Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
5A 358/2008
5A 473/2009

Urteil vom 3. August 2010
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichter L. Meyer, Marazzi, von Werdt, Herrmann,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
SAir Group in Nachlassliquidation,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Werder und Rechtsanwalt Claudio Kerber,
Beschwerdeführerin,

gegen

Nordea Bank Danmark A/S,
vertreten durch Rechtsanwalt Dieter Hofmann,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Paulianische Anfechtung,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. April 2008 und den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 2009.

Sachverhalt:

A.
Mit Vertrag vom 2./8. Juni 1999 gewährte die damalige Unibank A/S, nunmehr Nordea Bank Danmark A/S (nachfolgend Nordea), der SAirGroup (nachfolgend SAir) eine Kreditlinie von Fr. 100 Mio., die als einzelne Darlehen in verschiedenen Währungen oder zur Bestellung von Zahlungsgarantien in Anspruch genommen werden konnte (Credit Facility vom 2./8. Juni 1999).
SAir nahm die Kreditlinie per 28. Februar 2001 im Umfang von USD 60 Mio. in Anspruch (Currency Loan Establishment der Nordea vom 26. Februar; Confirmation Letter der SAir vom 27. Februar). Als Fälligkeitsdatum für die Rückzahlung dieses Darlehens wurde der 31. August 2001 festgelegt.
Nach Parteigesprächen am 20. Juni 2001 sprach Nordea am Folgetag gestützt auf ihre General Conditions for Loans and Credits for Commercial Purposes, die ein jederzeitiges 14-tägiges Kündigungsrecht und ein sofortiges Kündigungsrecht bei substantiell verschlechterter finanzieller Situation vorsah, die Kündigung des Darlehens auf den 27. Juni 2001 aus. Die Parteien kamen überein, dass der bis 31. August 2001 laufende Darlehensvertrag durch einen neuen Vertrag mit verkürzter Laufzeit vom 26. Februar bis 29. Juni 2001 ersetzt werde. Am 27. Juni stellte Nordea über das Darlehen eine Currency Loan Confirmation mit Fälligkeit zur Rückzahlung am 29. Juni aus, an welchem Datum SAir den Betrag von USD 61'191'000.98 (Kapital und Zinsen) überwies.
Auf Gesuch vom 4. Oktober 2001 hin wurde der SAir am Folgetag die provisorische Nachlassstundung bewilligt, welche später in eine definitive umgewandelt wurde. Am 20. Juni 2003 wurde der Nachlassvertrag mit

Vermögensabtretung vom 26. Juni 2002 gerichtlich bestätigt.

B.
Gestützt auf Art. 287 und 288 SchKG verlangte SAir mit Klage vom 17. November 2005 gegen Nordea die Zahlung von USD 61'191'000.98 nebst Zins zu 5% seit 14. Juni 2005, eventualiter die entsprechende Zahlung in Schweizer Franken.
Mit Urteil vom 22. April 2008 verneinte das Handelsgericht des Kantons Zürich sowohl den Tatbestand von Art. 287 SchKG als auch denjenigen von Art. 288 SchKG und wies die Klage ab.

C.
Gegen dieses Urteil hat SAir am 29. Mai 2008 eine Beschwerde in Zivilsachen eingereicht mit den Begehren um dessen Aufhebung und Verurteilung der Nordea zu USD 61'191'000.98 nebst Zins zu 5% seit 14. Juni 2005, eventualiter um Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht (Nr. 5A 358/2008).
Mit Präsidialverfügung vom 7. Juli 2008 wurde das Verfahren bis zum Entscheid über die Nichtigkeitsbeschwerde (dazu Lit. D) sistiert.

D.
Die vor Handelsgericht obsiegende Nordea hat ihrerseits am 2. Juni 2008 Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich erhoben mit Bezug auf die Erwägung im handelsgerichtlichen Urteil, dass die finanzielle Situation der SAir gerichtsnotorisch bereits Ende Juni 2001 äusserst angespannt war, so dass nicht alle Verbindlichkeiten im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Fälligkeit hätten getilgt werden können und durch die Rückzahlung des Darlehens das der Vollstreckung unterliegende Vermögen im Umfang von USD 61'191'000.98 vermindert wurde.
Mit Zirkulationsbeschluss vom 5. Juni 2009 hiess das Kassationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde gut und strich die betreffende Erwägung aus dem Urteil des Handelsgerichts.

E.
Am 10. Juli 2009 hat SAir eine die Eingabe vom 29. Mai 2008 ersetzende neue Beschwerde in Zivilsachen sowohl gegen das Urteil des Handelsgerichts als auch gegen den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts eingereicht mit den Begehren um deren Aufhebung und um Verurteilung der Nordea zu USD 61'191'000.98 nebst Zins zu 5% seit 14. Juni 2005, eventualiter um Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht (Nr. 5A 473/2009).
In ihrer Vernehmlassung vom 25. September 2009 verlangt Nordea die Abweisung der Beschwerde, eventualiter die Rückweisung der Sache an das Handelsgericht.

Erwägungen:

1.
Vorab sind verschiedene formelle Aspekte des Beschwerdeverfahrens zu klären.

1.1 Die Beschwerde in Zivilsachen steht bei paulianischen Anfechtungsklagen mit Fr. 30'000.– übersteigendem Streitwert grundsätzlich offen (Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Kassationsgericht des Kantons Zürich haben je einen Endentscheid gefällt (Art. 90 BGG). Das Handelsgericht fungiert grundsätzlich als einzige kantonale Sachinstanz (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG). Die Klagefrist wurde eingehalten (BGE 134 III 273), ebenso die Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 1 BGG), welche auch für das Urteil des Handelsgerichts erst mit der Eröffnung des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts zu laufen begonnen hat (Art. 100 Abs. 6 BGG). Die sich auf beide Entscheide beziehende Beschwerde in Zivilsachen vom 10. Juli 2009 ist mithin in jeder Hinsicht fristgerecht und die Beschwerdegegnerin konnte sich in ihrer Vernehmlassung vom 25. September 2009 dagegen umfassend zur Wehr setzen.

1.2 Im Unterschied zur Rechtsanwendung, welche das Bundesgericht frei überprüfen kann (Art. 106 Abs. 1 BGG), ist es grundsätzlich an die kantonalen Sachverhaltsfeststellungen gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Einzelne fehlende, aber für eine adäquate Rechtsanwendung spezifisch erforderliche Sachverhaltselemente können

jedoch gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG direkt durch das Bundesgericht ergänzt werden, soweit sie im handelsgerichtlichen Verfahren vorgebracht und dokumentiert worden sind, zumal das Handelsgericht diese weitestgehend als Parteivorbringen aufgeführt (aber wie gesagt teilweise nicht gewürdigt bzw. nicht zur eigenen Feststellung erhoben) hat; es wäre offensichtlicher prozessualer Leerlauf, die Streitsache einzig zur formellen Feststellung von klaren und mit Sicherheit feststehenden Sachverhaltselementen an das Handelsgericht zurückzuweisen.
Aus Überlegungen der Prozessökonomie hat das Bundesgericht bereits in den früheren Parallelprozessen einzelne zur Anwendung des Bundesrechts unabdingbare Sachverhaltselemente selbst ergänzt, weshalb dieses Vorgehen für die Beschwerdegegnerin auch kein Überraschungsmoment bereithält. Sie kritisiert diese ihr bekannte Praxis gerade in deren Erwartung und sie hat sich vor diesem Hintergrund in ihrer über 100-seitigen Vernehmlassung bereits zu allen relevanten Punkten ausführlich geäussert, weshalb auch ihr rechtliches Gehör gewahrt ist, zumal vorliegend nur auf Aktenstücke abgestellt wird, welche die Parteien im handelsgerichtlichen Verfahren eingebracht haben.
Was die Absichtspauliana anbelangt, ist im Übrigen die Problemstellung mit Bezug auf die beiden Elemente der Gläubigerschädigung (dazu E. 2.1) und der Schädigungsabsicht (dazu E. 2.2) ähnlich wie in den Parallelverfahren 5A 29/2007 (BGE 134 III 452) und 5A 386/2008 bzw. sogar identisch mit dem Parallelprozess 5A 116/2009, der eine ebenfalls am 29. Juni 2001 geleistete Darlehensrückzahlung der Beschwerdeführerin an eine Bank betroffen hat. Hingegen ist das Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit selbstredend individuell für die Beschwerdegegnerin zu prüfen (dazu E. 2.3).

1.3 Die Verfahren 5A 358/2008 und 5A 473/2009 sind zu vereinigen.

2.
Gemäss Art. 288 SchKG anfechtbar sind alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen (Art. 288 SchKG). Der Anfechtung nach diesen Grundsätzen unterliegen gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG auch die Rechtshandlungen, welche der Schuldner vor der Bestätigung des Nachlassvertrages vorgenommen hat.

2.1 Als erstes Tatbestandsmerkmal von Art. 288 SchKG muss eine Schädigung der anderen Gläubiger gegeben sein, und zwar durch Beeinträchtigung der Exekutionsrechte, indem ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexekution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird (BGE 135 III 265 E. 2 S. 267, 513 E. 3.1 S. 515).
2.1.1 An einer Schädigung fehlt es in der Regel, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht (BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455; 135 III 276 E. 6.1.2 S. 280). Ein solcher liegt beispielsweise vor, wenn der Schuldner gegen Bestellung eines Pfandes ein Darlehen erhält (BGE 53 III 79), wenn ihm gegen Bestellung eines Pfandes Ware auf Kredit geliefert wird (BGE 63 III 150 E. 3 S. 155), wenn er ihm gehörende Sachen gegen Zahlung des vollen Gegenwertes veräussert (BGE 65 III 142 E. 5 S. 147; 79 III 175) oder wenn ihm bei einem Finanzierungsgeschäft der volle Gegenwert der von ihm unter Garantie der Einbringlichkeit abgetretenen Forderungen vergütet wird (BGE 74 III 84 E. 3 S. 88). Diesen Geschäften ist gemeinsam, dass der Schuldner anstelle der von ihm veräusserten oder verpfändeten Vermögenswerte Ware oder Geld erhält. Wenn der Schuldner dagegen anstelle der von ihm veräusserten Vermögensstücke bloss eine Forderung erwirbt oder wenn er Geld oder andere Vermögenswerte zum blossen Zweck der Tilgung einer Forderung hingibt, tauscht er für seine Leistung keine Gegenleistung ein, die eine Schädigung der Gläubiger von vornherein ausschliessen würde (BGE 99 III 27 E. 4 S. 34). Insbesondere ist beim
Darlehensvertrag die Rückzahlung nicht eine (gleichwertige) Gegenleistung für die Hingabe des Darlehensbetrages, sondern die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zu späterer Rückzahlung; sie bewirkt deshalb - unter Vorbehalt von Konkursprivilegien und dinglichen Vorrechten - in der Regel eine Schädigung der anderen Gläubiger (BGE 99 III 27 E. 5 S. 38; 134 III 452 E. 3.1 S. 455).
In diesem Zusammenhang geht das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung davon aus, dass die Gläubigerschädigung bzw. die Verminderung der Liquidationsmasse, welche wie die beiden weiteren Tatbestandsmerkmale der Schädigungsabsicht und der Erkennbarkeit (dazu E. 2.2 und 2.3) an sich vom Anfechtungskläger zu beweisen ist (BGE 134 III 452 E. 2 S. 454; zur Publikation bestimmtes Urteil 5A 758/2008, E. 3), bei

anfechtungsrelevantem Verhalten des Schuldners vermutet wird, aber dem Anfechtungsbeklagten der Beweis offen steht, dass die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zum gleichen Verlust gekommen wären, dient doch die Anfechtungsklage nicht der Bestrafung des beklagten Gläubigers, sondern der Wiederherstellung des Zustandes, in welchem sich ohne das angefochtene Geschäft das zur Befriedigung der übrigen Gläubiger dienende Vermögen des Schuldners im Zeitpunkt der Konkurseröffnung befunden hätte (BGE 85 III 185 E. 2a S. 189 f.; 99 III 27 E. 3 S. 33; 134 III 615 E. 4.1 S. 617; 135 III 265 E. 2 S. 267).
2.1.2 Entgegen der Kritik der Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung hat das Handelsgericht vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung das Tatbestandselement der Gläubigerschädigung zu Recht bejaht. Die bereits Ende Juni 2001 in massiver finanzieller Bedrängnis stehende Beschwerdeführerin (vgl. dazu insbesondere E. 2.2.2) hat für den zu einer entsprechenden Verminderung ihrer Aktiven führenden Mittelabfluss keine Gegenleistung erhalten, womit die Vermutung greift, dass dadurch die Exekutionsrechte der im relativ kurz darauf eröffneten Nachlassverfahren lediglich eine Dividende erhaltenden Gläubiger in ihren Exekutionsrechten beeinträchtigt sind; davon ging das Bundesgericht auch im Parallelverfahren 5A 116/2009 aus, das eine ebenfalls am 29. Juni 2001 geleistete Darlehensrückzahlung betraf. Mit der blossen Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte die zurückbezahlte Summe einfach anderweitig ausgegeben (Klageantwort, Rz. 118), vermag die Beschwerdegegnerin den ihr obliegenden Nachweis, dass die Gläubiger auch ohne Rückzahlung des Darlehens zum gleichen Verlust gekommen wären, nach den zutreffenden Erwägungen des Handelsgerichts ebenso wenig zu erbringen wie mit der nicht weiter substanziierten und offensichtlich
aktenwidrigen Behauptung, eine allfällige Schädigung der anderen Gläubiger sei von der Kausalkette her ausschliesslich auf das Terrorattentat vom 11. September 2001 zurückzuführen (Klageantwort, Rz. 120; Vernehmlassung, Rz. 125).
Gemeinsam mit dem Darlehenskapital von USD 60 Mio. hat die Beschwerdeführerin auch sämtliche Zinsen bezahlt. Während periodisch und vertragsgemäss geleistete Zinszahlungen in der Regel nicht anfechtbar sind, teilt die zusammen mit dem Darlehen bezahlte Zins(rest)schuld mit Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung das Schicksal der Darlehensrückzahlung, weil sie hier nicht dem weiteren Zurverfügungstellen von Kredit dient und deshalb nicht als gleichwertige Gegenleistung für die fortgesetzte Gebrauchsüberlassung der Darlehensvaluta betrachtet werden kann (vgl. im Einzelnen den zur Publikation bestimmten Entscheid 5A 758/2008, E. 6).
2.1.3 Das Kassationsgericht hat in seinem Zirkulationsbeschluss vom 5. Juni 2009 die nach dem Gesagten zutreffende Erwägung im handelsgerichtlichen Urteil gestrichen, dass das der Vollstreckung unterliegende Vermögen durch die Rückzahlung des Darlehens im Umfang von USD 61'191'000.98 vermindert worden sei.
Einerseits ist die Auffassung des Kassationsgerichts materiell falsch, andererseits aber auch die Begründung für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde: Unter der Herrschaft des OG bestand die Praxis des Kassationsgerichts, dass auch der im kantonalen Verfahren obsiegenden Partei mit Bezug auf ihr nicht genehme Sachverhaltsfeststellungen die Nichtigkeitsbeschwerde offen stand, weil der Sachverhalt im Berufungsverfahren nicht thematisiert werden konnte und folglich auch die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei in der Berufungsantwort keine Kritik an der Sachverhaltsfeststellung vorbringen durfte. In seinem Zirkulationsbeschluss ist das Kassationsgericht irrig davon ausgegangen, dass dies auch unter der Herrschaft des BGG zutreffe und die Praxis deshalb weiterzuführen sei. Es hat dabei übersehen, dass Sachverhaltsrügen - früher wie heute konnte diesbezüglich nur, aber immerhin die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (insbesondere eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung) geltend gemacht werden - vor Bundesgericht nicht mehr in ein separates Rechtsmittelverfahren verwiesen sind, sondern direkt im Einheitsrechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen geltend gemacht werden können und die Kognition des Bundesgerichts nicht
enger ist als es diejenige des Kassationsgerichts wäre. Dabei kann die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei die ihr nicht genehmen Sachverhaltsfeststellungen in der Vernehmlassung zur Beschwerde in Zivilsachen beanstanden (BGE 134 III 332 E. 2.3 S. 334), so dass sie im Unterschied zum früheren Berufungsverfahren nicht mehr auf die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angewiesen ist.
Der Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts ist nach dem Gesagten aufzuheben.

2.2 Als weiteres Tatbestandsmerkmal von Art. 288 SchKG muss beim Schuldner Schädigungsabsicht gegeben sein. Diese ist zu bejahen, wenn er voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung die Gläubigergesamtheit benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner mit seiner Handlung die Benachteiligung von Gläubigern oder die Begünstigung ein-

zelner Gläubiger geradezu bezweckt hat. Es genügt vielmehr, wenn er sich darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden (BGE 21 S. 660 E. 4 S. 669; 83 III 82 E. 3a S. 85; 134 III 452 E. 4.1 S. 456; 135 III 265 E. 2 S. 267).
Das Handelsgericht hat die Frage der Schädigungsabsicht offen gelassen. Das Bundesgericht hat sie im Parallelverfahren 5A 116/2009 (Entscheid vom 28. September 2009, E. 6.2) für eine ebenfalls am 29. Juni 2001 erfolgte Darlehensrückzahlung bejaht.
2.2.1 Das Handelsgericht hat zunächst erwogen, dass es sich beim Zusammenbruch der Beschwerdeführerin nicht um ein relativ kleines, von der Öffentlichkeit unbeachtetes Ereignis gehandelt habe, sondern um ein erschütterndes Unglück, das vorher für die meisten Leute undenkbar gewesen sei; zudem sei dem Grounding ein monatelanges, von der Öffentlichkeit verfolgtes Bemühen um Sanierung vorausgegangen. Es könne nicht der Zweck der Anfechtungspauliana sein, echte Sanierungsbemühungen mit der Gefahr einer späteren Rückgängigmachung von Rechtshandlungen zu belasten.
Wie das Handelsgericht zutreffend festhält, hat die Anfechtungsklage keineswegs zum Zweck, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen, umso weniger als es gerade im Interesse der übrigen Gläubiger liegt, wenn Dritte versuchen, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen; insofern muss es erlaubt sein, diesem äus der Klemme zu helfen¨(BGE 33 II 345 E. 6 S. 349; 78 III 83 E. 2 S. 87 f.; 134 III 452 E. 5.2 S. 458). Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn sich ein Schuldner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten um Sanierung bemüht. Vielmehr müssen die zur Verfügung gestellten Geldmittel zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt worden sein, damit deren Hin- und Rückgabe gewissermassen als Einheit betrachtet werden kann und insgesamt im Interesse der anderen Gläubiger liegt (BGE 99 III 27 E. 5 S. 37; 134 III 452 E. 5.2 und 5.5 S. 459 f.).
Dahingehende Sachverhaltsfeststellungen lassen sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Es geht vorliegend um eine seit Juni 1999 bestehende Kreditlimite von Fr. 100 Mio., von welcher am 28. Februar 2001 ein Betrag von USD 60 Mio. als Darlehen beansprucht worden ist. Dass dies zu Sanierungszwecken geschehen wäre, behauptet keine der Parteien und insbesondere spricht auch das Handelsgericht nirgends davon, dass die Beanspruchung des Darlehens von einem Sanierungswillen oder gar einer Sanierungsvereinbarung der Parteien getragen gewesen wäre.
Nicht von vornherein ausgeschlossen ist sodann, dass ein vorbestehendes Darlehen allenfalls in ein Sanierungsdarlehen umgewandelt werden kann, namentlich durch Verlängerung eines auslaufenden Kredits (BGE 134 III 452 E. 6.1 S. 460). Vorliegend ist jedoch gerade das Gegenteil geschehen, indem die Beschwerdegegnerin das Darlehen vorzeitig fällig stellte und sich die Parteien auf einen entsprechend angepassten Darlehensvertrag mit verkürzter Laufzeit einigten. Inwiefern diese Vorgehensweise der Sanierung der Beschwerdeführerin hätte dienen können, ist weder dargetan noch ersichtlich.
2.2.2 Mit Bezug auf den internen Wissensstand bei der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Rückzahlung ergibt sich, dass Anfang 2001 die Führungsspitze den Konzern verliess bzw. verlassen musste (Entlassung von Philippe Bruggisser an der VR-Sitzung vom 20. Januar, KB 28; Rücktritt von Moritz Suter am 7. März, KB 40; Entlassung von Eric Honegger an der ao. VR-Sitzung von 15. März, KB 42). Mario Corti liess sich als neuer Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates sein Gehalt für die nächsten fünf Jahre umgehend nach Vertragsunterzeichnung in der zweiten Märzhälfte vollumfänglich vorauszahlen (KB 46 ff.). An der Sitzung vom 24. März nahm der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin den Konzernabschluss per Ende 2000 mit einem Konzernverlust von Fr. 2'885 Mio. und einer gegen Null strebenden Kapitalquote zur Kenntnis (KB 54); am 2. April wurde der Abschluss veröffentlicht (KB 57). Am 25. April fand die legendäre Generalversammlung statt, bei welcher die Mehrheit des Verwaltungsrates zurücktrat (KB 77). Am 11. Juni hielt Mario Corti in einer Telefonkonferenz gegenüber dem Verwaltungsrat fest, die Gesamtsituation der Gruppe sei wesentlich schlechter als ursprünglich angenommen und die Gesellschaft befinde sich in einem eigentlichen
Überlebenskampf (KB 80). An der VR-Sitzung vom 27. Juni 2001 orientierte CFO Jacqualyn Fouse, dass die Umsatzerwartungen für das zweite Halbjahr zurückgenommen werden müssten, und Mario Corti zeigte sich besorgt über die Liquidität der Gruppe (KB 87). Sodann informierte Treasurer Beat Lehmann, nachdem die Beschwerdegegnerin das Darlehen am 21. Juni gekündigt hatte, mit internem E-Mail gleichen Datums über die Folgen der verschiedenen Darlehensrückzahlungen: N̈ordea's Management still requests that we pay back USD 60 Mio within eight business days. ... Further Dresdner has asked us to pay back CHF 50 Mio as per month end. ... Be aware that Zürcher Kantonalbank expects us to repay CHF 100 Mio immediately in case we would

reduce short term debt exposure with any bank. This would bring our cash on hand down to approx CHF 300 Mio as per end of June¨(KB 85).
Damit ist klar, dass den verantwortlichen Organen der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung die finanzielle Schieflage und insbesondere der sich aus den Rückzahlungen ergebende dramatische Liquiditätsengpass bekannt war.
2.2.3 Selbstredend war die Schädigung der anderen Gläubiger nicht der eigentliche bzw. direkte Zweck der Darlehensrückzahlung. Deren Auslöser war vielmehr die ausserordentliche Kündigung bzw. der zwischen den Parteien geschlossene substituierende Darlehensvertrag mit verkürzter Laufzeit, welcher die vorzeitige Fälligkeit der Darlehensrückzahlung bewirkte. Indes waren sich die Organe der Beschwerdeführerin angesichts der vorstehenden Ausführungen über die im Zeitpunkt der Rückzahlung bestehende katastrophale Finanzlage bewusst. Ausserdem war klar, dass mit der Rückzahlung des Darlehens kein operativer Zweck verfolgt, sondern einfach Liquidität abgeführt wurde.
Vor diesem Hintergrund hätten sich die verantwortlichen Organe der Beschwerdeführerin Rechenschaft geben können und müssen, dass als notwendige (Neben-)Folge des bedeutenden Mittelabflusses von über USD 60 Mio. am 29. Juni die anderen Gläubiger zu Schaden kommen könnten, und insofern haben sie die Gläubigerschädigung gleichsam in Kauf genommen, womit das Tatbestandsmerkmal der Schädigungsabsicht erfüllt ist.
Dass sich die massgeblichen Organe diese Rechenschaft nicht nur hätten geben können, sondern über die Tatbestandserfordernisse hinaus auch tatsächlich gegeben haben und sich insbesondere um den Zusammenhang zwischen Kreditrückführung und Gläubigerbevorzugung bewusst gewesen sind, lässt sich aus der mit der Zürcher Kantonalbank (ZKB) im Zusammenhang mit Gleichbehandlungsklauseln geführten Korrespondenz vom Juni herauslesen: Die ZKB hatte verlangt, dass die Beschwerdeführerin ihr die Rückführung von Drittengagements umgehend mitzuteilen hätte, was gemäss Abklärungen im Rechtsdienst der Beschwerdeführerin s̈chlechtenfalls als Bevorteilung eines Gläubigersäusgelegt werden könnte (E-Mail von Beat Lehmann an die ZKB vom 11. Juni, KB 82). Sah die Beschwerdeführerin mithin sogar die Mitteilung von Rückzahlungen an Dritte als heikel an, muss ihr umso mehr die Anfechtungsrelevanz der Rückzahlung als solcher bewusst gewesen sein.
Als Indiz für das Wissen um die Schädigungsproblematik kann vorliegend auch die Vereinbarung zum seltsam anmutenden Vorgehen gewertet werden, die bereits ausgesprochene Kündigung des ursprünglichen Darlehensvertrages durch einen neuen Darlehensvertrag mit verkürzter Laufzeit zu ersetzen (vgl. E-Mail von Beat Lehmann an die Beschwerdegegnerin vom 27. Juni 2001, KB 88: Ẅe refer to the phone conversation between yourself and Frank Witter this afternoon and confirm that we will unwind the deal no. [Kontonummer], loan of USD 60 Mio from 28.2.2001 until 31.8.2001. As agreed we expect your new deal confirmation for the USD 60 Mio loan for the period of 28.2.2001 until 29.6.2001. For the purpose of clarification we confirm our mutual understanding that the repayment of principal and interest is a scheduled payment as mutually agreed¨). Auf diese eigentümlichen Umstände im Zusammenhang mit der Rückzahlung wird beim Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit zurückzukommen sein (E. 2.3.3).

2.3 Die Schädigungsabsicht muss für den Begünstigten im Sinn eines dritten Tatbestandselementes von Art. 288 SchKG erkennbar gewesen sein. Das ist der Fall, wenn dieser bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt. Hiermit wird keine unbeschränkte Erkundigungspflicht aufgestellt; im Allgemeinen braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht. Nur wenn deutliche Anzeichen für eine Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung bestehen, darf vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden (BGE 30 II 160 E. 5 164; 134 III 452 E. 4.2 S. 456; 135 III 265 E. 2 S. 267).
2.3.1 Das Handelsgericht hat erwogen, die Beschwerdeführerin sei zwar vor strukturellen Problemen gestanden, aber die neue Führungsspitze habe Sanierungsbemühungen kommuniziert und gegen aussen verlauten lassen, das Liquiditätsproblem sei unter Kontrolle. Weder aus den Bankanalysen noch aus der Herabstufung des Ratings durch Moody's habe sich ableiten lassen, dass eine Sanierung nicht mehr möglich sei. Auch in der Presse sei ein unsicheres Bild über das Geschehen vermittelt worden; dass deshalb die Sanierung nicht mehr hätte in Betracht gezogen werden können, lasse sich aber nicht sagen, und für Aussenstehende sei es nicht möglich gewesen abzuschätzen, welchen Berichten und Analysen Vertrauen geschenkt werden könne.
2.3.2 Was die Presseberichterstattung anbelangt, war diese in der Tat sehr uneinheitlich. Gemäss der vorstehenden Definition des Tatbestandselementes der Erkennbarkeit ist jedoch nicht Kernfrage, ob eine Sanierung unter

keinen Umständen mehr möglich schien, sondern ob die Beschwerdegegnerin bei der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt, bzw. ob deutliche Anzeichen für eine Gläubigerbegünstigung oder -benachteiligung bestanden.
Solche Anzeichen bestanden allein bereits aufgrund der vom Handelsgericht wiedergegebenen Pressebericht-erstattung, auch wenn diese insgesamt ein uneinheitliches Bild zeichnete. Erste Alarmmeldungen erfolgten in namhaften Zeitungen ab Beginn des Jahres 2001. So hiess es beispielsweise in der Financial Times vom 29. Januar, Switzerland has rarely seen such drama (KB 32), sodann am 25. Mai, Swissair, the heavily indebted Swiss aviation group that is struggling to rid itself of its minority stakes in several lossmaking European airlines. Die Sonntagszeitung schrieb am 10. Juni: Mario Corti ist nicht zu beneiden. Denn die Hauptaufgabe des Swissair-Chefs besteht im Moment darin, den Konkurs zu kaschieren. ... Die Ausgangslage ist katastrophal. 877 Millionen Franken Eigenkapital hatte die Swissair-Holding am 31.12.2000. Wenn das Eigenkapital unter 438 Millionen sinkt, dann gilt OR 725, und die Swissair muss einen Sanierungsplan vorlegen. Nur schon bei der Grossbaustelle Sabena und der französischen AOM Air Liberté beträgt der Verlust monatlich 100 Millionen Franken. Somit müsste eigentlich das Eigenkapital unter die kritische Marke gesunken sein. Das 'Wall Street Journal' rechnet denn auch bereits mit einem möglichen Konkurs (KB
43). Ähnlich berichtete die Financial Times am 11. Juni: Swissair, the troubled Swiss aviation group, is facing a mounting bill to offload its loss-making French operations which some bankers fear could push it towards bankruptcy (KB 44). Im Zusammenhang mit der Beschwerdegegnerin ist schliesslich auf den Artikel der dänischen Finanzzeitung Børsen vom 12. Juni 2001 mit dem Titel Analytikere frygter Swissair-konkurs, übersetzt Analysten befürchten Swissair-Konkurs, hinzuweisen (KB 46). Am 19. Juni 2001 wurde die Beschwerdeführerin schliesslich von der Rating-Agentur Moody's von Baa3 auf Ba3 herabgestuft, nachdem sie schon am 2. April von A3 auf Baa3 zurückgestuft worden war (RB 45).
2.3.3 Am Folgetag fanden zwischen den Parteien Gespräche über das Darlehen statt, auf dessen vorzeitiger Rückzahlung die Beschwerdegegnerin beharrte (vgl. internes E-Mail von Beat Lehmann, KB 85: Nordea's Management still requests that we pay back USD 60 Mio within eight business days). Tags darauf, d.h. am 21. Juni 2001, sprach die Beschwerdeführerin, der die erneute Herabstufung der Kreditwürdigkeit durch Moody's nicht verborgen bleiben konnte, gestützt auf ihre AGB die Kündigung des an sich bis Ende August laufenden Darlehens aus.
Die in E. 2.3.2 zitierte Berichterstattung war offensichtlich auch der Beschwerdegegnerin nicht entgangen. Bereits mit Schreiben vom 19. März 2001 (KB 45) verlangte sie nähere Informationen und ein sofortiges Treffen zur Besprechung der Rückzahlung mit der Begründung: Through the news we have learned that SAirGroup is experiencing severe financial and managerial problems. Sodann kann die Beschwerdegegnerin, der als erfahrener Geschäftsbank und aufgrund ihres direkten Kontaktes (Korrespondenz und Gespräche) mit der Beschwerdeführerin andere Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung standen als der Allgemeinheit, entgegen den unterschwelligen Ausführungen des Handelsgerichts nicht als Aussenstehende betrachtet und auf die gleiche Stufe wie ein gewöhnlicher Zeitungsleser gesetzt werden. Ihr Schreiben vom 19. März 2001 (KB 45) zeigt denn auch, dass sie bereits in jenem Zeitpunkt sehr besorgt war: Based on the information we have received, we are deeply concerned about your situation as well as our considerable commitment with your group).
Dass die Beschwerdegegnerin das Darlehen schliesslich unmittelbar nach der wiederholten Herabstufung durch Moody's im Anschluss an eine erneute Unterredung vorzeitig kündigte, lässt sich vernünftigerweise nicht anders erklären, als dass sie einen Konkurs der Beschwerdeführerin und damit eine Gefährdung ihrer Ausstände befürchtete oder jedenfalls in Betracht zog. Gemäss übereinstimmendem Parteivorbringen, wie das Handelsgericht festhält (S. 8), machte sie nicht das jederzeitige 14-tägige, sondern das ausserordentliche Kündigungsrecht geltend, das gemäss ihren General Conditions for Loans and Credits for Commercial Purposes (KB 9) an eine substanziell verschlechterte finanzielle Situation der Beschwerdeführerin geknüpft war. Weder ihre Ausführungen in der Vernehmlassung (S. 83), die Beschwerdeführerin habe alle Bankschulden vor Ende 2002 zurückzahlen und sich auf key relationship banks beschränken wollen, noch ihre seinerzeit in der Klageantwort (Rz. 30 und 31) gegebene Begründung, sie habe sich wieder auf das nordische Geschäft ausrichten wollen, vermag plausibel zu machen, weshalb sie plötzlich ultimativ auf einer um zwei Monate vorgezogenen Kündigung beharrte. Noch viel weniger ist damit erklärt, weshalb sie es nicht einfach
bei dieser Kündigung beliess, sondern der ursprüngliche Darlehensvertrag mit Laufzeit vom 26. Februar bis

31. August am 27. Juni sowie dessen Kündigung durch einen neuen Vertrag (¨Money Market Deal¨) mit verkürzter Laufzeit vom 26. Februar bis 29. Juni ersetzt und damit die vorzeitige Fälligstellung gegen aussen als ordentliche Rückzahlung nach Vertragsablauf kaschiert wurde (vgl. E-Mail der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 27. Juni, KB 88: öur mutual understanding that the repayment of principal and interest is a scheduled payment as mutually agreed¨; sodann Schreiben der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 28. Juni, KB 90: ¨We acknowledge receipt of your faxed currency loan confirmation as of June 27, 2001. The confirmation points out the details of our money market transaction (the ¨Money Market Deal¨). For the purpose of clarification we herewith confirm our mutual understanding that your confirmation as of June 21, 2001 replaces any other existing document with regard to this Money Market Deal. As agreed upon the scheduled repayment of principal and interest takes place on June 29, 2001¨). Diese offensichtlich vor dem Hintergrund der verbreiteten Cross Default- und Pari Passu-Klauseln in den
Darlehensverträgen der Beschwerdeführerin gewählte Vorgehensweise lässt keinen anderen Schluss zu, als dass sich beide Parteien bewusst waren, dass die vorzeitige Befriedigung der Beschwerdegegnerin zu Lasten der anderen Gläubiger gehen könnte und die Beschwerdeführerin bei sich infolge vorzeitiger Rückzahlung aktualisierenden Cross Default- bzw. Gleichbehandlungsklauseln in einen zusätzlichen Liquiditätsnotstand geraten würde.
Vor diesem Hintergrund scheint es als erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin nicht nur bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt (vgl. Definition in E. 2.3), sondern dass sie diese Möglichkeit sogar tatsächlich erkannt hat.

3.
Ob angesichts der geschilderten Vorgehensweise der Parteien zusätzlich auch der Anfechtungstatbestand von Art. 287 SchKG erfüllt ist (das Handelsgericht stellte sich zusammen mit der Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, zufolge der Kündigung sei keine verfallene Schuld bezahlt worden, während die Beschwerdeführerin geltend macht, dies sei im Ergebnis der Fall, weil die Parteien eine ausserordentliche vorzeitige Fälligkeit herbeigeführt und diesen Vorgang bzw. den Eintritt eines Cross Default gegen aussen durch Ausstellung eines neuen Darlehensvertrages mit kürzerer Laufzeit hätten vertuschen wollen), kann angesichts der gutzuheissenden Absichtspauliana offen bleiben.

4.
Zusammenfassend ergibt sich, dass jedenfalls der Anfechtungstatbestand von Art. 288 SchKG erfüllt ist, das Urteil des Handelsgerichts sowie der Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts aufzuheben sind und die Beschwerdegegnerin zur Zahlung von USD 61'191'000.98 nebst Zins zu 5% seit 14. Juni 2005 (bestritten wird nur die Anfechtung als solche, während die Beschwerdegegnerin die Zinsmodalitäten nicht in Frage stellt) zu verurteilen.
Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Regelung der kantonalen Kosten entsprechend dem neuen Verfahrensausgang wird den kantonalen Gerichten übertragen (Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 5A 358/2008 und 5A 473/2009 werden vereinigt.

2.
In Gutheissung der Beschwerde in Zivilsachen werden das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. April 2008 und der Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 2009 aufgehoben und die Beschwerdegegnerin wird verurteilt, der Beschwerdeführerin USD 61'191'000.98 nebst Zins zu 5% seit 14. Juni 2005 zu bezahlen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 100'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4.
Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 120'000.– zu entschädigen.

5.
Die Regelung der kantonalen Kosten entsprechend dem neuen Verfahrensausgang wird den kantonalen Gerichten übertragen.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Handelsgericht des Kantons Zürich und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. August 2010
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Möckli