Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 386/2008

Urteil vom 6. April 2009
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichter Raselli, Bundesrichter L. Meyer,
Bundesrichter Marazzi,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Gerichtsschreiber Möckli.

Parteien
SAir Group in Nachlassliquidation,
Hirschengraben 84, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Marcel Gloor und
Sandro Ruggli,

gegen

Z._____ Bank,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Martin K. Eckert
und Dr. Dominik Vock,

Gegenstand
Paulianische Anfechtung,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 2008.

Sachverhalt:

A.
Die Z._____ (nachfolgend Z._____ oder Beschwerdegegnerin) gewährte der SAirGroup (nachfolgend SAir oder Beschwerdeführerin) ab 1998 einen Betriebsmittelrahmenkredit über Fr. 100 Mio., dessen Laufzeit mehrmals verlängert wurde. Im Herbst 1999 reduzierten die Parteien den Kredit auf Fr. 80 Mio. Am 25. Mai 2001 wurde er ein letztes Mal um drei Monate bis zum 29. August 2001 verlängert. Danach verweigerte die Z._____ eine weitere Kreditverlängerung, worauf die SAir per 29. August 2001 den Betrag von Fr. 80 Mio. nebst Zinsen von Fr. 909'777.80 überwies.

Auf Gesuch vom 4. Oktober 2001 hin wurde der SAir am 5. Oktober 2001 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.
Mit Klage vom 23. Januar 2006 gegen die Z._____ verlangte die SAir gestützt auf Art. 288 SchKG die

Zahlung von Fr. 80'909'777.80 nebst Zins zu 5% seit 13. Juni 2005.

Mit Urteil vom 13. Mai 2008 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage ab.

C.
Gegen dieses Urteil hat die SAir am 16. Juni 2008 Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit den Begehren um dessen Aufhebung und um Verpflichtung der Z._____ zur Zahlung von Fr. 80'909'777.80 nebst Zins zu 5% seit 13. Juni 2005. In ihrer Vernehmlassung vom 18. September 2008 hat die Z._____ die Begehren gestellt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, subeventualiter sei die Sache an das Handelsgericht zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde in Zivilsachen steht bei paulianischen Anfechtungsklagen mit Fr. 30'000.– übersteigendem Streitwert grundsätzlich offen (Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Das Handelsgericht des Kantons Zürich war sachlich als einzige kantonale Instanz zuständig und hat einen Endentscheid gefällt (Art. 75 Abs. 2 lit. b und Art. 90 BGG). Die Klagefrist ist eingehalten (BGE 134 III 273).

Ihren Nichteintretensantrag begründet die Beschwerdegegnerin damit, dass Verweise auf die kantonalen Rechtsschriften unbeachtlich seien und deshalb die Beschwerde den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht genüge. Ihre Ausführungen treffen insofern zu, als die Rechtssprechung zu Art. 55 Abs. 1 lit. c OG, wonach die Begründung in der Beschwerde selbst enthalten sein muss (BGE 131 III 384 E. 2.3 S. 387 f.), auch unter der Herrschaft des BGG weitergilt (Entscheid 4A 137/2007, E. 4). Indes machen Verweise die Beschwerde entgegen der sinngemässen Behauptung der Beschwerdegegnerin nicht als solche ungültig; vielmehr bleiben einfach die verwiesenen Vorbringen unbeachtlich. Die in der Beschwerde enthaltene Begründung vermag den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG in jeder Hinsicht zu genügen. Ist diese Voraussetzung gegeben, wendet das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG).

Was die Kritik an der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung durch das Handelsgericht anbelangt, fehlt es an der Letztinstanzlichkeit im Sinn von Art. 75 Abs. 1 BGG, ist doch vor dem Kassationsgericht des Kantons Zürich die Rüge möglich, der angefochtene Entscheid basiere auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO/ZH). Dies deckt sich mit der vor Bundesgericht zulässigen Rüge, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden (Art. 97 Abs. 1 BGG), weil diese mit der Rüge der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung zusammenfällt (Botschaft, BBl 2001 IV 4338; BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252; 133 III 393 E. 7.1 S. 398). Insoweit ist der kantonale Instanzenzug nicht ausgeschöpft worden mit der Folge, dass auf die Sachverhalts- und Beweiswürdigungsrügen nicht eingetreten werden kann.

2.
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.

Als erstes Tatbestandsmerkmal muss eine Schädigung der anderen Gläubiger durch Beeinträchtigung der Exekutionsrechte vorliegen, indem ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexekution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird. Die tatsächliche Schädigung wird zugunsten der Konkursmasse vermutet, wobei dem Anfechtungsbeklagten der Gegenbeweis 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). An einer Schädigung fehlt es ferner, wenn der Schuldner für seine Leistung eine verwertbare gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (vgl. BGE 65 III 142 E. 5 S. 147; 79 III 174; zu den Einschränkungen vgl. 99 III 27 E. 4 S. 34; 101 III 92 E. 4a S. 94; 130 III 235 E. 2.1.2 S. 238; 134 III 452 E. 3.1 S. 455).

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

Schliesslich muss die Schädigungsabsicht für den Begünstigten 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).

Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit durch Organe oder rechtsgeschäftlich bestellte Stellvertreter sind der juristischen Person bzw. dem Vertretenen anzurechnen (BGE 134 III 452 E. 4.3 S. 457).

3.
Das Handelsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass mit der Rückführung des Kredits rund einen Monat vor dem Gesuch um Nachlassstundung das objektive Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung der Exekutionsrechte der anderen Gläubiger erfüllt ist, denn die Rückzahlung ist nicht die (gleichwertige) Gegenleistung für die Darlehensaufnahme, sondern die hierbei eingegangene Pflicht zur späteren Rückzahlung (BGE 99 III 27 E. 3-5 S. 32 ff.; 134 III 452 E. 3.1 S. 455). Die Beschwerdegegnerin hat denn ihr Argument, das Vermögen der Beschwerdeführerin sei durch die Kreditgewährung vorher angereichert worden und mit der Rückzahlung werde der Aktivenabfluss durch entsprechende Verminderung einer Passivposition gewissermassen bilanzneutral kompensiert, vor Bundesgericht fallen gelassen und stellt die objektive Gläubigerschädigung nicht mehr in Frage.

4.
Das Handelsgericht hat offen gelassen, ob auf der Schuldnerseite eine Schädigungsabsicht gegeben sei, weil es befunden hat, diese wäre für die Beschwerdegegnerin jedenfalls nicht erkennbar gewesen. Dennoch hat es zur Schädigungsabsicht - ungeachtet des Umstandes, dass verschiedene notorische und von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Tatsachen nicht oder einseitig mit Blick auf das rechtliche Ergebnis dargestellt sind (z.B. Besorgnis des Verwaltungsrates betreffend Überschuldung an den Sitzungen vom 27. Juni und 10. Juli; Feststellung des Verwaltungsrates an der Sitzung vom 17. Juli, dass die Liquidität im September äusserst kritisch werde; Befürchtung der Finanzchefin an der Verwaltungsratssitzung vom 20. August, dass der Konzern mit grosser Wahrscheinlichkeit bereits Ende September illiquid sei; Anordnung eines "Payment-stop/-slow-down" durch die Finanzchefin gegenüber den Tochtergesellschaften am 21. August) - genügend relevante Sachverhaltsfeststellungen getroffen, so dass eine freie rechtliche Prüfung im Sinn von Art. 106 Abs. 1 BGG möglich und eine Rückweisung zur Sachverhaltsvervollständigung mit Bezug auf die Schädigungsabsicht entbehrlich scheint.

4.1 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 er-

schütterndes 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 sei deshalb zwischen einem Sanierungsstadium und einem Liquidationsstadium zu unterscheiden. Es sei notorisch, dass die Beschwerdeführerin jedenfalls mit Beginn des Jahres 2001 erkennbar in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gesteckt habe. Am 2. April sei ein Konzernverlust von Fr. 2'885 Mio. bekannt gegeben worden und am 25. April habe die legendäre Generalversammlung stattgefunden, bei welcher die Mehrheit des Verwaltungsrates zurückgetreten sei. Damit sei spätestens Anfang April selbst für den nur einigermassen interessierten Betrachter klar gewesen, dass die Beschwerdeführerin vor strukturellen und nicht nur vor konjunkturellen Problemen gestanden habe. Der Beginn der Sanierungsphase könne durchaus mit diesen Ereignissen verknüpft und auf April 2001 festgesetzt werden. Die Sanierungsphase sei durch ein internes wie externes Hoffen und Bangen gekennzeichnet gewesen, wobei ein Scheitern nicht habe ausgeschlossen werden können. Ernsthafte Sanierungsbemühungen dürften aber nicht an der Anfechtungspauliana scheitern und das blosse Wissen um die schlechte wirtschaftliche Lage könne deshalb für die Schädigungsabsicht nicht genügen, weil die Gläubigergleichbehandlung in der Sanierungsphase definitionsgemäss nicht möglich sei.

Die Anfechtungsklage hat 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, dem Schuldner "aus 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). Dies 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 handelt sich um einen auf das Jahr 1998 zurückgehenden Kredit; die Geldhingabe ist somit offensichtlich lange vor der Zeit erfolgt, ab der von Sanierungsbemühungen gesprochen werden könnte. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass auch ein vorbestehendes Darlehen in ein Sanierungsdarlehen umgewandelt werden kann, namentlich durch Verlängerung eines auslaufenden Kredits (BGE 134 III 452 E. 6.1 S. 460). Diesfalls müsste aber ein damit verbundener subjektiver Sanierungswille der Vertragsparteien festgestellt sein, was vorliegend nicht der Fall ist; weder hat das Handelsgericht entsprechende Parteiaussagen zitiert noch äussere Umstände festgestellt, die objektiv auf einen entsprechenden Willen schliessen lassen würden, wie etwa eine Zweckvereinbarung zwischen Darleiher und Borger.

4.2 In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich sodann aus dem angefochtenen Urteil, dass sich die Beschwerdeführerin ihrer finanziellen und strukturellen Probleme spätestens ab Beginn des Jahres 2001 bewusst war und sich die finanzielle Lage im Verlauf des Jahres permanent verschlechterte. Am 2. April musste sie einen Konzernverlust von Fr. 2'885 Mio. bekannt geben und an der Generalversammlung vom 25. April trat die Mehrheit des Verwaltungsrates zurück. Während des Sommers hatte die Luftverkehrsbranche insgesamt mit einem Konjunkturabschwung zu kämpfen. Mit Bezug auf die Beschwerdeführerin konstatierte Moody's am 19. Juni ein erhebliches Kreditrisiko und erteilte für die kurzfristigen Verbindlichkeiten kein Rating mehr. Das Handelsgericht äusserte sich zwar nicht zur Erörterung der dramatischen Lage an den VR-Sitzungen im Juni und Juli; es darf aber als notorisch gelten, dass sich die finanzielle Situation auch während des Sommers nicht verbesserte und sich die verantwortlichen Organe über die Situation im Klaren waren.

4.3 Auch in schwierigen finanziellen Verhältnissen muss es einem Schuldner grundsätzlich erlaubt sein, seine normale Geschäftstätigkeit aufrecht zu erhalten, und die dem Insolvenzrecht zugrunde liegende Maxime der Gläubigergleichbehandlung (Art. 197 Abs. 1 SchKG, unter Vorbehalt von Art. 219 SchKG) greift an sich erst mit der Konkurseröffnung, soweit nicht die Voraussetzungen der Anfechtung im Sinn von 285 ff. SchKG gegeben sind. Vorliegend mag sodann die angefochtene Zahlung vor dem Hintergrund der in den Kreditverträgen der Beschwerdeführerin verbreiteten Cross Default-Klauseln verständlich erscheinen. Solche Klauseln können indes nicht automatisch zu einer Verneinung der Schädigungsabsicht und damit gewissermassen zu einer generellen Unanfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen führen, ansonsten damit einer ganzen Gläubigerkategorie eine Vorzugsstellung eingeräumt würde.

Bei der konkret angefochtenen Darlehensrückzahlung geht es um eine Handlung, die mit dem operativen Geschäft in keinem oder jedenfalls nicht in einem direkten Zusammenhang stand, sondern mit welcher im Gegenteil letzte vorhandene Liquidität abgeführt wurde. Dass hierfür die Schädigung der anderen Gläubiger nicht der eigentliche Zweck war, versteht sich von selbst; vielmehr war der Eintritt der Fälligkeit der Auslöser für die Darlehensrückzahlung. Angesichts der dramatischen finanziellen Situation, insbesondere der unmittelbar bevorstehenden Illiquidität bedeutete aber die Zahlung nicht nur objektiv eine Bevorzugung der Beschwerdegegnerin gegenüber den anderen Gläubigern, sondern konnten die Organe der SAir, denen die katastrophale Finanzlage bewusst sein musste, voraussehen, dass als notwendige (Neben-)Folge des bedeutenden Mittelabflusses von Fr. 80 Mio. am 29. August die anderen Gläubiger zu Schaden kommen würden. Jedenfalls hätten sie sich über die Gläubigerschädigung Rechenschaft geben können und müssen, und insofern haben sie diese gleichsam in Kauf genommen, womit das Tatbestandsmerkmal der Schädigungsabsicht erfüllt ist.

5.
Als weitere Tatbestandsvoraussetzung ist zu prüfen, ob die Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin für die Beschwerdegegnerin erkennbar war.

5.1 Als wichtiges Indiz gegen die Erkennbarkeit hat das Handelsgericht angeführt, dass die Beschwerdegegnerin ihre Beteiligung an der Bandung-Flugzeugfinanzierung am 10. August 2001, mithin kurz vor der angefochtenen Zahlung um ein weiteres Jahr verlängert habe (S. 28). Diesbezüglich wird aber der relevante Sachverhalt im angefochtenen Urteil derart verkürzt, dass er sich geradezu ins Gegenteil verkehrt und gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG einer Ergänzung bedarf, zumal die Flugzeugfinanzierung als Argument gegen die Erkennbarkeit von der Beschwerdegegnerin im Wesentlichen erst in der Duplik (Rz. 174 ff.) vorgebracht worden war, so dass die Beschwerdeführerin hierzu keine Stellung nehmen konnte und erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gab.

Wie die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Beilage 38/58 zur kantonalen Duplik vorbringt (Beschwerde S. 25 f.) und von der Beschwerdegegnerin inhaltlich nicht bestritten wird (Vernehmlassung S. 10), finanzierte diese gemeinsam mit vier anderen Konsortialbanken 15 Flugzeuge der Swissair-Flotte, wobei der Kredit der Bandung (Bermuda) Ltd. gewährt wurde, welche ihrerseits die Flugzeuge an Swissair verleaste. Hierfür liessen sich die Geldgeber erstrangige Flugzeughypotheken einräumen, wobei die Höhe der Verpflichtungen der Konsortialbanken auf maximal 75% der Marktwerte der finanzierten Flugzeuge begrenzt war. Darüber hinaus liessen sie sich die Leasingraten und die Kaufpreisansprüche aus dem bereits vereinbarten Weiterverkauf der Flugzeuge nach Ablauf der Nutzungsdauer abtreten (Kreditvorlage der Beschwerdegegnerin vom 23. September 1999, Beilage 38/58, S. 2).

Aus diesen Sachverhaltselementen ergibt sich, dass für die Beschwerdegegnerin mit Bezug auf die Frage der Verlängerung des betreffenden Engagements vernünftigerweise die Risikoabschätzung betreffend die Realsicherheiten (Marktwert der belehnten Flugzeuge und Werthaltigkeit der zedierten Forderungen) wegleitend war. Jedenfalls bildet die Prolongation des Vertrages mit der Bandung Ltd. entgegen den Ausführungen in der Vernehmlassung (S. 68 f.) keine Grundlage für die Mutmassung, die Beschwerdegegnerin habe die katastrophale finanzielle Situation der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung nicht erkannt, und noch weniger eine Basis für die Annahme, sie habe diese Situation selbst bei sorgfältiger Prüfung nicht erkennen können.

5.2 Auch die übrigen Sachverhaltsfeststellungen des Handelsgerichts geben keine Anhaltspunkte für eine entsprechende rechtliche Folgerung. Zunächst wurde festgehalten, dass die finanziellen Schwierigkeiten spätestens ab Anfang 2001 nach Aussen hin erkennbar waren und ab April 2001 sogar für die Allgemeinheit ersichtlich war, dass die Beschwerdeführerin nicht vor bloss konjunkturellen, sondern vor strukturellen Problemen stand. Umso mehr war dies für die - vom Handelsgericht unterschwellig auf die gleiche Stufe wie ein gewöhnlicher Zeitungsleser gesetzte - Beschwerdegegnerin erkennbar, der als erfahrene Geschäftsbank und laufend mit der Beschwerdeführerin in Kontakt stehende Vertragspartnerin andere Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung standen als der Allgemeinheit. Sie setzte die Beschwerdeführerin denn auch

bereits am 8. März 2001 auf die interne "Watch-List". Am 10. Mai 2001 teilte sie der Beschwerdeführerin mit, dass der - zuvor regelmässig verlängerte - Betriebsmittelrahmenkredit extern ausgelaufen sei und nur noch als Fall-auf-Fall-Entscheidung mit Prolongationen für 1-, 2- oder 3-Monatsfestschreibung im Sinn eines Termingeldkredits weiter genutzt werden könne. Am 22. Mai erfolgte bei der
Beschwerdegegnerin eine interne Berichterstattung, bei der verschiedene positive Aspekte, daneben aber auch mehrere Warnsignale aufgezeigt wurden; so wurde namentlich darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin bislang keine Details über Sanierungsbemühungen, insbesondere über Planzahlen für das laufende und kommende Jahr, über den Stand der Verkaufsbemühungen von nicht betriebsnotwendigem Vermögen und über den Fortschritt bei der Loslösung von unrentablen Beteiligungen bekannt gegeben habe. Am 25. Mai verlängerte die Beschwerdegegnerin den Kredit ein letztes Mal bis zum 29. August. Am 18. Juli erging der an die Banken gerichtete Hilferuf der Finanzchefin der Beschwerdeführerin, wonach man in den nächsten Monaten dringend auf die anhaltende Unterstützung durch die Geldgeber angewiesen sei. Per Ende August war die Beschwerdegegnerin nicht mehr zu einer weiteren Kreditverlängerung bereit.

Vor diesem Hintergrund bestanden für die Beschwerdegegnerin deutliche Anzeichen dafür, dass die anderen Gläubiger durch die Rückzahlung des Kredites am 29. August 2001 in ihren Exekutionsrechten beeinträchtigt werden könnten. Die Umwandlung des seit Jahren immer wieder verlängerten Betriebsrahmenkredites in einen kurzfristigen Termingeldkredit lässt sogar darauf schliessen, dass sich die Beschwerdegegnerin spätestens ab Mai über die dramatische Situation, in der sich die Beschwerdeführerin befand, im Klaren war; jedenfalls aber hätte sie bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt und Aufmerksamkeit erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintreten würde.

5.3 Etwas anderes lässt sich auch nicht aus dem Umstand ableiten, dass die Pressemitteilungen während der Sommermonate in unterschiedliche Richtungen gingen. Entgegen der Ansicht des Handelsgerichts darf daraus nicht einfach auf ein Nichterkennenkönnen der Schädigungsabsicht geschlossen werden, zumal in vielen Artikeln eindringlich auf die dramatische Lage hingewiesen wurde (kritische Beurteilungen in der Financial Times vom 29. Mai, in der FAZ vom 6. Juni und in der Sonntagszeitung vom 10. Juni, die von einer katastrophalen Lage sprach). Ganz allgemein waren die Sommermonate von einem internen und externen "Hoffen und Bangen" gekennzeichnet, wie es das Handelsgericht ausgedrückt hat. Stehen die Zeichen auf "Hoffen und Bangen", musste aber einer Geschäftsbank bewusst sein, dass ihr Kreditengagement einem sehr hohen Risiko ausgesetzt war. Die Beschwerdegegnerin hat denn auch entsprechende Massnahmen getroffen, indem sie wie erwähnt den Betriebsmittelkredit in einen kurzfristigen Termingeldkredit umgewandelt und ihn schliesslich per 29. August nicht mehr verlängert, sondern auf sofortiger Rückzahlung bestanden hat. Die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil und in der Vernehmlassung, das Vorgehen der Beschwerdegegnerin
habe einem sorgfältigen und vorsichtigen Geschäftsgebaren entsprochen und insbesondere sei sie auch nicht zur Verlängerung des Kredites verpflichtet gewesen, treffen zu, sind aber im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit nicht von Belang; hierfür ist vielmehr die Frage massgebend, ob die Beschwerdegegnerin hätte erkennen können und müssen, dass mit der von der Beschwerdeführerin am 29. August vorgenommenen Zahlung von Fr. 80 Mio. möglicherweise die Exekutionsrechte der anderen Gläubiger beeinträchtigt werden könnten.

5.4 Gleiches gilt für die Hinweise auf den (nie beanspruchten) Milliardenkredit und auf die "Interim Information Disclosure for Lenders" vom 19. Juli, von denen das Handelsgericht auf ein Nichterkennenkönnen der Schädigungsabsicht geschlossen hat. Inhalt der letztgenannten Dokumentation war u.a., dass mit dem Erlös aus Verkäufen von Unternehmensteilen im Bereich des Flugnebengeschäfts Liquidität zur Rückzahlung von Schulden gewonnen werden sollte. Die Ankündigung eines Notverkaufs profitabler Betriebe (v.a. Gate Gourmet und Nuance, vgl. Vernehmlassung S. 52, wobei die Spezifizierung später erfolge) ist aber kein beruhigendes, sondern ein für jedermann erkennbares Alarmsignal dafür, dass die finanzielle Schieflage dramatische Ausmasse angenommen haben muss und der Schuldner um sein Überleben kämpft. Desgleichen ist es kein beruhigendes, sondern ein alarmierendes Zeichen, wenn die Aufrechterhaltung der Liquidität vom Erfolg der Aushandlung eines neuen Kredites abhängt, die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit mithin einzig auf das Eingehen neuer Schulden und nicht auf echte Sanierungsmassnahmen oder gar auf Erfolge im operativen Geschäft zurückzuführen ist.

5.5 Insgesamt ergibt sich, dass für die Beschwerdegegnerin deutliche Anzeichen dafür bestanden und sie insofern jedenfalls hätte erkennen können, dass mit der angefochtenen Zahlung möglicherweise eine Schädigung der anderen Gläubiger verbunden sein würde. Damit ist die Tatbestandsvoraussetzung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht erfüllt.

6.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen und die Beschwerdegegnerin zur Zahlung von Fr. 80'909'777.80 nebst Zins zu verpflichten ist. Die Beschwerdegegnerin wird folglich für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Festsetzung und Verteilung der kantonalen Kosten und Entschädigungen entsprechend dem neuen Ausgang des Verfahrens ist vom Handelsgericht vorzunehmen (Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 2008 wird aufgehoben.

2.
Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin Fr. 80'909'777.80 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 13. 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.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. April 2009
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Möckli