dass die Nichterfüllung auf eine fremde Ursache zurückzuführen ist, die ihm nicht zugerechnet werden kann (Art. 1147 CC). Nach schweizerischem Recht hat der Schuldner, der sich im Verzug befindet, Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für den Zufall. Er kann sich von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte (Art. 103 OR). Wird ein Gläubiger zufolge Ausbleibens einer vertraglich geschuldeten Leistung zahlungsunfähig, so kann der Schuldner grundsätzlich nach beiden Rechtsordnungen für den durch die Zahlungsunfähigkeit verursachten Schaden haftbar werden. Die *Ordre public*-Klausel steht daher einem Schadenersatzanspruch nach belgischem Recht in dieser Konstellation nicht

- 30 - entgegen. Zu prüfen ist, ob sich daran etwas ändert, weil die Beklagte ihrerseits überschuldet war und um Nachlassstundung nachsuchen musste. Die Frage ist ohne weiteres zu verneinen. Die Beklagte kann sich in dieser Situation weder nach schweizerischem noch nach belgischem Recht exkulpieren. Eine andere Frage ist, ob sich die Beklagte auf Art. 18 IPRG berufen und geltend machen kann, nach einzelnen schweizerischen Normen sei es ihr untersagt gewesen, an die Klägerin rechtzeitig zu leisten. Auch diese Frage ist zu verneinen. Wenn den verantwortlichen Organen bei einer Zahlung zivil- und strafrechtliche Nachteile drohten, dann war das Folge der Zahlungsunfähigkeit, für die sich die Beklagte nicht exkulpieren kann. Von den verantwortlichen Organen wird nicht rechtswidri- ges Handeln verlangt, indem die Beklagte ihrer Zahlungsverpflichtung trotz Zah- lungsverboten hätte nachkommen müssen. Vielmehr wird die Beklagte aus Verzug (grundsätzlich) schadenersatzpflichtig, was weder dem schweizerischen Ordre public zuwiderläuft noch gegen zwingend anwendbares schweizerisches Recht verstösst. Die Klägerin hat sich zu Recht auf BGE 60 II 337 berufen, wo das Bundesgericht festgehalten hat, dass die Bank, die zufolge Zahlungsunfähig- keit den Richter angerufen hat und sich in Zahlungsverzug befindet, sich nicht mit dem Hinweis exkulpieren kann, ihr sei vom Gericht jegliche Zahlung untersagt worden, denn der Schuldner sei sehr oft der eigentliche Verursacher seiner Zah- lungsunfähigkeit. Diesbezüglich müsste er sich exkulpieren, um der Haftung nach Art. 103 OR zu entgehen. Wörtlich hielt das Bundesgericht fest: „En d'autres termes, invoquer l'interdiction formulée par le juge ou même simplement le fait que la Banque ne pouvait plus, en juillet 1931, payer certains de ses créanciers sans commettre des actes sujets à révocation, c'est faire de l'insolvabilité comme telle, une excuse. Or cela est inadmissible.“ Das Bundesgericht sah also weder im richterlichen Verbot noch im Umstand, dass die Bank durch die Befriedigung einzelner Gläubiger anfechtbare Handlungen begangen hätte (Art. 285-288 SchKG; vgl. Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Kon- kurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 298 N 1), einen Exkulpationsgrund. Weshalb zwi- schen richterlichem und gesetzlichem Zahlungsverbot zu unterscheiden wäre, wie die Beklagte geltend macht, ist daher nicht einsichtig.

- 31 - e) aa) Die Beklagte hat, wie bereits erwähnt (V/A/4/b/aa), geltend gemacht, nach herrschender schweizerischer Rechtsprechung und Lehre stelle der Konkurs keine Pflicht- bzw. Vertragsverletzung dar. Der Gläubiger habe dementsprechend grundsätzlich keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Schuldner ihn auf- grund seiner Insolvenz nicht mehr bezahlen könne. Diese materielle Besonderheit des schweizerischen Insolvenzrechts müsse auch im vorliegenden Kollokations- verfahren – ungeachtet der Anwendung belgischen Rechts – eingehalten werden. Der ausländische Gläubiger wäre sonst gegenüber den inländischen Gläubigern im schweizerischen Konkurs- bzw. Nachlassliquidationsverfahren bessergestellt. Diese Rechtsfolge würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht verletzen (Urk. 84 S. 27 f.). Die Klägerin ist demgegenüber der Auffassung, Konkurs und Nachlassstun- dung würden Verträge – mit Ausnahme der vom Gesetz abschliessend aufgeföhr- ten – nicht automatisch zum Erlöschen bringen. Daher könne der betroffene Ver- tragspartner und Gläubiger gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtspre- chung eine Forderung entsprechend seinem Erfüllungsinteresse, also dem positi- ven Vertragsinteresse, eingeben. Dies müsse umso mehr gelten, wenn wie vor- liegend die Nichterfüllung durch den Schuldner nichts mit den Wirkungen einer Nachlassstundung zu tun habe, sondern bereits vor Einleitung des Nachlassver- fahrens erfolgt sei. In einem solchen Fall sei es

indiskutabel, dass die normalen Regeln betreffend Nichterfüllung von Verträgen anwendbar seien. Ein Gläubiger könne eine Schadenersatzforderung entsprechend dem positiven Vertragsinteresse selbst im Konkursfall und erst recht im Fall einer Nachlassliquidation eingeben. Wenn der Schuldnerverzug vor der Gewährung der Nachlassstundung eintrete, beschränke das schweizerische Recht die Verzugsfolgen in keiner Weise (Urk. 37 S. 569 f.). bb) Die Vorinstanz erwog dazu, vor der Bewilligung der Nachlassstundung gelte das belgische Vertragsrecht, nachher das schweizerische Recht der Nachlassstundung. Die Konkursverwaltung habe bei nicht oder erst teilweise erfüllten zweiseitigen Verträgen das Recht, in diese einzutreten und anstelle des Schuld-

- 32 - ners zu erfüllen (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Diese Wahl der Realerfüllung sei vorliegend nicht geschehen. Eine Schadenersatzforderung während laufender Nachlassstundung könne aber nicht entstehen (was indirekt auch die Klägerin konzediere), weil während dieser Zeit bereits die Stundungswirkungen gälten und mithin u.a. kein Verzug mehr eintreten könne. Die Frage sei somit vorliegend einzig, ob bereits vor der Nachlassstundung durch die Nichtzahlung der Beklagten eine Schadenersatzforderung entstanden sei. Diesbezüglich gelte für den vorliegenden Fall belgisches Vertragsrecht, allenfalls aus Ordre public-Gründen schweizerisches Recht, z.B. noch zu prüfende Vorwirkungen eines Konkurses oder einer Nachlassstundung. Mit anderen Worten sei für die Existenz von Forderungen (nicht aber unbedingt deren Höhe) der Zeitpunkt des Eintritts des Konkurses bzw. der Stundung massgebend, dieser habe eine "Fixationswirkung". Hingegen sei der Gleichbehandlung genüge getan, wenn alle in diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen, seien es Schadenersatz- oder Vertragsforderungen, mit der ihnen zustehenden Dividende bedient würden. Dass hingegen eine bestehende Forderung nicht voll, sondern nur mit der Dividende erfüllt werde, begründe keinen Anspruch auf Schadenersatz. Diesbezüglich gelte in der Tat gemäss herrschender Rechtsprechung und Lehre im schweizerischem Konkursrecht, dass die Zahlungsunfähigkeit einer Person für sich allein noch kein Verschulden resp. keine Vertragsverletzung beinhalte, sondern es dazu eines gesonderten Verschuldens bedürfe (unter Hinweis auf Daniel Staehelin, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004 S. 363 ff.; BGE 64 II 268 f.). Zutreffend bringe die Klägerin vor, die Konkurseröffnung beende von Gesetzes wegen nur einige Schuldverhältnisse (Schenkungsversprechen bei Konkurs des Schenkenden, Pachtvertrag, Auftrag und ähnliche; BSK SchKG II-Schwob, 2. Aufl., N 6 zu Art. 211 SchKG). Bei den anderen Verträgen bleibe die Forderung bestehen und beinhalte auch allfällige Gewinnansprüche des Gläubigers (ebenda, N 12 zu Art. 211 SchKG und dortige Zitate). Dies ändere aber nichts am Gesagten, wonach für eine Vertragsverletzung ein über die Zahlungsunfähigkeit hinausgehendes Verschulden erforderlich sei. Das Argument der Beklagten, die Klägerin dürfe nicht besser fahren, als wenn damals richtig erfüllt worden wäre, treffe nach dem Gesagten nicht zu. Vielmehr sei für einen Schuldner auch unter dem Aspekt der gleichmässigen Wahrung der

- 33 - Gläubigerinteressen vor dem Konkurs bzw. der Anordnung der Nachlassstundung (unter Vorbehalt noch zu behandelnder allfälliger Vorwirkungen) nur abzuwägen, ob eine Zahlung das grössere Risiko berge als eine Nichtzahlung. Mit anderen Worten und noch etwas präzisiert: Ob der bei einer Nichtzahlung möglicherweise bei der Klägerin verursachte Schaden multipliziert mit dessen Eintretenswahrscheinlichkeit (und allenfalls noch der Verurteilungswahrscheinlichkeit) grösser wäre als die Zahlung. Jedenfalls aber ergebe sich aus dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung allein kein absolutes

Zahlungsverbot, so dass auch hier die angesprochenen IPRG-Vorbehalte (Art. 17 und 18 IPRG) nicht greifen würden. Anders gesagt: Wäre vor der Konkureröffnung bzw. Nachlassstundung von einer Vertragsverletzung auszugehen, so stünden auch die vertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung (Urk. 167 S. 44 ff.). cc) Im Berufungsverfahren rügt die Klägerin, die Vorinstanz begnüge sich, den Artikel von Staehelin und den erwähnten Bundesgerichtsentscheid anzuführen, ohne auf die von der Klägerin zitierte Lehre und Rechtsprechung einzugehen. Ein Nachlassvertrag könne den Schuldnerverzug nie verhindern. Die Nichterfüllung aufgrund einer Überschuldung eröffne dem Gläubiger die Möglichkeit, im Falle eines Konkurses oder einer Nachlassliquidation des säumigen Schuldners die Kollozierung von Schadenersatz zu fordern (Urk. 166 S. 95). dd) Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung handelt es sich um eine mildere Form des Konkurses, und die Liquidation des Schuldnervermögens erfolgt nach denselben Grundsätzen wie im Konkurs (BGE 107 III 106 E. 3a). Zu prüfen ist die Wirkung der Nachlassstundung auf bestehende Verträge des Schuldners. Unbestritten ist, dass der Liquidator im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Verträge anstelle des Schuldners erfüllen und so in dessen Verträge eintreten kann (Art. 211 Abs. 2 SchKG; BGE 107 III 106 E. 3c; Meier/Exner, Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, BISchK 2006 S. 110). Diese Möglichkeit besteht nicht nur bei Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, sondern auch bei Geldforderungen (BGer 4C.252/2005 vom 6. Februar 2006, E. 5.2). Erfolgt weder ein Vertragseintritt noch eine Vertragsauflösung, besteht der Vertrag grundsätzlich weiter (vgl. BGE 107 III

- 34 - 106). Bei Geldleistungen erfolgt die Erfüllung seitens des Nachlassschuldners bzw. der Nachlassorgane nur noch nach Massgabe des Nachlassvertrages. Mit der Bewilligung der Nachlassstundung können und dürfen Geldschulden – abgesehen von den in Art. 297 SchKG genannten Ausnahmen – nicht mehr in Betreuung gesetzt und entsprechend auch nicht mehr bezahlt werden. Die Erfüllung erfolgt vielmehr erst und in eingeschränkter Form nach Bewilligung des Nachlassvertrages (Meier/Exner, a.a.O., S. 113). Die Nachlassstundung hindert den Eintritt der Fälligkeit von Forderungen gegenüber dem Schuldner nicht (BGE 39 II 796 E. 2); dieser kann in Verzug gesetzt werden (Weber, Berner Kommentar, N 20 zu Art. 102 OR). Der Gläubiger in einem zweiseitigen Vertrag kann gestützt auf Art. 107 OR im Nachlassvertrag Schadenersatz geltend machen. Die Verzugsfolgen können abgewendet werden, wenn der Nachlassschuldner den Vertrag mit Zustimmung des Sachwalters erfüllt (Dallèves, Des effets du concordat sur les contrats du débiteur, SAG 1982 S. 119 f.; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 54 N 35; Meier/Exner, a.a.O., S. 112; Vetsch, Auswirkungen des Sanierungsrechts auf Vertragsbeziehungen, in: Der Schweizer Treuhänder 2014 S. 69). Richtig ist zwar, dass mit der Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994 in Art. 297 Abs. 3 SchKG (heute Abs. 7) ein grundsätzlicher Zinsstopp eingeführt wurde. Allerdings wurde damit nur etwas kodifiziert, was schon bisher der Rechtspraxis entsprach (BGE 129 III 559 E. 2 und 3.2), weshalb entgegen der Auffassung der Beklagten auch die frühere Literatur herangezogen werden kann (Urk. 180 S. 38). Begründet wurde die Regelung damit, dass in der Praxis das Bedürfnis bestehe, dass der Zinsenlauf mit der Bewilligung der Stundung aufhöre, damit das vom Sachwalter aufgrund des Schuldnerufs zu erstellende Gläubigerverzeichnis als Grundlage für die Berechnung der am Nachlassvertrag teilnehmenden Forderungen gelten könne (Botschaft, BBl 1991 III 184; Hunkeler, Das Nachlassverfahren nach revidiertem

SchKG, Diss. Freiburg 1996, S. 200). Der Regelung liegt die Annahme zugrunde, die Liquidation ende mit einem Ausfall auf den Forderungen der Gläubiger. Trifft dies ausnahmsweise nicht zu, ist ein Akti-venüberschuss für die Deckung der Zinsen zu verwenden (BGE 129 III 559; BSK SchKG II-Vollmar, Art. 297 N 12). Der Zinsenstopp bezweckte also nicht, den

- 35 - Gläubigern von vornherein die Geltendmachung jeglichen Verzugsschadens zu untersagen. Er führt übrigens dazu, dass die Gläubiger ungleich behandelt werden: Der Gläubiger einer grösseren verzinslichen Forderung erleidet einen grösseren Verlust als derjenige einer kleineren verzinslichen Forderung. Gemäss BGE 58 III 121 E. 4 S. 128 kann die Differenz zwischen dem Nominalbetrag der Forderung und der mutmasslichen Konkursdividende nicht als Verzugsschaden geltend gemacht werden, da dieser Schaden dem Gläubiger erst durch den Konkurs oder die fruchtlose Betreibung zugefügt wird. Staehelin schreibt im von der Vorinstanz zitierten Aufsatz unter Hinweis auf diesen Entscheid, ausgeschlossen sei eine Geltendmachung des Verspätungsschadens, denn von der durch den Konkurs verursachten Verzögerung seien alle Gläubiger betroffen (a.a.O., S. 375). Staehelin zitiert weiter Jaeger und Weydmann (a.a.O., Fn 134). Ersterer schreibt, die Fälligkeit (der Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners) trete von Gesetzes wegen ein. In denjenigen Fällen, in denen vertraglich eine längere Unaufkündbarkeit festgesetzt worden sei, könne wegen des Dahinfallens dieser Abmachung eine Entschädigungsforderung nicht geltend gemacht werden (Jaeger, Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 208 N 2). Weydmann führt als Beispiel eine im Voraus bezahlte Möbelaussteuer an, deren Verkäufer vor Lieferung in Konkurs fällt. Hier werde die Fälligkeit vorverschoben und anstelle der Naturalleistung werde eine Dividende ausbezahlt. Für den Schaden, der daraus entstehe, dass sich der Gläubiger anstelle der Naturalleistung mit einer Geldleistung begnügen müsse, dass die Fälligkeit vorverschoben werde und dass die Dividende (normalerweise) nicht 100 % betrage, könne er keinen Anspruch geltend machen, weil im Verfahren von der dem Konkurs eigentümlichen Fiktion ausgegangen werde, dass die Auszahlung des Leistungssurrogates in Form einer Dividende Erfüllung bedeute. Dies zu Recht, sonst könne jeder Gläubiger einen Schadenersatzanspruch geltend machen, was zwar das Verfahren umständlich machen, den dabei entstandenen Vorteil des Einzelgläubigers aber nur durch Verkürzung der Dividende wieder aufheben würde. Nicht nur diese praktischen Gründe sprächen gegen die Gewährung eines Schadenersatzanspruches im engeren Sinne, sondern insbesondere das weit durchschlagendere Argument, dass das Verfahren die Erfüllung anstrebe, aber für die

- 36 - Konkursforderungen einen bestimmten Liquidationsmodus vorschreibe, indem es deren Fälligkeit herbeiführe, sie nötigenfalls in Geld umwandle oder die Leistungen kapitalisiere (Weydmann, Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei, Diss. Zürich 1958, S. 56 f.; vgl. auch Kren, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, S. 105 f.). Diese Grundsätze können nicht unbesehen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung übertragen werden. Die Nachlassstundung bewirkt nicht die Fälligkeit der Forderungen. Eine Ungleichbehandlung der Gläubiger ist nicht ersichtlich, wenn ein Gläubiger zufolge Schuldnerverzugs einen zusätzlichen Schaden – ausgenommen den Verzugszins – erleidet, für den er eine Dividende beanspruchen kann. Dass der Schaden nicht in der Differenz zwischen der vertraglich geschuldeten Leistung und der darauf errechneten Dividende bestehen kann, versteht sich aber von selbst. Vorliegend war die B._____ in Verzug, bevor sie Nachlassstundung erhielt. Mit

Bewilligung der Nachlassstundung endeten die Wirkungen des Verzugs nicht wie bei der Konkursöffnung. Die Stundung wirkt nicht für die Gläubiger; diese müssen die notwendigen Handlungen zum Schutz ihrer Rechte trotz der Stundung vornehmen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. A., 1997/2001, Art. 297 N 10). Das schweizerische Nachlassrecht steht nach dem Gesagten der Kollokation eines Schadenersatzanspruchs gestützt auf Art. 107-109 OR zufolge Verzugs nicht entgegen, und zwar unabhängig davon, ob der Verzugsschaden im Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung schon eingetreten war oder nicht (BGE 64 II 268 e contrario). f) aa) Die Klägerin hat in der Klagebegründung geltend gemacht, der Konkurs der A._____ sei die unmittelbare Folge davon gewesen, dass C._____ und B._____ die versprochenen finanziellen Mittel nicht zur Verfügung gestellt hätten (Urk. 37 S. 604). Nach belgischem Recht müsse jeglicher Schaden, der aus einer nicht gehörigen Vertragserfüllung erwachsen sei, ersetzt werden. Der zu ersetzende Schaden umfasse nicht nur den direkten, sondern auch den indirekten Schaden, zumindest wenn dieser auch vom Ansprecher zu tragen sei. Der Schaden aus vertraglicher Nichterfüllung entspreche mindestens dem Verlust, der dadurch eingetreten sei, dass A._____ unmittelbar und definitiv ihre unternehme-

- 37 - rischen Aktivitäten habe einstellen müssen. Das Prinzip der vollständigen Schadloshaltung erlaube es, vom Verursacher für alle Forderungen von Gläubigern Schadenersatz zu erhalten, welche aus der Diskontinuität herrührten. Sehr wahrscheinlich müsse eine Expertise erstellt werden, um die Höhe der zusätzlichen Passiven, welche durch die plötzliche Stilllegung der A._____ entstanden seien, zu beziffern. Es handle sich um folgende Mindestbeträge: EUR 200 Mio. für die dem Personal geschuldeten Entschädigungen aus vorzeitiger Vertragsauflösung; EUR 240 Mio. entsprechend den zusätzlichen Forderungen der belgischen Sozialversicherungen und der Steuerbehörden in Verbindung mit den Auflösungsentschädigungen für das Personal; mindestens CHF 99'601'625.- entsprechend dem endgültigen Verlust der PDP (predelivery payments, Vorschusszahlungen für den Erwerb von Flugzeugen); mindestens CHF 44'650'256.- zufolge Umstrukturierung der Vereinbarungen mit L._____ betreffend zwei Flugzeuge L1._____ und L2._____; Entschädigungen, welche den Leasinggesellschaften aus der vorzeitigen Vertragsauflösung bezüglich der Mittelstreckenflugzeuge hätten bezahlt werden müssen (Urk. 37 S. 608 ff.). Zudem seien der A._____ EUR 172 Mio. entgangen, welche der belgische Staat zusammen mit B._____/C._____ hätte einschliessen müssen (Urk. 37 S. 615). Gleich wie im schweizerischen Recht erlaube das belgische Recht dem Richter, die Bemessung des erlittenen Schadens ex aequo et bono vorzunehmen (Urk. 37 S. 594). In der Replik verwies die Klägerin auf das eingangs erwähnte Urteil der Cour d'appel de Bruxelles vom 27. Januar 2011, wo festgehalten worden sei, dass B._____ und C._____ für die sich aus dem sogenannten passif de discontinuité ergebenden Schadenspositionen aufzukommen hätten. Dabei handle es sich um Entlassungsabfindungen für das Personal, um Vertragsauflösungsentschädigungen, die von Gläubigern gefordert würden, mit denen Verträge mit dauerhaften oder zeitlich gestaffelten Leistungen bestünden, z.B. Leasing-, Pacht- und Wartungsverträge, um Folgen der sofortigen Fälligkeit von Finanzierungsverträgen bei Zahlungsunfähigkeit infolge des Konkurses, insbesondere Zinserhöhungen, Entschädigungen für Ersatzbeschaffungen und sonstige Vertragsstrafen. Diese Forderungen erhöhten die normalen Passiven eines Unternehmens erheblich (Urk. 94 S. 48). Die Klägerin führte weiter aus, die Konkursliquidation der A._____ sei

- 38 - immer noch im Gange. Die Verfahren um Zulassung oder Abweisung der angemeldeten Forderungen seien noch nicht abgeschlossen (Urk. 94 S. 50). Nach Auffassung der Beklagten ergibt sich der Schaden aus dem Vergleich zwischen der Vermögenslage des Opfers nach der Vertragsverletzung einerseits und der (vermutlichen) Vermögenslage des Opfers ohne Vertragsverletzung andererseits. Die Entschädigung solle den Geschädigten in dieselbe Situation versetzen, in der er gewesen wäre, wenn die Vertragsverletzung nicht begangen worden wäre (Urk. 84 S. 163 f.). Die Klägerin müsse den Schaden ziffernmässig genau nachweisen. Werde der Schaden nicht genügend substantiiert, müsse der Anspruch auf Schadenersatz abgewiesen werden. Erst wenn eine genaue Bemessung des Schadens unmöglich sei, könne der Richter ihn ex aequo et bono schätzen. Der Konkursverwalter könne einen Anspruch auf Schadenersatz infolge einer Vertragsverletzung nur geltend machen, wenn dieser Anspruch auf Ersatz eines Gemeinschaftschadens der Masse gerichtet sei. Dieser Gemeinschaftschaden ergebe sich aus dem Vergleich zwischen den Gläubigern der Masse verfügbaren Dividenden nach der angeblichen Vertragsverletzung und den Gläubigern der Masse theoretisch verfügbaren Dividenden kurz vor der Vertragsverletzung. Somit könne der Liquidator nicht einfach alle Forderungen gegen den Konkursschuldner addieren und diese Summe (nach Abzug der Aktiven) als Schadenersatz geltend machen. Die Klägerin habe die notwendigen Schritte zur Ermittlung des Schadens nicht angestellt. Im Übrigen sollte aus einem allfälligen Vergleich der Dividenden hervorgehen, dass sich die Dividenden nicht (stark) verändert hätten. A._____ habe sich schon vor der Vertragsverletzung in einer kritischen finanziellen Situation befunden. Der Anspruch der Klägerin sei mangels hinreichender Substantiierung abzuweisen (Urk. 84 S. 168 f.). bb) Die Vorinstanz erwog zum geltend gemachten Schaden, die Klägerin stelle selber unter Wiedergabe des belgischen Urteils (der Cour d'appel de Bruxelles vom 27. Januar 2011) fest, dass nicht sämtliche Passiven im Konkurs der A._____ der Beklagten anzulasten seien. Passiven, die das Ergebnis der normalen Geschäftstätigkeit des Unternehmens vor dem Konkurs seien, hätten naturgemäss nichts mit schuldhaftem Verhalten zu tun. Da – so die Vorinstanz –

- 39 - davon ausgegangen werde, dass der Konkurs von A._____ auch bei erfolgter Zahlung der Beklagten eingetreten wäre, wäre also zu substantiieren, welcher Schaden durch die blosser Vorverschiebung des Konkurses entstanden wäre. Die zu beurteilende Kollokationsforderung sei in diesem Punkt unabhängig von den belgischen Urteilen. Zutreffend argumentiere die Beklagte, der heutige Vermögensstand sei mit demjenigen zu vergleichen, wenn die geschuldeten Zahlungen rechtzeitig erfolgt wären. Die Vorinstanz wies überdies auf die den Schaden betreffenden Ausführungen des Obergerichts im Parallelverfahren hin und verneinte letztlich eine genügende Substantiierung des Schadens (Urk. 167 S. 74 f.). cc) Die Klägerin hat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des belgischen Kassationshofes (C.93.0361.N vom 28. September 1995, Urk. 38/XV/4) zu Recht ausgeführt, dass der Gläubiger bei nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrages so zu stellen ist, wie wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen nachgekommen wäre. Dies mache die Frage notwendig – so die Klägerin weiter – wie der Gläubiger gestellt wäre, wenn der Schuldner die Schuld korrekt erfüllt hätte. Diese Situation müsse schliesslich mit derjenigen verglichen werden, welche aus der Nichterfüllung resultiere (so auch Entscheid des Kassationshofes vom 26. Januar 2007, C.05.0374.N, und die Vorinstanz im Entscheid des Kassationshofes vom 2. September 2004, C.01.0186.F; vgl. auch schriftliche Auskunft von Prof. Pierre van Ommeslaghe vom 11. März 2010, Urk. 38/XIX/2 S. 2). Schadenersatz sei dabei nicht nur auf *damnum emergens* und *lucrum cessans* im engeren Sinn begrenzt,

sondern erstrecke sich auf alle Arten von Schäden, ob diese nun materieller oder immaterieller Natur seien (Urk. 37 S. 593). Die von der Beklagten favorisierte Methode des "Dividendenvergleichs" für die Ermittlung des ersatzpflichtigen Schadens beruht nach Lambert Matray darauf, dass die den Gläubigern zustehende Dividende im Zeitpunkt A, als der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, mit derjenigen verglichen wird, auf die sie im Konkursverfahren zum Zeitpunkt B Anspruch haben (vgl. Urk. 86/22, 86/23). Diese Methode ist also auf den Fall zugeschnitten, wo der schadenersatzpflichtige Dritte durch sein Verhalten den Zeitpunkt der Konkurseröffnung hinausgeschoben hat und die Gläubiger eine tiefere Dividende erhalten, weil sich die finanzielle La-

- 40 - ge des Gemeinschuldners in der Zwischenzeit weiter verschlechterte. Im vorliegenden Verfahren wird aber der B._____ nicht vorgeworfen, durch ihr Fehlverhalten den Konkurs der A._____ hinausgeschoben zu haben. Auch ein Dividendenvergleich würde jedoch bedingen, dass die Vermögenssituation der A._____ ohne Vertragsverletzung seitens der B._____ und nach der Vertragsverletzung gegenübergestellt würde. Im Urteil des Parallelverfahrens vom 8. November 2012 hatte das Obergericht argumentiert, das Appellationsgericht Brüssel habe in seinem Urteil vom 27. Januar 2011 ausgeführt, dass die geschädigte Partei in den Zustand zurückversetzt werde, in dem sie geblieben wäre, wenn der den Schaden verursachende Sachverhalt, meist ein schuldhaftes Verhalten, nicht eingetreten wäre. Der Schaden entspreche dem Betrag, der notwendig sei, um A._____ in ihren vorhe rigen Stand zurückzusetzen, d.h. in eine Situation, die der entspreche, in der sie sich ohne Konkursantrag befände. Auch daraus gehe hervor – so die Erwägungen des Obergerichts –, dass die Schadensermittlung die Gegenüberstellung von Vermögenssituationen bedinge und nicht in der Auflistung von angeblich konkursbedingten zusätzlichen Passiven bestehe, wie das Appellationsgericht Brüssel in seinen nachfolgenden Erwägungen suggeriere und letztlich in Disp. Ziff. 7 lit. b seines Urteils zum Ausdruck bringe. An diese Rechtsauffassung sei der Kollokationsrichter nicht gebunden. Im vom Appellationsgericht zitierten Entscheid des Kassationshofes Cass. 5. Dez. 1997 (C96.0306F "Arrêt SEPP") sei es um die Aktivlegitimation des Konkursverwalters gegangen. Der Kassationshof habe ausdrücklich festgehalten, dass er nur die Nettovermögenssituation des Konkursintenden, also die Differenz zwischen Aktiven und Passiven, und die Auswirkungen des schuldhaften Verhaltens eines Dritten darauf zu beurteilen gehabt habe. Der Schadensbegriff, wie ihn das Appellationsgericht verwende, ergebe sich (auch) nicht aus dieser Kassationsentscheid (Urk. 112/1 S. 42). Im Berufungsverfahren hält die Klägerin unter Hinweis auf die Ausführungen im Entscheid des belgischen Kassationshofes vom 4. Dezember 2014, mit dem die Beschwerden gegen das Urteil des Appellationsgerichts Brüssel vom 27. Januar 2011 abgewiesen wurden, fest, dass der Schaden gleichzusetzen sei

- 41 - mit der Summe, welche notwendig wäre, um A._____ in ihren ursprünglichen Zustand zu versetzen, d.h. in die Situation, welche identisch gewesen wäre mit jener, wenn nicht der Konkurs über sie eröffnet worden wäre. Jeder Konkurs verursache einen Diskontinuitätsschaden in Höhe der Forderungen, welche durch den plötzlichen Eintritt des Konkurses hervorgerufen würden. Die Schulden, welche den Diskontinuitätsschaden des Konkurses darstellten, hätten den Effekt, dass die Passiven stiegen, und dieses Passiv stelle einen Schaden dar. Der Schaden betrage mindestens CHF 1'205'274'340.40. Die von der Beklagten vertretene Differenztheorie hätten die belgischen Gerichte verworfen (Urk. 166 S. 122 ff., 135 ff.). Den Schaden mit den Forderungen gleichzusetzen, welche durch den

Konkurs hervorgerufen wurden, widerspricht der Theorie, wonach der Betrag zu ermitteln ist, um A. _____ in ihren vorherigen Stand zurückzusetzen, d.h. in die Situation, in der sie sich ohne Konkursantrag befände. Um diese Rechnung vornehmen zu können, müsste zunächst der mutmassliche Vermögensstand ohne Konkursöffnung ermittelt werden und danach der Vermögensstand nach durchgeführtem Konkurs. Ob es nach belgischem Recht genügt, als Schaden den Bestand der Forderungen nachzuweisen, welche auf die Konkursöffnung zurückzuführen sind, kann indessen dahingestellt bleiben, da der Kausalzusammenhang (nachfolgend lit. g) als weitere Haftungsvoraussetzung nicht gegeben ist. g) aa) Die Vorinstanz hat geprüft, ob zwischen der Verletzung des E. _____ Agreement und dem "Konkursschaden" der nach belgischem Recht erforderliche Kausalzusammenhang gegeben sei (Urk. 167 S. 76 ff.). Die Frage im Rahmen der hypothetischen Kausalität lautet nur, ob es auch zum Konkurs gekommen wäre, wenn die Beklagte die Verpflichtungen des E. _____ Agreement eingehalten hätte. Diese hätten Zahlungen von EUR 132 Mio. anlässlich der auf den 3. Oktober 2001 festgesetzten Zeichnung sowie von EUR 42 Mio. je per 2. April 2002, 1. Oktober 2002 und 2. April 2003 umfasst. Auch wenn davon auszugehen sei, dass die A. _____ aufgrund der vorangehenden Äusserungen M. _____s habe damit rechnen müssen, dass die vereinbarten Zahlungen des B1. _____-Konzerns nicht geleistet würden, so erscheine es doch fraglich, ob dies für den Entscheid auf

- 42 - Konkurs massgebend gewesen sei. Die entscheidende Frage im Rahmen der Äquivalenzprüfung sei, ob der Verwaltungsrat der A. _____ am 2. Oktober 2001 ebenfalls auf Stundung bzw. zu einem noch unbekanntem Zeitpunkt auf Konkurs entschieden hätte, wenn er mit der Zahlung von EUR 132 Mio. per 3. Oktober 2001 (und den späteren weiteren vertraglichen Zahlungen von total EUR 126 Mio. o., insgesamt EUR 258 Mio.) hätte rechnen können. Die Klägerin habe selber angeführt, es müsse bewiesen sein, dass ohne dieses "Verschulden" bzw. hier mit der entsprechenden Zahlung von einstweilen EUR 132 Mio. der Schaden nicht eingetreten oder zumindest nicht derart eingetreten wäre, wie er konkret eingetreten sei. Die Klägerin wäre also – würde die Nichtzahlung als verschuldet gewertet – beweispflichtig dafür, dass in diesem Fall nicht auf Stundung bzw. Konkurs entschieden worden wäre (Urk. 167 S. 79 f.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, A. _____ wäre zwar bei Erhalt des von der Beklagten vertraglich geschuldeten Beitrags allenfalls nicht am 7. November 2001, aber doch mit Sicherheit später mit den entsprechenden Schäden in Konkurs gegangen, weil der Weiterbestand des Flugbetriebs von A. _____ spätestens nach dem 11. September 2001 unverzichtbar auf eine massive Personalreduktion angewiesen gewesen sei. Die Nachfolgerin der N. _____ [N. _____] namens O1. _____ bzw. O2. _____ SA/NV sei in zwischen offenbar zu 45 % von der P. _____ übernommen worden mit der Möglichkeit, die restlichen 55 % nach Sicherung der Flugrechte ab 2011 mittels Option zu erwerben, habe also dank der durch den Personalabbau wesentlich verbesserten Kostenbasis überlebt. Die Unverzichtbarkeit dieser massiven Personalreduktion sei auch dadurch belegt, dass gemäss Entscheid des Handelsgerichts Brüssel vom 7. November 2001 kein Interessent A. _____ mit diesem – offensichtlich fürs erfolgreiche Überleben der Gesellschaft massiv überdotierten – Personalbestand habe übernehmen wollen, aber für die auf der Basis von N. _____ gefundene Lösung dennoch bereits am 7. November 2001 oder noch früher Investoren mit Beiträgen bereitgestanden hätten, welche den vom B1. _____-Konzern geschuldeten vergleichbar seien. Wirtschaftlich betrachtet lasse sich sagen, dass die Entlassung von rund 5'000 Mitarbeitern der A. _____ und deren Abgeltung mit einem Sozialplan eigentlich die bestmögliche Subventionierung des nationalen Presti-

geunternehmens "belgische Fluggesellschaft" gewesen sei. Sie habe die Flugge-

- 43 - sellschaft von den "sozialen Passiven", nämlich den notorischen Streiks bei der A._____ sowie den nicht mehr benötigten Arbeitskräften, mit denen kein neuer Investor zu finden und somit auch kein Überleben möglich gewesen sei, befreit. Diese indirekte Subventionierung habe erst noch keiner Bewilligung der EU bedürft. In der Gesamtwürdigung müsse dies als der wahre und einzig massgebliche Grund für den Konkurs der A._____ gewertet werden. Die Nichtzahlung der Beklagten stelle unter den angeführten Umständen jedenfalls keine notwendige Ursache im Sinne des belgischen Kausalitätsbegriffs dar (Urk. 167 S. 98 f.). bb) Die Klägerin nimmt in ihrer Berufungsbegründung ausführlich Stellung zur Kausalitätsfrage (Urk. 166 S. 139-181). Sie verweist zunächst auf das Urteil des Appellationsgerichts Brüssel vom 27. Januar 2011, in dem entschieden worden sei, dass B._____ und C._____ durch die Nichterfüllung der Vereinbarung vom 2. August 2001 direkt für den Konkurs von A._____ verantwortlich seien (Urk. 166 S. 139). Weiter gehe aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013 in Sachen B._____ ca. Q._____ et al. hervor, dass B._____ für die Sanierung der A._____ verantwortlich gewesen sei und sowohl die Januarverträge 2001 als auch das E._____ Agreement eine solche Sanierung, welche durchaus realistisch und möglich gewesen sei, vorgesehen hätten. Die mit dem Verantwortlichkeitsprozess wegen der sog. A._____ -Zahlung befassten Zürcher Gerichte seien offensichtlich der Auffassung, dass B._____ die Sanierung nicht nur haben vornehmen wollen, sondern auch müssen. Aus diesem Grund seien die erwähnten Verträge geschlossen worden. Die Nichterfüllung dieser Verträge habe somit nur zum Konkurs von A._____ führen können (Urk. 166 S. 80 f., 140). Es sei nicht nur um die EUR 132 Mio. gegangen, welche A._____ am 2. Oktober 2001 von C._____/B._____ hätte erhalten sollen, sondern auch um den Betrag von EUR 88 Mio. seitens des belgischen Staates. Dieser habe aufgrund der europäischen Gesetzgebung keine Aktien zeichnen können ohne gleichzeitige Zeichnung durch C._____/B._____. Es sei nicht entscheidend zu wissen, ob A._____ zu einem unbekanntem Zeitpunkt in Konkurs gefallen wäre, sondern ob sie am 7. November 2001 in Konkurs gefallen wäre, wenn die Zahlungen am 3. Oktober 2001 erfolgt wären. Denn es gehe darum, den Kausalzusammenhang in concreto und in der Annahme, dass im Übrigen alle sonstigen

- 44 - Bedingungen unverändert blieben, zu analysieren. Wenn man die Frage des Kausalzusammenhangs also nach der Theorie der Äquivalenz der Bedingungen analysieren wolle, müsse man eruieren, ob A._____ das Nachlassstundungsgesuch vom 3. Oktober 2001 und den Konkurs vom 7. November 2001 hätte verhindern können, oder – alternativ – beweisen, dass keinerlei Gewissheit bestehe, dass über A._____ an diesem Datum aus einem andern Grund der Konkurs eröffnet worden wäre. Die Beklagte müsste beweisen, dass das Nachlassstundungsgesuch und der Konkurs von A._____ mit den ihr vorgeworfenen Vertragsverletzungen nichts zu tun gehabt habe (Urk. 166 S. 147 f.). Die Argumentation der Beklagten sei widersprüchlich, wenn einerseits geltend gemacht werde, A._____ wäre auf jeden Fall in Konkurs gefallen, auch wenn sie am 2. Oktober 2001 EUR 220 Mio. erhalten hätte, und andererseits die These vertreten werde, A._____ habe in Wahrheit über genügend Mittel verfügt, um ihre Aktivitäten ohne D._____ -Zahlungen weiterzuführen, weshalb die Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtungen vom 2. Oktober 2001 nicht die Ursache des Konkurses gewesen sei. Der Ausfall der EUR 220 Mio. habe zur direkten Folge gehabt, dass A._____ in den Konkurs gefallen sei. Gemäss belgischem Recht sei die Beklagte daher notwendigerweise für den ganzen dadurch entstandenen

Schaden haftbar. Denn es sei nicht von Bedeutung, ob auch andere Ursachen zum Konkurs beigetragen hätten (Urk. 166 S. 156 f.). Alle Parteien seien anlässlich der Unterzeichnung des Vertrags vom 2. August 2001 davon ausgegangen, dass A._____ langfristig überleben könne, wenn der Businessplan umgesetzt werden könne. Diese Umsetzung habe jedoch zusätzliche finanzielle Mittel und die Übernahme von neun L._____ -Flugzeugen verlangt. Unter diesen Umständen könne die Vorinstanz nicht unterstellen, A._____ wäre am 7. November 2001 auf jeden Fall in Konkurs gefallen. Das Appellationsgericht Brüssel habe klar festgehalten, dass nur hypothetische Szenarien nach belgischem Recht nicht genügen, um einen Kausalzusammenhang zu unterbrechen. Es sei daher unbehelflich, die hypothetische Situation der A._____ nach dem 7. November 2001 rekonstruieren zu wollen (Urk. 166 S. 176 ff.). Die Behauptung der Vorinstanz, die Ursache des Konkurses der A._____ lasse sich im Entscheid des belgischen Staates finden, welcher Arbeitsplätze habe reduzieren wollen, sei willkürlich, stütze sich auf kein aktenkundiges Element und wider-

- 45 - spreche den verfügbaren Beweisen. Überdies argumentiere die Vorinstanz völlig im Leeren, wenn sie ausführe, ein Arbeitskräfteabbau sei für Investoren unverzichtbar gewesen (Urk. 166 S. 175 f.). cc) Die Beklagte ist der Auffassung, beim Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2013 in Sachen B._____ ca. Q._____ et al. handle es sich um ein unzulässiges Novum; es sei aber für das vorliegende Verfahren ohnehin nicht relevant (Urk. 180 S. 32 f., 54). Es sei – so die Beklagte weiter – nicht ihr anzurechnen, dass der belgische Staat seine Zahlung von EUR 88 Mio. nicht geleistet habe. Es sei nicht entscheidend, ob über A._____ exakt am 7. November 2001 der Konkurs eröffnet worden wäre, wenn die Zahlung von EUR 132 Mio. erfolgt wäre [sic]. An welchem Tag der Konkurs eröffnet werde, hänge von unzähligen Faktoren wie den involvierten Parteien oder den eröffnenden Behörden ab. So entscheide die Partei, welche das Gesuch um Nachlassstundung oder das Konkursbegehren stelle, über den genauen Zeitpunkt der Einreichung und die Behörde über den Zeitpunkt der Eröffnung. Entscheidend sei vorliegend, dass der Entscheid zum Konkurs bereits Mitte September 2001 gefallen sei und A._____ nur noch auf den richtigen Zeitpunkt gewartet habe, um die Stundung zu verlangen, welche der Vorbereitung des Konkurses gedient habe (Urk. 180 S. 57 f.). Die Beklagte habe keine widersprüchliche Argumentation zum Thema Kausalität vertreten, sondern lediglich zwei mögliche Argumentationen zum Kausalzusammenhang dargelegt. Es sei indes nicht an der Beklagten, diesen zu widerlegen, sondern an der Klägerin, ihn zu beweisen (Urk. 180 S. 60). Der Entscheid zur Stundung zwecks Vorbereitung des Konkurses sei bereits gefällt worden, bevor bekannt geworden sei, dass diese Zahlung ausbleiben werde. Folglich könne die Nichtleistung der Zahlung nicht kausal für den Konkurs sein (Urk. 180 S. 61 f., 68). Mit dem Abschluss des E._____ Agreement habe B._____ nicht anerkannt, dass A._____ überlebensfähig sei. A._____ sei nie rentabel, sondern stets auf externe Unterstützung angewiesen gewesen (Urk. 180 S. 66). dd) aaa) Nach belgischem Recht obliegt es der Klägerin, den Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem geltend gemachten Schaden zu beweisen. Dieser Zusammenhang setzt voraus, dass ohne die Vertragsverlet-

- 46 - zung sich der Schaden nicht so verwirklicht hätte, wie er sich verwirklicht hat (Entscheid des Kassationshofes vom 5. Juni 2008, C.07.0199.N). In diesem Sinne muss die Vertragsverletzung *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt sein. Die Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen aus dem E._____ Agreement muss daher den Konkurs

von A._____ herbeigeführt haben. Diese Grundsätze hat auch die Klägerin erkannt (Urk. 37 S. 596 ff.; Urk. 94 S. 116 f.). Allerdings kann nicht einfach argumentiert werden, wenn die belgische Justiz am

E. 7

November 2001 den Konkurs über A._____ verhängt habe, dann doch wohl deshalb, weil die Voraussetzungen dafür gegeben gewesen seien (so aber die Klägerin, Urk. 166 S. 159; Urk. 186 S. 4, 38). Vielmehr ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Konkursöffnung erfüllt waren, und in einem zweiten, ob sie ohne Vertragsverletzung nicht vorhanden gewesen wären. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des belgischen Konkursgesetzes vom 8. August 1997 befindet sich ein Kaufmann, der seine Zahlungen auf dauerhafte Weise eingestellt hat und dessen Kreditwürdigkeit beeinträchtigt ist, im Konkurs (so auch die Klägerin in Urk. 37 S. 599; Urk. 166 S. 148). Diese beiden Voraussetzungen sind eng miteinander verbunden. Insbesondere die Gesellschaft, welche ihre fälligen Schulden nicht bezahlen kann oder die Schulden nicht innert kurzer Frist begleichen kann, indem sie weder auf eigene Mittel noch auf einen Kredit zurückgreifen kann, ist konkursit. Das Gleiche gilt, wenn die Gläubiger es ablehnen, eine Nachfrist oder einen Schuldenerlass zu gewähren, und der Schuldner keinen neuen Kredit erhältlich machen kann. Geniesst der Schuldner aber nach wie vor das Vertrauen der Gläubiger oder eines wesentlichen Teils derselben, so dass der Schuldner seine Kreditwürdigkeit bewahrt, befindet er sich nicht im Konkurs (vgl. Entscheide des Kassationshofes vom 14. Januar 2005, C.03.0468.N, und vom 6. März 2003, C.01.0598.F). bbb) Die Beklagte hat vor Vorinstanz geltend gemacht, der belgische Staat und der Verwaltungsrat der A._____ hätten ohne gesetzlichen oder richterlichen Zwang darauf verzichtet, A._____ während der Nachlassstundung Mittel im Umfang von EUR 205 Mio. (EUR 125 Mio. aus dem Überbrückungskredit und mindestens EUR 80 Mio. aus dem Slots-Verkauf {Verkauf von Landerechten} an

- 47 - R._____) zukommen zu lassen. Wohl hätten diese Mittel das langfristige Überleben der A._____ nicht sichern können. Das Verhalten des A._____ - Verwaltungsrates und des belgischen Staates zeige jedoch, dass der belgische Staat bzw. die belgischen Mehrheitsaktionäre den Konkurs der A._____ bereits seit längerem geplant und entsprechend vorbereitet gehabt hätten. Der Wille zur Restrukturierung und Rettung der A._____ sei offensichtlich zu keinem Zeitpunkt während der Nachlassstundung vorhanden gewesen. Dies gehe auch aus der Konkursöffnungsverfügung des Handelsgerichts Brüssel hervor. Die Nachlassstundung sei demnach nur dazu genutzt worden, unter ihrem Deckmantel den Konkurs vorzubereiten. Ausserdem habe das Handelsgericht festgestellt, dass die Verwendung des von der EU-Kommission genehmigten Überbrückungskredits an A._____ für eine Zahlung an N._____ unzulässig gewesen sei. Das Handelsgericht sei zudem weder während der Nachlassstundung noch anlässlich der Konkursöffnung über das Angebot der R._____ zum Erwerb der ...-Slots informiert worden. Im Rahmen eines Bestätigungsentscheids vom 30. Juni 2003 betreffend die Vergleichsvereinbarung zwischen der N._____ und A._____ vom 9. Juli 2002 habe das Handelsgericht nämlich festgestellt, dass es am 7. November 2001 den Konkurs über A._____ nicht eröffnet hätte, wenn ihm das Angebot der R._____ bekannt gewesen wäre. Diese Tatsachen machten deutlich, dass der Konkurs der A._____ nicht durch ein Verhalten von B._____ oder C._____ oder deren Organe verursacht worden sei (Urk. 84 S. 152 ff.). Aufgrund der hohen Finanzmittel, über die A._____ im Oktober 2001 verfügt habe (EUR 80 Mio., EUR 125 Mio. und EUR 173

Mio.), hätte sie ihren Konkurs verhindern können (Urk. 111 S. 74). ccc) Die Klägerin hatte sich in der ergänzenden Klagebegründung zur Frage der Kausalität zwischen den Vertragsverletzungen und der Konkursöffnung auf das Urteil des Handelsgerichts vom 20. November 2003 berufen. Dieses habe festgestellt, dass die Vertragsbrüche von B._____ und C._____ im Zusammenhang mit den Vereinbarungen vom Januar und August 2001 unter den Umständen, unter denen der Konkurs zustande gekommen sei, zu diesem beigetragen hätten (Urk. 37 S. 602 f.). Die Januarverträge hätten der A._____ ermöglichen sollen, ihre Liquiditätsbedürfnisse zu decken, welche von allen Parteien für das Jahr 2001 auf EUR 519 Mio. und für das Jahr 2002 auf EUR 216 Mio. geschätzt

- 48 - worden seien. Der Vertrag vom 2. August 2001 habe keinen andern Zweck gehabt. Er sei jedoch einer anderen Philosophie, nämlich derjenigen des kontrollierten Ausstiegs, gefolgt. Alle Beteiligten seien sich darüber einig gewesen, dass eine Kapitalerhöhung von EUR 430 Mio. genügen sollte, um der A._____ die Weiterführung der Geschäfte zu ermöglichen. Überdies sei vorgesehen gewesen, dass ihr im Rahmen der Übernahme der neun L._____ -Flugzeuge durch B._____/ C._____ Gelder zufließen und Einsparungen entstehen sollten, was zusammen ihre Liquiditätsbedürfnisse um rund USD 45 Mio. spürbar entlastet hätte. Die Verpflichtung, neue finanzielle Mittel in die A._____ einzuschiessen, habe dazu dienen sollen, deren Konkurs zu verhindern. Es sei also völlig unbehelflich, wenn die Beklagte den Einzelrichter glauben machen wolle, der Konkurs der A._____ stehe nach belgischem Recht nicht in einem kausalen Verhältnis zu der schuldhaften Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen von B._____/C._____. Denn fraglos hätte A._____ den Gang zum Nachlassrichter und in den Konkurs nicht machen müssen, wenn die Beklagte und C._____ ihre Verpflichtungen eingehalten hätten. Auch das Tribunal de Commerce von Brüssel habe in seinem Urteil vom 30. Juni 2003 festgehalten, dass es den Konkurs nicht eröffnet hätte, wenn es gewusst hätte, dass A._____ sich zusätzliche EUR 80 Mio. beschaffen könnte. Dies bedeute wohl nichts anderes, als dass das Handelsgericht erst recht den Konkurs über A._____ nicht eröffnet hätte, wenn A._____ ein viel höherer Betrag, nämlich EUR 258 Mio., von B._____/C._____ zugeflossen wäre (Urk. 37 S. 600 ff.). Ob auch andere Ursachen zum Entstehen des Schadens geführt haben, spiele nach belgischem Recht keine Rolle (Urk. 37 S. 604). Gemäss Klägerin kann die finanzielle Situation der A._____ Ende 2001 wie folgt zusammengefasst werden, und dies ohne einen einzigen Aktivenverkauf (Urk. 37 S. 605):

- 49 - Es sei somit – so die Klägerin – sehr unwahrscheinlich, dass die flüssigen Mittel am Ende des ersten Quartals 2002 negativ ausgefallen wären; A._____ hätte daher eine Übergangsphase bis zum Verkauf ihrer flugnahen Aktivitäten wie Handling oder Catering usw. überstanden (Urk. 37 S. 606). Die Klägerin bestätigte, dass sie am 17. Oktober 2001 vom belgischen Staat einen Überbrückungskredit von EUR 125 Mio. zugesprochen erhalten hatte (Urk. 38/XX/15). Dieser Kredit sei von der EU-Kommission bewilligt worden und hätte dazu dienen sollen, das operationelle Defizit während dieser kritischen Periode zu decken (Urk. 37 S. 544). Sie wies sodann auf die Kreditlinie hin, gemäss welcher A._____ im Oktober 2001 vom A1._____ (A1._____) bis EUR 173 Mio. hätte abrufen können. Das A1._____ habe A._____ im Laufe des Oktobers 2001 EUR 114 Mio. zur Verfügung gestellt und habe danach noch über Bankguthaben von ungefähr EUR 45 Mio. verfügt. Zudem habe das A1._____ per 9. November 2001 unbenutzte Kreditlinien von EUR 14 Mio. gehabt (Urk. 37 S. 545). Unbestritten ist weiter, dass R._____ für Landrechte EUR 80 Mio. offeriert hatte. Nach Darstellung der Beklagten lehnte A._____

dieses Angebot aber ab und übertrug die „Slots“ kostenlos an N._____ (Urk. 84 S. 151, 254; Urk. 94 S. 123 ff.). ddd) Aus der klägerischen Darstellung ergibt sich weder, dass A._____ vor der Konkurseröffnung ihre Zahlungen auf dauerhafte Weise eingestellt hatte, noch, dass ihre Kreditwürdigkeit beeinträchtigt war. Die Klägerin selbst verweist in ihrer Berufungsschrift auf das Urteil der Cour d'appel vom 27. Januar 2011, welche festgehalten habe, dass die fehlende Kreditwürdigkeit nicht belegt sei. Ganz im Gegenteil, gemäss der Cour d'appel habe A._____ gegebenenfalls auf die Hilfe von A1._____ zählen können, welches noch über genügend finanzielle Mittel verfügt habe (Urk. 166 S. 148). Das ist nach dem oben Ausgeführten richtig. Insgesamt hätte A._____ Kredite von EUR 298 Mio. erhältlich machen können. Hinzu kam das Angebot in der Höhe von EUR 80 Mio. von R._____ vom 5. November 2001 für den Erwerb von Landrechten (Urk. 85/147). Die Cour d'appel, auf deren Erwägungen sich die Klägerin vor Vorinstanz berief, bezeichnete dieses Angebot als unverbindlich; es hätten Verhandlungen geführt werden müssen, was jedoch angesichts der dramatischen Entwicklung der Finanzlage von A._____, die schon kurz danach Konkurs angemeldet habe, nicht mehr möglich gewesen sei

- 50 - (Urk. 94 S. 124). Die Konkursanmeldung wäre aber vor dem Hintergrund der offenen Kreditlinien nicht notwendig gewesen. Es blieb unbestritten, dass A._____ auf das Angebot nicht einging und die Landrechte am 6. November 2001 auf N._____ übertrug. Richtig ist zwar, dass R._____ in ihrem Angebot die möglicherweise bevorstehende Konkurseröffnung über A._____ erwähnte. Dies ändert aber nichts daran, dass A._____ die Möglichkeit hatte, zusätzliche Mittel über EUR 80 Mio. erhältlich zu machen. Wenn die Cour d'appel schreibt, die Inanspruchnahme der Kredite hätte die Verschuldung von A._____ verschlimmert, so ist dies zweifellos zutreffend (Urk. 94 S. 125). Dies ist aber kein Kriterium bei der Frage, ob über eine Gesellschaft der Konkurs zu eröffnen ist oder nicht, schliesst doch die Kreditwürdigkeit eine Konkurseröffnung gerade aus. Offenbar wäre denn auch die Konkurseröffnung bei umfassender Kenntnis des Konkursgerichts über die finanziellen Verhältnisse nicht bewilligt worden (Urk. 85/150 Ziff. 2 a.E.). Dann fehlt es aber auch am Kausalzusammenhang zwischen der von der Beklagten begangenen Vertragsverletzung und dem geltend gemachten Schaden. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob der Konkurs von A._____ schon vor Oktober 2001 beschlossene Sache war und ob die Gesellschaft langfristig ohnehin nicht überlebensfähig war (Urk. 167 S. 89 und 98). Irrelevant ist ferner in diesem Zusammenhang, ob B._____ für die Sanierung der A._____ verantwortlich gewesen ist oder nicht (vorangegangene lit. bb). Da kein Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und der Konkurseröffnung besteht, braucht nicht geprüft zu werden, ob der unter V/A/4/f erörterte Schaden für die Beklagte nach Art. 1150 CC voraussehbar war bzw. ob bei der Nichterfüllung des Vertrags eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 1151 CC vorlag (Urk. 37 S. 594 f., 603 f.; Urk. 166 S. 113 ff.). h) aa) Das E._____ Agreement verpflichtete B._____ in Section 5 zur Übernahme von neun L._____ -Flugzeugen des Typs ... aus dem Kaufvertrag vom 12. März 1998 (Urk. 38/X/24 S. 6 ff.). Es handelte sich dabei unbestrittenermassen um die Flugzeuge Nr. ... (L3._____, Auslieferungstermin Dezember 2001) und Nr. ...-... (Auslieferungszeitraum Januar 2002 bis Januar 2003; Urk. 37 S. 484 f.). In diesem Zusammenhang anerkannte die Vorinstanz einen Schadenersatzanspruch der Klägerin im Umfang von CHF 28'684'927.- und liess diesen Betrag zur

- 51 - Kollokation zu (Urk. 167 S. 59 ff.). Die Klägerin hatte darüber hinaus Schadenersatz in der Höhe von CHF 14'068'810.- (CHF 41'788'044.- abzüglich CHF 27'719'234.-)

betreffend Mittelstreckenflugzeuge und CHF 57'813'581.– betref- fend Langstreckenflugzeuge geltend gemacht, weil L._____ (nachfolgend „L._____“) die Kaufverträge für weitere Flugzeuge aufgehoben habe, für welche A._____ bereits Vorschusszahlungen (PDP) und Zahlungen für Buyers Furnished Equipments (BFE) geleistet habe (Urk. 37 S. 526 ff., 610). Die Vorinstanz lehnte diese weiteren Ansprüche mit der Begründung ab, die von L._____ einbehaltenen Vorauszahlungen ausserhalb der neun Maschinen könnten mangels entspre- chender vertraglicher Verpflichtung der Beklagten, mangels Vorwerfbarkeit und mangels Kausalzusammenhang nicht zugesprochen werden (Urk. 167 S. 73). bb) Im Berufungsverfahren macht die Klägerin geltend, anhand von erstin- stanzlich ins Recht gelegten Dokumenten sei erstellt, dass die Auflösung der Kaufverträge durch L._____ engstens mit der Entscheidung der Beklagten zu- sammenhänge, die Verpflichtungen aus dem E._____ Agreement nicht zu erfül- len. Aus Urk. 38/X/28 ergebe sich dies klar. Die Vertragsauflösung durch L._____ sei zwar kurz vor Eintritt der Nachlassstundung und nicht erst im Moment der Konkureröffnung über A._____ erfolgt. Dies ändere aber nichts am direkten Zu- sammenhang und daran, dass die erwähnte Weigerung der Beklagten offenkun- dig die Ursache für die Vertragsauflösung durch L._____ gewesen sei. Der Scha- den, den A._____ durch die Vertragsauflösung erlitten habe, falle somit unter den Begriff des passif de discontinuité, wie er durch die belgische Rechtsprechung de- finiert sei. In Anbetracht dieser Definition und der Verbindung, welche das belgi- sche Recht zwischen der Vertragsverletzung der Beklagten und dem passif de discontinuité der A._____ herstelle, hätte der Vorderrichter Anlass gehabt, die Beklagte für den Schaden aus der Auflösung der beiden Kaufverträge betreffend Lang- und Mittelstreckenmaschinen durch L._____ haftbar zu erklären. Bezüglich des Quantitativs verweist die Klägerin auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz (Urk. 37 S. 523-530; Urk. 94 Rz 450-454) und beziffert die bezahlten und von der Vo- rinstanz nicht zugesprochenen PDP und BFE bei den Mittelstreckenflugzeugen auf CHF 13'103'117.–, bei den Langstreckenflugzeugen auf CHF 57'813'581.– (Urk. 166 S. 134 f.).

- 52 - Die Beklagte hält dem unter zahlreichen Hinweisen auf ihre vorinstanzlichen Ausführungen entgegen, der geltend gemachte weitere Konkurschaden sei we- der genügend substantiiert noch sei er eingetreten. Er würde auf keiner Vertrags- verletzung beruhen, d.h. der Kausalzusammenhang würde fehlen. Der Ersatz ei- nes solchen Schadens wäre mangels vertraglicher Grundlage im E._____ Ag- reement ohnehin nicht geschuldet. L._____ habe den Kaufvertrag wegen Zah- lungsverzug von A._____ betreffend PDP aufgelöst (Urk. 180 S. 52 f.). cc) Den Ausführungen der Klägerin vor Vorinstanz (Urk. 37 S. 523-525) lässt sich entnehmen, dass neben den Zahlungen für die neun vom E._____ Ag- reement erfassten Flugzeuge Vorschusszahlungen für die Maschinen Nr. ... und ...-... von L._____ nicht rückvergütet worden seien (Urk. 37 S. 523 Rz 17). Die Klägerin erwähnte in der Folge Vorauszahlungen und BFE für die Flugzeuge Nr. ..., ...-..., ..., „L4._____“ und das Flugzeug L5._____. Weiter behauptete die Klä- gerin, dass die Vertragsauflösung durch L._____ auch zum Verlust von zusätzli- chen USD 500'000.– geführt habe. Dieser Betrag sei mit fünf Optionen für zusätz- liche Flugzeuge verbunden gewesen, die gemäss Verwaltungsratsbeschluss von A._____ vom 17. November 1997 unterzeichnet worden seien. Mit diesen Ausfüh- rungen vermag die Klägerin keine zusätzliche Forderung über CHF 13'103'117.– zu substantiieren. Die Klägerin listet in den von ihr angeführten Fundstellen nir- gends auf, welche PDP und BFE für die zusätzlichen Flugzeuge an L._____ ge- leistet worden sein sollen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, solche Zahlungen aus irgendwelchen Klagebeilagen zu eruieren bzw. zu interpretieren.

Obwohl die Beklagte in der Klageantwort die mangelhafte Substantiierung des Schadens monierte (Urk. 84 S. 249), erfolgte eine solche auch nicht in der Replik (Urk. 94 S. 130 Rz 450-453). bbb) Zum Schaden, den A._____ aus der Auflösung des Kaufvertrags vom 23. Februar 2000 betreffend vier Langstreckenmaschinen ... geltend macht, führte die Klägerin vor Vorinstanz aus, A._____ habe im Januar 2001 zunächst eine Offerte von S._____ betreffend die Übernahme von zwei Flugzeugen angenommen, wobei S._____ von einer Einigung nichts mehr habe wissen wollen, kurz nachdem ihr die Annahmeerklärung zugegangen sei. Wegen Liquiditätsproble-

- 53 - men, namentlich wegen der Weigerung von B._____, die Januarverträge zu erfüllen, sei A._____ mit der Zahlung von gewissen PDP für die Maschinen ... und ... in Rückstand gewesen. Der Ausstand habe sich per 1. Juni 2001 auf USD 26'749'440.- belaufen. A._____ habe dann mit L._____ am 14. Juni 2001 ein Cancellation and Settlement Agreement geschlossen. Es sei vereinbart worden, dass die L1._____ und L2._____ an die Gesellschaft T._____ geliefert werden sollten. Wenn A._____ diese Vereinbarung und im Übrigen den Vertrag vom 23. Februar 2000 hätte einhalten können, hätte sie insgesamt PDP von USD 33'278'326.- zurückerhalten können. Da sie aber mangels Liquidität nicht vereinbarungsgemäss habe zahlen können, habe L._____ „auch“ den Vertrag vom 23. Februar 2000 aufgelöst. Diese Vertragsauflösung sei dem Verwaltungsrat von A._____ am 2. Oktober 2001 mitgeteilt worden. Gestützt auf Art. 20.4.4 des Vertrags vom 23. Februar 2000 habe L._____ alle von A._____ geleisteten PDP einbehalten. Zudem habe A._____ die BFE verloren (Urk. 37 S. 526 ff.). Die Beklagte machte in der Klageantwort geltend, die Streitigkeit betreffe A._____ und S._____, in welche B._____ nicht involviert sei. Ein Schaden sei schon deshalb zu verneinen, weil L._____ im Konkurs von A._____ nur eine Forderung von EUR 1.- angemeldet habe. Darüber hinaus substantiiere die Klägerin den angeblichen Schaden nicht. Die Klagebeilage 38/X/28 beziehe sich nicht auf den Vertrag vom 23. Februar 2000 (Urk. 84 S. 250). In der Replik hielt die Klägerin lediglich an ihrer Darstellung fest (Urk. 94 S. 131). Das Schreiben von L._____ vom 2. Oktober 2001 (Urk. 38/X/28) beziehe sich in der Tat einzig auf den Kaufvertrag vom 12. März 1998: „We refer to the ... Family Purchase Agreement between L._____ and A._____ dated March 12, 1998, as amended («the Agreement»), and in particular to our letter to you dated May 17, 2001, notifying you of your default under the Agreement, and to a subsequent letter to you dated June 11, 2001, which temporarily suspended the enforcement by L._____ of its rights arising from such default. Such suspension has expired, and the default has not been cured.“

- 54 - Der Parteivortrag der Klägerin ist nicht schlüssig. Sie legt weder ihre finanzielle Situation noch die angeblich offenen Zahlungsverpflichtungen von B._____ gegenüber A._____, beides per 1. Juni 2001, dar, damit geprüft werden könnte, ob ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten von B._____ und der angeblichen Auflösung des Vertrags vom 23. Februar 2000 durch L._____ besteht. Nachdem die Beklagte zu Recht moniert hatte, dass sich die Auflösung des Kaufvertrags vom 23. Februar 2000 nicht aus dem Schreiben von L._____ vom 2. Oktober 2001 ergebe, blieb die Klägerin jegliche Substantiierung der Vertragsauflösung schuldig. Nach belgischem Recht muss der Schuldner nur denjenigen Schaden ersetzen, der vorausgesehen wurde oder aufgrund des Vertrages vorausehbar war, vorausgesetzt die Verbindlichkeit blieb nicht wegen absichtlicher Täuschung seitens des Schuldners unerfüllt (vgl. Urk. 37 S. 594). Art. 1150 CC lautet wie folgt: „Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été

prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.“ Zu dieser Haftungsvoraussetzung äussert sich die Klägerin mit keinem Wort. Das gilt übrigens auch für die Forderung im Zusammenhang mit den Mittelstreckenflugzeugen. Sollte die Klägerin die angebl- chen Schäden aus den Flugzeugbestellungen als Konkurschäden auffassen, was ihre Ausführungen zum passif de discontinuité nahelegen, fehlt es wiederum am Kausalzusammenhang zwischen der von B._____ begangenen Vertragsver- letzung und der Konkursöffnung. ccc)
Zusammenfassend steht der Klägerin unter dem Titel „aufgelöste Flug- zeugkaufverträge“ kein weiterer Schadenersatz zu. Die Klägerin rügt zu Unrecht, die Vorinstanz hätte dazu ein Beweisverfahren durchführen müssen (Urk. 166 S. 68 ff.). Ein solches setzt zunächst gehörig substantiierte Behauptungen zum Sachverhalt voraus (§§ 113 und 133 ZPO/ZH). B. Verträge vom 22./25. Januar 2001 als Forderungsgrund 1. a) Am 22. Januar 2001 schlossen nach Darstellung der Klägerin in der vorinstanzlichen Klagebegründung B._____ – in eigenem Namen und im Namen ihrer Tochtergesellschaften –, der Staat Belgien und die I._____ S.A. eine Verein- barung betreffend die Rekapitalisierung der A._____. B._____ verpflichtete sich,

- 55 - an der nächsten Kapitalerhöhung von A._____ EUR 150 Mio. und der bel- gische Staat EUR 100 Mio. zu zeichnen (Urk. 37 S. 458). Am 25. Januar 2001 schlossen der belgische Staat, I._____ S.A., J._____ S.A. (J._____), K._____ S.A. (K._____), B._____ und C._____ eine Zusatzvereinbarung mit dem Titel "Supp- lementary Agreement und Amendment to the Share Transfer Agreement entered into on January, 2001". In diesem Vertrag habe B._____ ihre Verpflichtung wie- derholt, für die Deckung des Kapitalbedarfs von A._____ in der Höhe von EUR 419 [zu ergänzen: Mio.] mit Hilfe verschiedener Mittel aufzukommen. EUR 100 Mio. entfielen auf den belgischen Staat (Urk. 37 S. 465). Beide Verträge hätten die Ausgliederung bestimmter Geschäftsbereiche von A._____ vorgesehen und den Verkauf von 85 % des Aktienkapitals der mit der Ausgliederung verbundenen neuen Tochtergesellschaften an B._____ (Urk. 37 S. 467). Am 24. Januar 2001 hätten die gleichen Parteien das Share Transfer Agreement geschlossen, das die Erhöhung der Beteiligung von B._____ und C._____ am Aktienkapital von A._____ auf 85 % vorgesehen habe (Urk. 37 S. 462 f.). In der Folge hätten sich B._____ und C._____ – mit Ausnahme der Bezahlung von EUR 150 Mio. – ge- weigert, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen (Urk. 37 S. 467, 478 ff., 588). Der Abschluss des Vertrages vom 2. August 2001 habe die Verpflich- tungen von B._____ und C._____ aus den Januarverträgen nicht ipso facto dahinfal- len lassen. Vielmehr ergebe sich aus dem Vertrag vom 2. August 2001 klar, dass die Vereinbarungen vom Januar 2001 erst dahinfallen würden, wenn die im Au- gust 2001 eingegangenen finanziellen Verpflichtungen von B._____ und C._____ gehörig erfüllt wären. Eine gehörige Erfüllung dieser Verpflichtungen habe aber nie stattgefunden. Die Klägerin könne also ihre Forderungen auf Schadenersatz ex contractu auf beide Vertragswerke stützen (Urk. 37 S. 586). A._____ sei zwar bei den Januarverträgen nicht Vertragspartei gewesen, aber direkt Begünstigte, insoweit die Beklagte sich ausdrücklich verpflichtet habe, ihr die notwendige Li- quidität für die Fortführung ihrer Geschäfte zur Verfügung zu stellen (Urk. 37 S. 588). Der Konkurs der A._____ sei die direkte Folge der Nichterfüllung dieser Verträge gewesen. Die Folgen der fast sofortigen Einstellung der Aktivitäten der A._____ stellten einen unmittelbaren Schaden im Sinne von Art. 1151 CC dar (Urk. 37 S. 602). Mangels der Liquidität, die von B._____ und C._____ gestützt

- 56 - auf die Verträge vom 22./25. Januar 2001 hätte eingeschlossen werden sollen, habe A._____ ihrer Zahlungspflicht gegenüber den Lieferanten, insbesondere L._____, nicht nachkommen können (Urk. 37 S. 522). b) Aus diesen Ausführungen folgt ohne weiteres und entgegen der Auffassung der Beklagten, dass die Klägerin Forderungen auch aus der Verletzung der Januarverträge erhebt. Welches „vorinstanzliche Rechtsbegehren“ die Beklagte meint, wenn sie zur Untermauerung ihres Standpunkts eine „Forderung aus Agreement vom 2. August 2001, Ziff. 2.1., nicht erfolgte Liberierung, Schadenersatz infolge Vertragsverletzung, aus Art. 530 belg. Code des Sociétés, unerlaubter Handlung/faktischer Organschaft“ zitiert, ist mangels Belegstelle nicht nachvollziehbar (Urk. 180 S. 70 f.). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, stehen der Klägerin aber gestützt auf die Januarverträge keine weitergehenden Ansprüche gegen die Beklagte zu als die bereits kollozierten. 2. a) In der Berufungsbegründung macht die Klägerin geltend, A._____ habe von B._____ den Vorschuss des Verkaufspreises für die künftigen Filialen nicht erhalten, dessen Quantitativ der Liquidator selber auf EUR 233 Mio. geschätzt habe. Dieser Betrag müsse auf alle Fälle zusätzlich kolloziert werden (Urk. 166 S. 187). Vor Vorinstanz hatte die Klägerin diese Schadensposition nicht geltend gemacht. Im Kapitel H.3.2.4.3, auf welches die Klägerin in ihrer Berufungsschrift verweist, machte sie Ausführungen zum angeblich direkten Forderungsrecht von A._____ auf Erfüllung der Januarverträge, indem A._____ direkt Begünstigte gewesen sei. Erwähnt wird lediglich, dass „namentlich die Verpflichtung, bedingungslos den Kaufpreis für die künftigen Tochtergesellschaften der A._____ vorzuschüssen und allenfalls darüber hinaus weiteren Liquidationsbedarf der A._____ zu decken, als ‚stipulations pour autrui‘ im Sinne des Art. 1121 des Code Civil Belge qualifiziert werden müsse[n].“ Die genannten „stipulations“ seien von A._____ spätestens im Zeitpunkt ihrer Intervention im Rahmen des pendenten Verfahrens Etat Belge gegen B._____/C._____ im Juli 2001 angenommen worden. Alsdann könne A._____ nicht nur direkt von der Beklagten die Erfüllung der zugunsten von A._____ versprochenen Leistungen verlangen, sondern auch

- 57 - Schadenersatz wegen Nichterfüllung der von der Beklagten zugunsten von A._____ eingegangenen Verpflichtungen (Urk. 37 S. 588 ff.). Eine konkrete Forderung stellte die Klägerin nicht. Im Kapitel „Die Quantifizierung des Schadens zufolge der Vertragsverletzungen durch B._____/C._____“ wird die nunmehr geltend gemachte Schadensposition mit keinem Wort erwähnt (Urk. 37 S. 609 ff.). Das Begehren, es seien EUR 233 Mio. zusätzlich zu kollozieren, weil B._____ den Vorschuss des Kaufpreises für künftige Filialen nicht bezahlt habe, ist neu und daher unzulässig (Art. 317 ZPO). Ohnehin ergibt sich aber aus den von der Klägerin erwähnten vertraglichen Unterlagen kein solcher Betrag und die Klägerin begründet ihn einzig mit einer Schätzung des Liquidators in einem anderen Verfahren; die Beklagte rügt zu Recht die mangelhafte Substantiierung des Schadens (Urk. 180 S. 72). b) Als weitere Schadensposition erwähnt die Klägerin die Zahlungen zur Deckung der zusätzlichen Liquiditätsbedürfnisse auf der Grundlage der „best commercial efforts“. Es habe sich um mindestens EUR 258 Mio. gehandelt. Die Klägerin macht diesen Betrag aber „nicht ein zweites Mal geltend“, da der Liquidator der Beklagten diese Forderung bereits akzeptiert habe (Urk. 166 S. 186 f.). 3. Was zum fehlenden Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Konkursöffnung ausgeführt wurde (vorn V/A/4/g), gilt auch für die Januarverträge, ebenso bezüglich des angeblichen Schadens im Zusammenhang mit der Flugzeugbeschaffung (vorn V/A/4/h). Ein über die bereits kollozierte Forderung hinausgehender Anspruch der Klägerin ist zu verneinen. 4. Die Vorinstanz hat einen klägerischen Anspruch aus der Verletzung der

Januarverträge mit einer Haupt- und einer Eventualbegründung abgewiesen. In der Hauptbegründung macht sich die Vorinstanz die Ausführungen des Obergerichts im Urteil des Parallelverfahrens zu eigen, wonach das E._____ Agreement eine unzulässige Vertragsklausel für den Insolvenzfall enthalte, was zur Folge habe, dass die Vertragspflichten der Klägerin aus den Januarverträgen aufgehoben worden seien (Urk. 167 S. 101 ff.; dazu sogleich Ziff. 5). In der Eventualbegründung geht die Vorinstanz davon aus, dass die Leistungspflichten der Beklagten aus den Januarverträgen unmöglich geworden bzw. dahingefallen seien (Urk. 167

- 58 - S. 104 f.). In der Berufungsbegründung setzt sich die Klägerin nur mit der Hauptbegründung auseinander (Urk. 166 S. 181 ff., insb. 184 f.). Damit genügt sie den Begründungsanforderungen nicht (vorn Ziff. III/2/b), was wiederum bedeutet, dass die Eventualbegründung Bestand hat und der Klägerin aus den Januarverträgen keine Ansprüche zustehen. 5. a) Unter dem Titel "Cancellation of Certain Agreements and Settlement of Claims" halten die Vertragsparteien im Vertrag vom 2. August 2001 (Urk. 38/X/24; vgl. auch die Zusammenfassung des Vertragsinhalts durch die Beklagte in Urk. 84 S. 16 f.) u.a. fest, dass das Share Transfer Agreement und das Supplementary Agreement vom 25. Januar 2001 aufgehoben werden sollen (Art. 6.1) und keine Partei zusätzliche, nicht im Vertrag vom 2. August 2001 geregelte Verpflichtungen habe (Art. 6.4). Der Vertrag soll eine vollständige und endgültige Einigung im Sinne von Art. 2044 CC darstellen (Art. 6.6). Diese Bestimmungen sollen indes nur Gültigkeit erlangen, wenn C._____ oder B._____ anfangs Oktober 2001 Aktien bzw. Partizipationsscheine der A._____ gemäss Vereinbarung zeichnen und liberieren würden. Würde diese Bedingung nicht erfüllt, nähmen der belgische Staat, die Public Institutions (I._____ S.A., J._____ S.A., K._____ S.A.) und A._____ die Verfahren am Handelsgericht in Brüssel wieder auf (Art. 6.7). b) Die Beklagte hat vor Vorinstanz geltend gemacht, wenn der Haftungsausschluss gemäss Art. 6.1 bis 6.6 des E._____ Agreement aufgrund von Art. 6.7 entfalle, käme man zum verbotenen Resultat einer Schaffung eines konkursrechtlichen Vorrechts. Bei Art. 6.7 handle es sich um eine Vertragsklausel für den Insolvenzfall, die bezwecke, A._____ die Möglichkeit einer höheren Dividende zu verschaffen. Als der Vertrag im August 2001 abgeschlossen worden sei, hätten sich B._____ und C._____ schon in einer kritischen finanziellen Lage befunden, was A._____ und die belgischen Aktionäre gewusst hätten. Art. 6.7 habe somit direkt auf den Fall eines Konkurses von B._____ bzw. C._____ abgezielt. Eine solche Klausel verletze die Gläubigergleichbehandlung und sei daher als Gesetzesumgehung unzulässig (Urk. 84 S. 40 Rz 133). c) Die Klägerin geht mit der Beklagten davon aus, dass die B._____ mindestens seit anfangs 2001 überschuldet war, doch habe sie ihre Vertragspartner nicht

- 59 - über ihre Überschuldung informiert (Urk. 37 S. 449; Urk. 84 S. 125; Urk. 94 S. 110 f., 148 f., 181). Unbestritten ist, dass die schlechte finanzielle Lage der D._____ -Gruppe bereits im ersten Halbjahr 2001 insbesondere auch in der belgischen Presse Thema war und auch die Frage eines Konkurses der schweizerischen Aktionärin von A._____ aufgeworfen wurde (Urk. 84 S. 130 f.; Urk. 94 S. 181; Urk. 166 S. 119). Die schlechte finanzielle Lage der D._____ -Gruppe konnte A._____ nicht verborgen geblieben sein, da Verwaltungsratsmitglieder bei A._____ auch im Verwaltungsrat von B._____ sassen (Urk. 37 S. 88 ff.). Die Klägerin hat sich zum Vorbringen der Beklagten, es handle sich bei Art. 6.7 um eine unzulässige Vertragsklausel für den Insolvenzfall, mit der bezweckt worden sei, A._____ eine höhere Dividende zu verschaffen, nicht geäußert. Eine substantiierte

Bestreitung dieser Darstellung liegt nicht vor. In der Replik hat die Klägerin lediglich auf das Rechtsgutachten von Prof. U._____ vom 15. Juni 2012 und ihre Ausführungen in Kapitel D.5 der Replik verwiesen (Urk. 94 S. 157). Gemäss § 113 Satz 2 ZPO/ZH haben die Parteien ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Mit einem pauschalen Verweis auf ein Gutachten genügt die Klägerin dieser Vorschrift nicht. Das Gutachten befasst sich aber ohnehin nicht mit der Frage, ob es sich bei Art. 6.7 um eine Vertragsklausel für den Insolvenzfall handelt. Gleiches gilt für das Kapitel D.5 der Replik (Urk. 94 S. 100 ff.). Die Bestreitung in der Berufungsschrift ist neu und unzulässig (Urk. 166 S. 184; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Mangels (rechtzeitiger) substantiierter Bestreitung ist somit davon auszugehen, dass es sich bei Art. 6.7 um eine Vertragsklausel für den Insolvenzfall handelt (vgl. ZR 89 [1990] Nr. 50). Deren Zulässigkeit ist zu prüfen. d) aa) Abreden, welche Bestand und Umfang der Vertragsleistungen regeln, können indirekt die Privilegienordnung nach Art. 219 SchKG verletzen. Dies ist dem Grundsatz nach dann der Fall, wenn Forderungen begründet werden, welche ohne Insolvenz entweder gar nicht oder nicht in diesem Umfang bestehen würden. In diesen Fällen liegt eine Umgehung von Art. 219 SchKG vor (BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 53; BLSchK 1952 S. 88 f.). Klauseln über Mehrleistungen an die solvente Partei sind unzulässig (Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom April 2005,

- 60 - S. 9 Fn 31; Isaak Meier, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, ZSR 1996 I S. 302 f.; Reutter, Vertragliche Vereinbarungen im Hinblick auf den Konkursfall, in: Urhebervertragsrecht, Hrsg. Streuli-Youssef, Zürich 2006, S. 444). Der Umstand, dass eine Klausel nicht nur die Insolvenz, sondern auch andere Fälle, z.B. Verzug oder Schlechterfüllung, erfasst, bedeutet nicht, dass die Klausel zulässig ist (Lorandi, a.a.O.; BGE 41 III 136). Zulässig sind Abreden, welche keine Gesetzesumgehung darstellen. Nach Lorandi (a.a.O., N 54) soll dies etwa dann der Fall sein, wenn sich alternative vertragliche Anknüpfungen (wie z.B. Verzug oder Schlechterfüllung) schon vor der Insolvenz verwirklicht haben, so dass die vertraglichen Folgen schon dadurch (und nicht erst zufolge Insolvenz) ausgelöst werden. Staehelin ist demgegenüber der Auffassung, dass Konventionalstrafen für den Konkursfall unzulässig seien, und zwar auch dann, wenn die Konventionalstrafe bereits vor der Konkursöffnung fällig wurde, sofern der Grund für die Nichterfüllung der Hauptforderung die Zahlungsunfähigkeit des nachmaligen Konkursiten war (Staehelin, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004 S. 378). Meier hält dafür, dass Rechtsgeschäfte, die ausschliesslich oder in erster Linie auf die Regelung der Rechtslage nach Konkurs oder Pfändung einer Partei abzielen, grundsätzlich ungültig seien. Dies sei der Fall, wenn damit der Vertragspartner des Schuldners im Vergleich zur Rechtslage ohne diese Vereinbarung besser gestellt werden solle, z.B. durch Anerkennung einer bestrittenen Forderung in voller Höhe für den Fall der Konkursöffnung (a.a.O., S. 310). Abreden, welche Art. 219 f. SchKG verletzen bzw. eine Gesetzesumgehung darstellen, sind vollstreckungsrechtlich unbeachtlich (Lorandi, a.a.O., N 56). Diese Grundsätze gelten auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Staehelin, a.a.O., S. 379). bb) Die Januarverträge hatten nach klägerischer Darstellung den Zweck, die Liquiditätsbedürfnisse der A._____ zu decken. Sie sahen eine Kapitalerhöhung bei der A._____ um EUR 250 Mio., die Übernahme der flughnahen Betriebe der A._____ und den Einschuss von weiteren Liquiditäten im Rahmen der Bedürfnisse der A._____ vor (Urk. 37 S. 457). Der Vertrag vom 2. August 2001 habe zum Ziel gehabt, A._____ zu erlauben, ihre Aktivitäten

weiterzuführen, ohne dass an der Integration der A. _____ in der schweizerischen Gruppe festgehalten worden

- 61 - sei. Die Aktionäre sollten eine zusätzliche Finanzierung von EUR 430 Mio. vornehmen und es sollten neun L. _____-Flugzeuge von [zur Klarstellung: durch] C. _____/ B. _____ übernommen werden (Urk. 94 S. 25). Im Februar 2001 hatte B. _____ EUR 150 Mio. an A. _____ bezahlt (Urk. 37 S. 467, 475; Urk. 84 S. 9 f.). Die Klage vom 3. Juli 2001 zielte – so die Klägerin – im Wesentlichen darauf ab, B. _____ und C. _____ gerichtlich zu verpflichten, A. _____ in Erfüllung der Januar- verträge einen Betrag von EUR 529 Mio. zur Verfügung zu stellen (Urk. 37 S. 504). Vor diesem Hintergrund stellt die Vertragsklausel in Art. 6.7 entgegen der klägerischen Auffassung (Urk. 166 S. 184) eine bedeutende Besserstellung der Klägerin für den Insolvenzfall dar, denn aufgrund des E. _____ Agreement schul- dete B. _____ lediglich noch EUR 258 Mio., sollte neun L. _____ des Typs ... übernehmen und war auch die Geltendmachung von Ansprüchen gegen B. _____ und C. _____ für Handlungen vor dem 2. August 2001 ausgeschlossen (Urk. 37 S. 481, 491). Richtig an der klägerischen Argumentation ist einzig, dass das E. _____ Agreement die finanzielle Last von C. _____/B. _____ gegenüber den Januarver- trägen verringerte. Die Voraussetzungen für das Inkrafttreten von Art. 6.7 waren bereits erfüllt, als B. _____ bzw. C. _____ anfangs Oktober ihrer Zeichnungs- und Liberierungspflicht nicht nachkamen, d.h. also bevor B. _____ die Nachlassstun- dung bewilligt wurde. Dennoch ist eine Gesetzesumgehung zu bejahen, weil of- fensichtlicher Grund für den Verzug die Zahlungsunfähigkeit von B. _____ und C. _____ war und A. _____ – wie auch der belgische Staat – bereits im Mai 2001 erfahren hatten, dass A. _____ keine weiteren Mittel zur Verfügung gestellt wer- den könnten (Urk. 37 S. 477 f.; Urk. 38/X/14 und 38/X/15). B. _____ und C. _____ teilten denn auch am 1. Oktober 2001 dem belgischen Staat mit, dass sie am nächsten Tag ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen müssten und die am 3. Oktober 2001 vorgesehene Kapitalerhöhung nicht zeichnen könnten (Urk. 37 S. 496) – effektiv datiert das Gesuch um Nachlassstundung vom 4. Oktober 2001 (Urk. 37 S. 500; Urk. 84 S. 25; Urk. 85/3). Art. 6.7 des E. _____ Agreement kann daher im Nachlassverfahren keine Gültigkeit beanspruchen. Das führt dazu, dass der Klägerin auch aus diesem Grund keine Schadenersatz- und anderen Ansprü- che aus den Januarverträgen gegen die Beklagte zustehen. C. Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit

- 62 - 1. Nach Auffassung der Klägerin haften B. _____ und C. _____ gestützt auf Art. 530 des belgischen Code des Sociétés (CdS), wonach jeder Verwaltungsrat und ehemalige Verwaltungsrat sowie jede Person, welche faktisch die Machtbe- fugnis hatte, die Gesellschaft zu führen, für Gesellschaftsschulden bis zur Höhe des Konkursausfalls haftbar gemacht werden kann, wenn eine Gesellschaft in Konkurs fällt und nicht über genügend Aktiven verfügt und zudem erstellt ist, dass ein schweres und qualifiziertes Verschulden im Rahmen der Geschäftsführung zum Konkurs beigetragen hat (Urk. 37 S. 619 f.). B. _____ und C. _____ hätten ih- re eigenen Arbeitnehmer in die leitenden Funktionen von A. _____ delegiert. Diese Personen hätten auf Instruktion von B. _____ und C. _____ gehandelt, welche die faktische Kontrolle über A. _____ ausgeübt hätten. B. _____ habe (nur) deshalb die faktische Kontrolle über A. _____ ausüben können, weil C. _____ eine Beteili- gung an A. _____ erworben gehabt habe. Nur gemeinsam mit C. _____ sei B. _____ in der Lage gewesen, die Geschäftsführung von A. _____ zu beeinflus- sen. Die B. _____-Gesellschaften hätten ihre faktische Herrschaft über A. _____ ausgenützt, um ausschliesslich Konzerninteressen zu wahren, wobei sie in be- sonders schwerwiegender Weise die

Eigeninteressen von A._____ vernachlässigt hätten. So sei die Flottenerneuerung A._____ aufgezwungen und ausschliesslich durch Konzerninteressen bestimmt worden. Substanz sei von A._____ zu den Gesellschaften von B._____ (insbesondere B2._____ und B3._____) transferiert worden. Weiter sei A._____ genötigt worden, übermässig defizitäre Verträge abzuschliessen, die nicht in ihrem Interesse gelegen, sondern einzig den Interessen des Konzerns gedient hätten. Dies habe in massgeblicher Weise dazu beigetragen, die finanzielle Lage von A._____ und ihre Bilanzsituation zu verschlechtern und den Konkurs zu beschleunigen (Urk. 37 S. 635 ff.). Den Ausfallschaden im Konkurs von A._____ bezifferte die Klägerin in der Replik auf höchstens EUR 1'757'270'978.-; von den durch die Gläubiger angemeldeten Passiven in der Höhe von total EUR 3'642'413'015.- seien bereits EUR 1'885'142'037.- definitiv abgewiesen worden (Urk. 94 S. 142). 2. Die Vorinstanz hat eine Haftung der Beklagten gestützt auf Art. 530 CdS verneint, weil die Haftungsbeschränkungsklausel in Art. 6.3 des E._____ Agreement einer solchen Haftung entgegenstehe und die Art. 6.1 bis 6.6 Bestand hätten

- 63 - ten (Urk. 167 S. 105 f.). Die Vorinstanz hat weiter im Sinne einer "Eventualbeurteilung" geprüft, ob die Klage gestützt auf Art. 530 CdS gutzuheissen sei (Urk. 167 S. 106 ff.). Sie bezeichnete die Beklagte als faktische Geschäftsführerin von A._____, liess aber die Frage offen, ob der Beklagten das erforderliche schwere und qualifizierte Verschulden vorgeworfen werden könne. Die Nichtzulassung der Anklage im belgischen Strafverfahren sei ein Indiz, welches gegen ein schweres und qualifiziertes Verschulden nach Art. 530 CdS spreche (Urk. 167 S. 119). Auch zum Schaden äusserte sich die Vorinstanz nicht abschliessend. Sie verneinte aber die Kausalität zwischen dem ungenügend substantiierten schwerwiegenden Verschulden der Beklagten und dem Konkurs. Einerseits seien die Substantiiierungen der Klägerin zu wenig konkret, als dass deren Beitrag zum Konkurs geprüft werden könnte. Andererseits mache die Beklagte zu Recht geltend, dass sich A._____ vor den doch mit über BEF 4 Mia. massiven Investitionen des B1._____ -Konzerns bereits in einem virtuellen Konkurs befunden habe, indem sie über einen Zeitraum von Jahrzehnten ausschliesslich Verluste geschrieben habe. Massgeblicher Grund für den Konkurs der Klägerin sei der für das Überleben des Flugbetriebes zwingend erforderliche Personalabbau gewesen. Die gerichtliche Nachlassstundung sei bereits im Mai 2001 – und damit vor Abschluss des E._____ Agreement – ins Auge gefasst worden. Das Vorbereiten eines solchen Plans B sei durchaus gute Unternehmensführung bei einer Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Im vorliegenden Zusammenhang sei es aber ein weiteres sehr starkes Indiz dafür, dass der Konkurs nicht die kausale Folge der Verletzung des erst am 2. August 2001 abgeschlossenen E._____ Agreement gewesen sei (Urk. 167 S. 118 ff.). 3. a) Die Klägerin bestreitet im Berufungsverfahren nicht, dass der Haftungsausschluss gemäss Art. 6.3 des E._____ Agreement ihrer auf Art. 530 CdS gestützten Forderung entgegenstehen würde, hält aber daran fest, dass Art. 6.3 nie in Kraft getreten sei (Urk. 166 S. 188 ff.). Da letzteres nicht zutrifft (vorn V/B/5), besteht keine Haftung der Beklagten gestützt auf Art. 530 CdS. b) Als Schaden zufolge der Haftung gestützt auf Art. 530 Abs. 1 CdS (wie auch gestützt auf Art. 55 ZGB und Art. 55 OR) macht die Klägerin den Ausfall-

- 64 - schaden, d.h. die fehlenden Aktiven im Konkurs von A._____ geltend (Urk. 166 S. 197 ff.). Indessen unterlässt es die Klägerin erneut, darzutun, dass die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung am 7. November 2001 erfüllt waren. Es kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden (V/A/4/g). Die Klägerin legt nicht dar, dass die von ihr behaupteten

Pflichtverletzungen seitens von B._____/C._____ zur Zahlungseinstellung und zum Verlust der Kreditwürdigkeit von A._____ geführt oder nur schon beigetragen haben. Eine blosser Bilanzverschlechterung als Folge fehlerhafter Führungsentscheidungen genügt nicht, um eine Haftung nach Art. 530 CdS zu begründen. In ihrer Berufungsschrift macht die Klägerin geltend, sie habe in ihren vorinstanzlichen Eingaben beantragt, durch Gutachten den jährlichen finanziellen Schaden zu eruieren, welchen sie konkret durch die Aushöhlungs- politik der Beklagten erlitten habe (Urk. 166 S. 202), ohne indessen dafür Belegstellen anzuführen bzw. diesen jährlichen finanziellen Schaden zu konkretisieren und zu substantiieren. Eine Forderung gestützt auf eine Organhaftung ist auch aus diesen Gründen zu verneinen. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die weiteren – von der Beklagten bestrittenen – Haftungsvoraussetzungen (faktische Geschäftsführung, schweres und qualifiziertes Verschulden) erfüllt wären. D. Die Klage ist daher insgesamt abzuweisen, soweit nicht das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen ist. VI. Die Kosten- und Entschädigungsregelung erfolgt nach Obsiegen und Untertiegen (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). 1. Die Vorinstanz ist von einem Streitwert von rund CHF 362,16 Mio. ausgegangen, entsprechend der mutmasslichen maximalen Nachlassdividende gemäss

E. 10

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 11

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 129'043'786.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 69 - Zürich, 10. August 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider Dr. M. Nietlispach versandt am: bz

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