Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
5A 29/2007/bnm

Sitzung vom 29. Mai 2008
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Marazzi,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
SAirGroup in Nachlassliquidation,
Hirschengraben 84, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch den Liquidator Karl Wüthrich, Rechtsanwalt, Goldbach-Center, Seestrasse 39,
8700 Küsnacht ZH,

gegen

Zürcher Kantonalbank, Bahnhofstrasse 9, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Niedermann, Utoquai 37, 8008 Zürich.

Gegenstand
Paulianische Anfechtung,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Januar 2007.

Sachverhalt:

A.
Die SAirGroup ging im Jahre 1997 durch Änderung der Firma aus der Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft hervor. Sie war eine Holdinggesellschaft mit Anteilen an verschiedenen im Fluggeschäft tätigen Firmen, unter anderem der SAirLines mit der neu gegründeten, für den eigentlichen Flugbetrieb zuständigen Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft. Die SAirGroup musste am 2. April 2001 einen Konzernverlust für das Geschäftsjahr 2000 von rund 2.8 Milliarden Franken öffentlich bekannt geben.

B.
Die Zürcher Kantonalbank stand mit der einstigen Ŝwissairẅie auch mit der SAirGroup und ihren Tochtergesellschaften über Jahre hinweg in Geschäftsbeziehungen. Am 17./19. August 1999 gewährte sie der SAirGroup einen Kredit von 100 Mio. Franken (Blankolimite). Der Kredit wurde voll in Anspruch genommen und mehrfach verlängert. Am 2. Juli 2001 vereinbarten die Geschäftspartner, dass die SAirGroup die Zürcher Kantonalbank umgehend informiere, wenn eine Bank ihr Kreditengagement bzw. ihre bestätigten Kreditlimiten gegenüber der SAirGroup reduzieren oder vollständig aufheben sollte, und dass die Zürcher Kantonalbank den festen Vorschuss zur sofortigen Rückzahlung fällig stellen könne bei ausbleibender Information wie auch bei einer Reduktion eines Kreditengagements bzw. einer Reduktion oder Aufhebung einer bestätigten Kreditlimite

durch Drittbanken. Gestützt auf die Kreditvereinbarungen zahlte die SAirGroup die folgenden Beträge an die Zürcher Kantonalbank:

- 21.08.2001 (Valuta 22.08.2001) CHF 30 Mio. plus CHF 234'222.20 Zins;
- 05.09.2001 (Valuta 06.09.2001) CHF 30 Mio. plus CHF 153'708.35 Zins;
- 27.09.2001 (Valuta 27.09.2001) CHF 20 Mio. plus CHF 128'333.35 Zins,

insgesamt also CHF 80'516'263.90. Am 2. Oktober 2001 musste die SAirGroup ihren Flugbetrieb einstellen (sog. Grounding).

C.
Am 5. Oktober 2001 wurde der SAirGroup die provisorische Nachlassstundung bewilligt. Das Bezirksgericht Zürich bestätigte den vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung am 20. Juni 2003. Die Verfügung wurde am 26. Juni 2003 rechtskräftig.

D.
Mit Klage vom 17. Juni/16. November 2005 beantragte die SAirGroup in Nachlassliquidation, es sei die Zürcher Kantonalbank gerichtlich zu verpflichten, ihr CHF 80'516'263.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. Juni 2005 zu bezahlen. Ihre Ansprüche stützte sie auf den Tatbestand der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG. Die Zürcher Kantonalbank schloss auf Abweisung. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage ab (Urteil vom 10. Januar 2007).

E.
Dem Bundesgericht beantragt die SAirGroup in Nachlassliquidation, ihre Klage gutzuheissen, eventuell die Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Ihr Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde abgewiesen, das Verfahren aber bis zum Entscheid des kantonalen Kassationsgerichts über die gleichzeitig gegen das handelsgerichtliche Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde sistiert (Präsidialverfügung vom 16. Februar 2007). Das Kassationsgericht trat auf die Beschwerde nicht ein (Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2007). Die SAirGroup in Nachlassliquidation hat ihre Beschwerde mit den gleichen Sachanträgen erneuert und ergänzt. Die Zürcher Kantonalbank schliesst auf Abweisung, soweit auf die Beschwerde eingetreten werden könne. Das Handelsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
Das angefochtene Urteil unterliegt als Entscheid in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen mit einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.– der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; vgl. BGE 130 III 235 E. 1 S. 236). Entschieden hat das Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG) gegen die Beschwerdeführerin, die mit ihren Begehren unterlegen und damit zur Beschwerde berechtigt ist (Art. 76 Abs. 1 BGG). Das handelsgerichtliche Urteil schliesst den Zivilprozess ab und ist damit Endentscheid (Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerin hat das Urteil des Handelsgerichts innert der Frist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten und ihre Beschwerde nach Vorliegen des kassationsgerichtlichen Zirkulationsbeschlusses innert der Frist gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG erneuert und ergänzt. Da die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht alle Rügen nach Art 95-98 BGG zulässt (vgl. § 281 ZPO/ZH), beginnt die Frist zur Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts erst mit der Eröffnung des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG). Hat die Beschwerdeführerin das handelsgerichtliche Urteil - wie
hier - sofort nach dessen Eröffnung angefochten, wird das Rechtsmittelverfahren praxisgemäss bis zum Ablauf der Frist gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG ausgesetzt. Innert laufender Frist ist die Beschwerdeführerin befugt, allfällige Mängel ihrer Rechtsmitteleingabe zu beheben oder deren Begründung zu ergänzen (Urteil 4A 146/2007 vom 8. Februar 2008, E. 1).

Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die zweite Beschwerdeschrift sei unzulässig, weil das Kassationsgericht

auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten sei. Auf den zitierten BGE 134 III 92 Nr. 16 lässt sich der Einwand nicht stützen. Das Urteil befasst sich mit dem Fall, dass die Nichtigkeitsbeschwerde nach kantonalem Recht nicht gegeben ist und deshalb Art. 100 Abs. 6 BGG nicht greifen kann, d.h. die Beschwerdefrist gegen das Urteil des Obergerichts sofort und nicht erst dreissig Tage nach Eröffnung des kassationsgerichtlichen Nichteintretensbeschlusses zu laufen beginnt (BGE 134 III 92 E. 1.7 S. 96). Das Urteil sagt nichts zum vorliegenden Fall, wo die Nichtigkeitsbeschwerde an sich gegeben ist und das Kassationsgericht lediglich aus formellen Gründen einen Nichtigkeitsgrund als nicht nachgewiesen betrachtet hat. Abzustellen ist somit auf die zweite Beschwerdeschrift.

Blosse Verweise auf kantonale Eingaben genügen den formellen Anforderungen an die Beschwerdeschrift nicht (Art. 42 Abs. 2 BGG; Urteil 4A 137/2007 vom 20. Juli 2007, E. 4). Mit diesem Vorbehalt kann auf die Beschwerde eingetreten werden. Formelle Einzelfragen sind im Sachzusammenhang zu erörtern.

2.
Anfechtbar sind gemäss Art. 288 SchKG alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Der Äbsichtsanfechtung (Marginalie zu Art. 288 SchKG) unterliegen gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG auch Rechtshandlungen, die der Schuldner vor der Bestätigung des Nachlassvertrages vorgenommen hat. Obwohl das Gesetz sie nicht ausdrücklich erwähnt, ist - neben der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit - weitere Voraussetzung der Absichtsanfechtung, dass die angefochtene Handlung des Schuldners die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich schädigt. Denn mit der Anfechtung sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung gemäss Art. 286-288 SchKG entzogen worden sind (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Die Anfechtungsklage dient der Wiedergutmachung eines den Gläubigern oder einem Teil davon zugefügten Nachteils. Sie setzt eine Gläubigerschädigung sowie die Schädigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Dritten voraus (vgl. BGE 29 II 747 E. 6 S. 753; 99 III 27 E. 3 S. 32 f.). Alle drei Voraussetzungen hat zu beweisen, wer aus der Erfüllung des Tatbestandes gemäss Art. 288 SchKG Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB), in der Regel also der Anfechtungskläger und hier die Beschwerdeführerin (BGE 24 II 918 E. 7 S. 926; 33 II 665 E. 4 S. 668 und die seitherige Rechtsprechung).

3.
Die Voraussetzung der Gläubigerschädigung hat das Handelsgericht nicht eigens erörtert und als offenkundig angenommen.

3.1 Eine Schädigung der Gläubiger tritt in der Regel nicht ein, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können, und sein Geschäftspartner habe das erkannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen (BGE 130 III 235 E. 2.1.2 S. 238). Die Rückzahlung eines Darlehens ist nicht die (gleichwertige) Gegenleistung für dessen Gewährung, sondern die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zu späterer Rückzahlung. Die Darlehensrückzahlung an Gläubiger, denen weder ein Konkursprivileg noch ein dingliches Vorrecht zusteht, schädigt die übrigen Gläubiger, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran vermindert, und begünstigt die befriedigten gegenüber den verbleibenden Gläubigern (vgl. BGE 99 III 27 E. 3-5 S. 32 ff.).

3.2 Den angefochtenen Rückzahlungen von insgesamt 80 Mio. Franken nebst Zins hat ein ungesicherter Kredit zugrunde gelegen. Die Teilrückzahlungen dieses Kredits haben die Beschwerdegegnerin begünstigt und zumindest die anderen Drittklassgläubiger durch Verminderung des der Vollstreckung unterliegenden Vermögens geschädigt. Im Lichte der Rechtsprechung ist der Einwand unberechtigt, die Teilrückzahlungen seien die Gegenleistung für die teilweise Verlängerung des bestehenden Kredits. Zwischen der Gewährung eines neuen Darlehens und der Verlängerung eines früher gewährten Darlehens bestehen keine Unterschiede. Die Rückzahlung des Darlehens stellt in beiden Fällen keine Gegenleistung dar. Sie ist die Erfüllung der vertraglich begründeten Verpflichtung und als solche unabhängig von der Aufnahme oder Verlängerung des Darlehens anfechtbar. Der Zweck des Darlehens, einem Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten zu helfen, ist für die

Gläubigerschädigung - anders als für die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit (E. 5 hiernach) - nicht entscheidend (vgl. BGE 99 III 27 E. 5 S. 37 f.).

3.3 Aus den dargelegten Gründen muss die Voraussetzung der Gläubigerschädigung durch die Darlehensrückzahlung von insgesamt 80 Mio. Franken nebst Zins als erfüllt betrachtet werden.

4.
Der Tatbestand gemäss Art. 288 SchKG setzt weiter voraus, dass der Schuldner die anfechtbare Handlung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.

4.1 Schädigungsabsicht liegt vor, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger 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 sich der Schuldner darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden (BGE 21 I 660 E. 4 S. 669; 83 III 82 E. 3a S. 85). Die direkte oder indirekte Schädigungsabsicht des Schuldners betrifft zunächst eine innere Tatsache und lässt sich unmittelbar nur durch die Parteiaussage beweisen, im Übrigen aber bloss durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt haben (Tatfrage). Gestützt darauf ist zu beurteilen, ob begrifflich eine Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vorgelegen hat (Rechtsfrage; vgl. zur Abgrenzung: BGE 26 II 617 E. 4 S. 620, abweichend von BGE 21 I 279 E. 6 S. 286, und die seitherige Rechtsprechung, z.B. BGE 33 II 665 E. 3 S. 667; 55 III 80 E. b S.
87).

4.2 Voraussetzung des Tatbestandes gemäss Art. 288 SchKG ist schliesslich die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Dritten. Als erkennbar zu gelten hat alles, was bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte (vgl. BGE 21 I 279 E. 6 S. 286 f.; 30 II 160 E. 5 S. 164). Es genügt, wenn der Dritte bei der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen (BGE 83 III 82 E. 3b S. 86; 99 III 89 E. 4b S. 91 f.). Eine unbeschränkte Erkundigungspflicht wird damit nicht aufgestellt. Vielmehr kann Sorgfalt nur verlangt werden, wenn und soweit dazu Anlass besteht. Im Allgemeinen braucht sich niemand darum zu kümmern, ob durch ein Rechtsgeschäft die Gläubiger seines Kontrahenten geschädigt werden oder nicht. Nur wenn deutliche Anzeichen dafür sprechen, dass eine Schädigung beabsichtigt ist, darf vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, ob jene Absicht wirklich bestehe oder nicht (BGE 30 II 160 E. 5 S. 165; 37 II 303 E. 6 S. 310). Die Pflicht oder - genauer - Obliegenheit, den Schuldner zu befragen und die notwendigen Erkundigungen einzuziehen,
setzt nicht bloss Änzeichenfür eine Benachteiligung voraus (BGE 99 III 89 E. 4b S. 92), sondern weiterhin ëutliche Anzeichen(Urteil 5C.3/2007 vom 9. August 2007, E. 3.4). In Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls ist zu beurteilen, ob der Dritte die Schädigungsabsicht des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung wirklich erkannt hat (Tatfrage) oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen (Rechtsfrage; vgl. zur Abgrenzung: BGE 21 I 279 E. 6 S. 286 f. und die seitherige Rechtsprechung, z.B. BGE 33 II 665 E. 4 S. 668).

4.3 Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit durch Organe oder rechtsgeschäftlich bestellte Stellvertreter sind der juristischen Person bzw. dem Vertretenen anzurechnen (vgl. Schüpbach, Droit et action révocatoires, Basel 1997, N. 83-85, und A. Staehelin, Basler Kommentar, 1998, N. 17, je zu Art. 288 SchKG; seither: Urteil 5P.143/2000 vom 2. Oktober 2000, E. 3).

5.
Das Handelsgericht hat die Rechtslage zutreffend dargestellt, dann aber angenommen, das monatelange, von der Öffentlichkeit verfolgte und diskutierte Bemühen zur Sanierung der SAirGroup müsse bei der Würdigung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit massgeblich berücksichtigt werden. Streitig ist vor Bundes-

gericht, nach welchem Massstab die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit zu beurteilen sind, wenn anfechtbare Rechtshandlungen während und im Rahmen einer Sanierung des Schuldners erfolgen.

5.1 Das Handelsgericht hat festgehalten, die SAirGroup habe in erkennbarer Weise mit Beginn des Jahres 2001 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gesteckt und sei Anfang April 2001 in die Sanierungsphase getreten. Es ist davon ausgegangen, in einer Sanierungsphase sei allen bewusst, dass kurzfristig, während der folgenden Monate, positive Lösungen gesucht und negative Entwicklungen vermieden oder eingedämmt werden müssten, wobei auf längere Sicht, ein Jahr und mehr, ein Scheitern nicht ausgeschlossen werden könne. Die Legitimation für Sanierungsbemühungen in Bezug auf eine nicht überschuldete Gesellschaft stehe ausser Frage. Die anderen Lösungen, z.B. eine freiwillige Liquidation, erschienen gerade bei Publikumsgesellschaften mit ihren vielen Mitarbeitern, Verpflichtungen und Verflechtungen als völlig unpraktikabel, weil sie von vornherein massivste Wertverluste für die Aktionäre und die Gläubiger zur Folge hätten. Sanierungsbemühungen würden somit in aller Regel - und davon dürfe auch vorliegend ausgegangen werden - im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger und auch der Aktionäre unternommen. Sie setzten grundsätzlich die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs mit Fortführungswillen mehr oder weniger im Sinne eines c̈ourant normal¨
voraus. Zur Führung eines Geschäftsbetriebs gehörten die Generierung von Einnahmen und die Geltendmachung von Rechten, aber auch die Erfüllung von Verpflichtungen, insbesondere die Bezahlung von Schulden. Erstere Verhaltensweisen bildeten die Voraussetzung der Gewinnerzielung, letztere schafften Vertrauen, was wiederum ersteren diene. Das Handelsgericht hat daraus gefolgert, es könne nun nicht der Zweck der Anfechtungsklage sein, echte Sanierungsbemühungen mit der Gefahr einer späteren Rückgängigmachung von Rechtshandlungen zu belasten. Die Geschäftspartner der zu sanierenden Gesellschaft dürften in der Regel davon ausgehen, diese sei mindestens auf absehbare Zeit in der Lage, ihren fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen, weshalb man auch von ihr ohne Risiko Erfüllungshandlungen entgegennehmen könne. Von daher gesehen dürfe für die Anwendung von Art. 288 SchKG nicht einfach das Wissen um die s̈chlechte Lageg̈enügen. Es müsse vielmehr zur Bejahung der Anfechtungsklage um die Erkenntnis (beim Schuldner auch um das Erkennenmüssen, beim Gläubiger um das Erkennensollen) gehen, dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich sei, dass nur mehr die Liquidation bleibe. In der Sanierungsphase sei eine Gleichbehandlung
der Gläubiger - wie sie dem Anfechtungsrecht zugrunde liege - per definitionem nicht möglich, in der Liquidationsphase, die aus Sicht von Art. 288 SchKG schon mit besagter Erkenntnis beginne, sei sie Pflicht.

5.2 Nach der Rechtsprechung hat die Anfechtungsklage nicht zum Zweck, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen. Es liegt im Interesse der Gläubiger, dass Dritte versuchen, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen, ohne Gefahr zu laufen, im Falle der Nutzlosigkeit der Bemühungen das Entgelt für ihre Leistungen zurückzahlen zu müssen (BGE 78 III 83 E. 2 S. 87/88). Die Rechtsprechung beruht auf dem Grundgedanken, dass es erlaubt ist, dem Schuldner äus der Klemme zu helfen(̈BGE 33 II 345 E. 6 S. 349), und demzufolge die Anfechtungsklage nicht verhindern will, dass einem bedrängten Schuldner durch Gewährung von Zahlungsmitteln geholfen wird, sofern nur diese Hilfe ernstlich als erfolgverheissend betrachtet werden kann (BGE 53 III 78 S. 80; 74 III 48 E. 4 S. 52 ff.; 79 III 78 E. 4 S. 83 ff.). Diese Zahlungsmittel müssen dabei zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt worden sein und nicht bloss mit der Absicht, Geld kurzfristig und zu hohem Zins anzulegen (BGE 99 III 27 E. 5 S. 37).

5.3 Die Lehre hat der Praxis mehrheitlich zugestimmt. Wenn versucht wird, einem bedrängten, aber noch nicht in gänzlich aussichtsloser Lage befindlichen Schuldner das Durchhalten zu ermöglichen, dann soll der besondere Entstehungsgrund der Rückzahlungsverpflichtung berücksichtigt werden mit der Folge, die Begünstigungsabsicht auf Seiten des Schuldners und ihre Erkennbarkeit für den Dritten zu verneinen (vgl. Merz, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1949-1952, ZBJV 90/1954 S. 168; Castella, La connivence du bénéficiaire de l'acte révocable d'après l'art. 288 LP, JdT 104/1956 II 67, S. 79 f.). Damit ein besonderer Behandlung würdiges Sanierungsdarlehen angenommen werden kann, müssen berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben sein. Ist diese Voraussetzung erfüllt, liegt die Abwicklung des ganzen Geschäfts, umfassend Gewährung und Rückzahlung des Darlehens, nicht nur im Interesse des Darlehensgebers, sondern im Interesse auch aller anderen Gläubiger des Schuldners. In einem solchen Fall darf deshalb die Frage nach einer

Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht isoliert, bezogen bloss auf die Rückzahlung gestellt werden. Aufnahme und Rückzahlung des Darlehens sind vielmehr als Einheit zu würdigen. Nur auf diese Weise kann die Schutzwürdigkeit der Interessen des Darlehensgebers und der übrigen Gläubiger in ein richtiges Verhältnis gebracht werden (vgl. Hinderling, Aspekte der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 257 ff., S. 264 f.; vgl. zum fehlgeschlagenen Sanierungsversuch, z.B. für das deutsche Recht: Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 3.A. München 2006, § 48 N. 18 S. 844 f.; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II, 12.A. Heidelberg 1990, § 19 N. 13 S. 262).

5.4 Die weitergehende Rechtsauffassung des Handelsgerichts kann nicht geteilt werden. Sie schränkt den Anwendungsbereich der Absichtsanfechtung ein und führt zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger, je nach dem, ob die anfechtbare Handlung des Schuldners in der - zeitlich schwer eingrenzbaren - Sanierungsphase erfolgt ist oder vor Beginn der Sanierungsphase, aber noch innerhalb der gesetzlichen Frist von fünf Jahren vor der Bewilligung der Nachlassstundung oder des Konkursaufschubs (Art. 288 i.V.m. Art. 331 Abs. 2 SchKG). In Anwendung der Art. 285 ff. SchKG können zwar Bemühungen um die Sanierung von Unternehmen berücksichtigt werden, doch nicht in einer Weise, dass jegliche Anfechtungsklage ab einem bestimmten Zeitpunkt faktisch ausgeschlossen wäre. Die SchKG-Revision von 1994/97 sah von der Schaffung eines eigentlichen Sanierungsrechts für Unternehmen ausdrücklich ab (vgl. Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, BBl. 1991 III 1, S. 8 f.) und beschränkte sich diesbezüglich auf punktuelle Änderungen und Ergänzungen im Rahmen des geltenden Rechts (vgl. die Voten in AB 1993 N 43 f. und S 631 f.). Die als Folge des Zusammenbruchs der Ŝwissairïm Sommer 2003 eingesetzte Expertengruppe Ñachlassverfahrenḣat das Problem der Sanierungsdarlehen erörtert (vgl. Bericht vom April 2005, S. 43), auf einen Vorschlag für eine gesetzliche Regelung aber verzichtet (vgl. Bericht vom Juni 2008, S. 29).

5.5 Insgesamt besteht kein sachlicher Grund, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und künftigen Lösungen des Gesetzgebers vorzugreifen. Eine weniger strenge Beurteilung der Schädigungsabsicht und der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht rechtfertigt deshalb nicht schon die Tatsache, dass sich ein Schuldner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten um Sanierung bemüht. Vorausgesetzt ist vielmehr, dass die Sanierungsbemühungen als erfolgversprechend erscheinen und dass das Darlehen, dessen Rückzahlung angefochten wird, zum Zweck der Sanierung und damit auch im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt wurde.

6.
Bei objektiver Betrachtungsweise kann auf Grund des festgestellten Sachverhalts nicht von einem Sanierungsdarlehen ausgegangen werden.

6.1 Ein Beitrag zur Sanierung muss zwar nicht zwingend in der Gewährung neuer Zahlungsmittel bestehen. Es kann auch die blosse Verlängerung eines früher gewährten Darlehens zur Sanierung beitragen, wenn wie hier die Beschwerdegegnerin auf Grund der Kreditvereinbarung berechtigt war, das Darlehen jederzeit nach freiem Ermessen sofort zur Rückzahlung fällig zu stellen. Dass die Beschwerdegegnerin davon absah und das Darlehen im März 2001 um drei Monate verlängerte, entsprach indessen lediglich ihrer bisherigen Praxis und hatte nicht den Zweck, die ab Beginn des Jahres 2001 erkennbar in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckende SAirGroup bei der Lösung ihrer Probleme zu unterstützen. Die späteren Absprachen zwischen der Beschwerdegegnerin und der SAirGroup, insbesondere die Vereinbarung vom 2. Juli 2001, belegen, dass es der Beschwerdegegnerin vorab um die Gleichstellung mit anderen Kreditgebern gegangen ist. Sie wollte informiert werden und Darlehensrückzahlungen erhalten, wenn die SAirGroup Kredite anderer Darlehensgeber bedienen musste (pari passu-Klausel). Die Beschwerdegegnerin hat im Vergleich mit anderen Kreditgebern weder Sonderleistungen versprochen noch ein eigentliches Entgegenkommen gezeigt noch die Sanierung direkt unterstützt, sondern nach der Mitteilung von Zahlungen an andere Kreditgeber ihrerseits Teilbeträge des Darlehens nebst Zins sofort fällig gestellt und ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der SAirGroup eingefordert. Dass die Beschwerdegegnerin zu diesem Vorgehen mit Rücksicht auf ihre Anteilseigner und Gläubiger berechtigt war, steht ausser Diskussion. Unter dem Blickwinkel der zu prüfenden Frage aber unterscheidet sich die Beschwerdegegnerin mit ihrem Verhalten nicht von anderen gewöhnlichen Kreditgebern.

6.2 Die Darlehensrückzahlungen standen für die SAirGroup nicht im Zusammenhang mit der Sanierung, sondern entsprachen ihrer gegenüber den Banken und auch der Beschwerdegegnerin bekannt gegebenen Kreditpolitik. Sie erfolgten somit weder vor dem Hintergrund, die eingeleitete Sanierung nicht zu gefährden, noch unter dem Druck, einen drohenden Konkurs abzuwenden. Sie waren vielmehr Teil der bis zum Schluss verfolgten Kreditpolitik, mit ein paar wenigen Kreditgebern zusammenzuarbeiten (̈key relationship banks)̈ und die Schulden, namentlich die ungesicherten Bankschulden bei den übrigen Kreditgebern mittelfristig zurückzuzahlen (äccelerated debt repayment programme)̈. Die Beschwerdegegnerin sollte nicht zu diesen Hauptkreditgebern gehören und ihre Darlehen zurückbezahlt erhalten. Die SAirGroup könnte die Darlehensrückzahlungen deshalb nicht unter dem Hinweis auf ihre Sanierungsbemühungen rechtfertigen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die SAirGroup über ein taugliches Sanierungskonzept verfügt hat. Mit einer Sanierung sind die Darlehensrückzahlungen nicht in Zusammenhang gestanden.

6.3 Aus den dargelegten Gründen kann nicht auf die Rechtsprechung zum Sonderfall der Sanierungsdarlehen abgestellt werden (E. 5 hiervor). Ob die SAirGroup das Darlehen an die Beschwerdegegnerin in der dieser erkennbaren Absicht zurückbezahlt hat, ihre Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen (E. 4 hiervor).

7.
Das Handelsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob und ab wann auf Seiten der SAirGroup eine Schädigungsabsicht bestand. Es hat direkt geprüft, ob die Beschwerdegegnerin eine allenfalls vorhandene Schädigungsabsicht hätte erkennen können und müssen.

7.1 Die Vorgehensweise des Handelsgerichts ist zwar nicht unzulässig (z.B. BGE 30 II 133 E. 4 S. 138). Der festgestellte Sachverhalt erlaubt aber die Beurteilung der Schädigungsabsicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren (E. 4.1 hiervor). Beide Parteien haben die Gelegenheit wahrgenommen, sich dazu vor Bundesgericht zu äussern.

7.2 In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass sich die SAirGroup ihrer finanziellen und strukturellen Schwierigkeiten ab Beginn des Jahres 2001 bewusst war. Sie musste im April 2001 einen Rekordverlust von 2.8 Milliarden Franken für das Vorjahr bekannt geben, ihre oberste Geschäftsleitung auswechseln und die Liquidität durch eine neue Kreditlinie über eine Milliarde Franken absichern. Sie stellte den Bankenvertretern am 11. Juli 2001 einen R̈estructuring Planv̈or, worin eine Verringerung der Schulden um 550 Mio. Franken zwischen 31. März 2001 und 30. Juni 2001 verzeichnet und eine Reduzierung der Verschuldung um 2 Milliarden Franken bis Ende 2002 angekündigt wurde. Am 18./19. Juli 2001 übergab sie den Banken ein Informationspaket (İnterim Information Disclosure for Lenders)̈. Danach sollten die Erlöse aus Verkäufen von Unternehmensteilen der Rückzahlung der Darlehen dienen. Am 30. August 2001 musste die SAirGroup eine Halbjahresbilanz bekannt geben, die ein düsteres Bild zeichnete. Gleichzeitig orientierte sie über konkrete Schritte zu Verkäufen in den Bereichen S̈wissportünd N̈uance Group.̇ Am 11. September 2001 ereignete sich der Terroranschlag in New York, der zwangsläufig Auswirkungen auf das Fluggeschäft hatte.

7.3 In Kenntnis der schwierigen Finanzlage verfolgte die SAirGroup eine beständige Kreditpolitik. Die Beschwerdegegnerin sollte nicht zu den Hauptkreditgebern der SAirGroup gehören und ihre Darlehen mittelfristig zurückbezahlt erhalten (vgl. E. 6.2 hiervor). Gestützt auf die Vereinbarung vom 2. Juli 2001 (vgl. E. 6.1 hiervor) und in Übereinstimmung mit ihrer Kreditpolitik teilte die SAirGroup der Beschwerdegegnerin jeweilen mit, wenn andere Kredite bedient werden mussten, und zahlte die von der Beschwerdegegnerin fällig gestellten Teilbeträge am 21. August, am 5. September und 27. September 2001 zurück. Dabei ersuchte sie zwar förmlich um Verlängerung des Darlehens im bisherigen Umfang, besondere Anstrengungen, die Beschwerdegegnerin im Sinne eines Beitrags zur Sanierung zu weitergehendem Entgegenkommen zu bewegen, unternahm die SAirGroup im Zusammenhang mit dem Kredit über 100 Mio. Franken jedoch nicht. Sie beglich die fällig gestellten Darlehensbeträge jeweilen auf erste Aufforderung hin anstandslos.

7.4 Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht ist insgesamt entscheidend, dass die SAirGroup bereits vor der ersten angefochtenen Darlehensrückzahlung am 21. August 2001 über ihre finanzielle Notlage im Bilde war.

Sie hatte Schulden in der Höhe von mehr als zwei Milliarden Franken und konnte ihre Liquidität praktisch nur über Fremdmittel sicherstellen (Verlautbarungen vom April und Juli 2001). Ihre wirtschaftlichen Verhältnisse verbesserten sich auch in den Monaten August und September 2001 nicht, zumal der beabsichtigte Verkauf von Unternehmensteilen noch nicht stattgefunden hatte und ihr deshalb keine neuen Eigenmittel zugeflossen waren. Gleichwohl bezahlte sie der Beschwerdegegnerin rund 80.5 Mio. Franken an Darlehensschulden in drei Teilbeträgen zurück. In Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage muss davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen hat, durch ihre drei Zahlungen an die Beschwerdegegnerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden.

7.5 Aus den dargelegten Gründen muss die Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden.

8.
Das Handelsgericht hat die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht verneint, seiner Beurteilung aber einen unzutreffenden Massstab zugrunde gelegt (E. 5 und 6 hiervor). Nach allgemeinen Grundsätzen ergibt sich Folgendes:

8.1 In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass die SAirGroup in erkennbarer Weise jedenfalls mit Beginn des Jahres 2001 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckte und nicht bloss vor konjunkturellen, sondern vor strukturellen Problemen stand. Gleichwohl verlängerte die Beschwerdegegnerin das Darlehen im März 2001 um drei Monate, wie sie das bis anhin bereits viermal getan hatte. Sie äusserte gegenüber der SAirGroup an deren Bonität zwar Zweifel, unterliess aber weitere Abklärungen. Spätestens im April 2001 erhielt die Beschwerdegegnerin davon Kenntnis, dass die SAirGroup im Vorjahr einen Verlust von 2.8 Milliarden Franken erlitten hatte, ihre oberste Geschäftsleitung erneuerte und ihre Liquidität durch eine zusätzliche Kreditlinie von einer Milliarde Franken bei drei Grossbanken absichern musste. Nachdem sie von der Verpfändung eines Aktienpakets durch die SAirGroup an eine Drittbank im Mai 2001 aus der Presse erfahren hatte, verlängerte die Beschwerdegegnerin das Darlehen ab 1. Juni 2001 nur noch um einen Monat statt um drei Monate und trat mit der SAirGroup in Verhandlungen, die mit der Vereinbarung vom 2. Juli 2001 endeten. Danach war die SAirGroup verpflichtet, die Beschwerdegegnerin insbesondere über die Rückzahlung von
Krediten an andere Banken zu informieren, und die Beschwerdegegnerin berechtigt, im Falle derartiger Rückzahlungen ihrerseits das gewährte Darlehen gegenüber der SAirGroup mit sofortiger Wirkung fällig zu stellen. Den Vertretern mehrerer Banken, unter anderem der Beschwerdegegnerin, wurde am 11. Juli 2001 von Seiten der SAirGroup ein Ṙestructuring Planv̈orgestellt und am 18./19. Juli 2001 ein Informationspaket mit dem Titel Ïnterim Information Disclosure for Lenders"übergeben. Danach sollten die Erlöse aus Verkäufen von Unternehmensteilen der Rückzahlung der Darlehen dienen. Auf Grund der Mitteilung der SAirGroup, dass eine Drittbank einen Kredit von 30 Mio. Franken nicht mehr verlängere, verlangte die Beschwerdegegnerin die sofortige Rückzahlung von 30 Mio. Franken nebst Zins per 22. August 2001.

8.2 Für die Zeit nach der ersten Darlehensrückzahlung steht weiter verbindlich fest, dass die SAirGroup am 30. August 2001 einen Halbjahresabschluss bekannt geben musste, der ein düsteres Bild zeichnete. Das schlechte Halbjahresergebnis wurde gegenüber den Kreditgebern kommentiert und in einem Medienbulletin vom gleichen Tag der Öffentlichkeit erläutert. Darin hiess es, die SAirGroup habe Vereinbarungen, um Verluste bei anderen Fluggesellschaften zu stoppen, erfolgreich abgeschlossen und konkrete Schritte zu den bereits angekündigten Verkäufen von Unternehmensteilen in den Bereichen S̈wissportünd N̈uance Groupünternommen. Aus dem Erlös sollten insbesondere ungesicherte Bankschulden zurückbezahlt werden, um - im Sinne der erwähnten Kreditpolitik (E. 6.2 hiervor) - die Zahl der Kreditgeber zu vermindern und mit einer kleineren Gruppe von Kreditgebern die Geschäftsbeziehungen fortzusetzen. Per Ende August 2001 lehnte die Beschwerdegegnerin es ab, der SAirGroup einen Hypothekarkredit von 100 Mio. Franken gegen Belehnung eines unbelasteten Grundstücks einzuräumen. Auf Grund der Mitteilung der SAirGroup, dass ein Kredit von 80 Mio. Franken an eine Drittbank zurückbezahlt werden müsse, stellte die Beschwerdegegnerin das Darlehen
umgehend im Teilbetrag von 30 Mio. Franken nebst Zins per 6. September 2001 fällig.

8.3 Zwischen der zweiten und der dritten Darlehensrückzahlung vom 27. September 2001 verstrichen lediglich drei Wochen. Eine weitere Woche danach stellte die SAirGroup am 4. Oktober 2001 ihr Gesuch um Nachlass-

stundung. Im Fall der dritten Darlehensrückzahlung von 20 Mio. Franken nebst Zins musste das Handelsgericht zusätzlich die Folgen und Auswirkungen des Terroranschlags vom 11. September 2001 in New York berücksichtigen, der zwangsläufig Auswirkungen auf das Fluggeschäft hatte. Ab Mitte September 2001 ersuchte die SAirGroup die Bundesbehörden um finanzielle Unterstützung bei der Lösung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Die Presse und die SAirGroup in einer Medienmitteilung vom 24. September 2001 berichteten über die Verhandlungen. In einem Begleitschreiben zur Medienmitteilung wurde bestätigt, die SAirGroup werde fällige Verbindlichkeiten begleichen und die früher angekündigten Verkäufe von Unternehmensteilen seien im Oktober zu erwarten (S̈wissporẗ) bzw. bis Ende 2001 durchführbar (N̈uance Group̈). Am 25. September 2001 teilte die SAirGroup der Beschwerdegegnerin erneut mit, dass ein Darlehen von einer Drittbank nicht verlängert werde. Die Beschwerdegegnerin verlangte daraufhin sofort die Rückzahlung von 20 Mio. Franken
nebst Zins per 27. September 2001.

8.4 Neben vielen einzelnen Indizien, die rechtlich so oder anders gewürdigt werde können, ist für die Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin auch dann noch passiv geblieben ist und keine weitergehenden Erkundigungen eingezogen hat, als auf Grund der wirtschaftlichen Gesamtlage bereits deutliche Anzeichen dafür bestanden, die SAirGroup könnte mit den jeweiligen Darlehensrückzahlungen eine Schädigung anderer Gläubiger zumindest in Kauf nehmen. Vor der ersten Darlehensrückzahlung per 22. August 2001 hat die Beschwerdegegnerin alarmieren müssen, dass die SAirGroup nach Mitteilung des massiven Vorjahresverlustes und der ersten einschneidenden Massnahmen (Auswechseln der Führungsspitze) ihre Liquidität bereits im April 2001 nur mehr durch die erfolgreiche Aushandlung eines Kredits von einer Milliarde Franken sicherstellen konnte und im Juli 2001 den Verkauf von Unternehmensteilen ankündigen musste. Hängt aber die jederzeitige Zahlungsbereitschaft des Schuldners vom Erfolg der Verhandlungen mit Kreditgebern oder dem Verkauf von Unternehmensteilen ab, darf sich ein Gläubiger nicht darauf beschränken, seine Gleichbehandlung mit anderen Gläubigern von Bankdarlehen abzusichern, wie das
die Beschwerdegegnerin getan und erreicht hat. Unter den gegebenen Voraussetzungen muss vom Gläubiger vielmehr eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, ob durch Zahlungen des Schuldners die Schädigung anderer Gläubiger als möglich erscheint oder vom Schuldner gar gewollt sein könnte. Gleicherweise deutliche Alarmzeichen haben vor der zweiten Darlehensrückzahlung per 6. September 2001 darin bestanden, dass der am 30. August 2001 bekannt gegebene Halbjahresabschluss die äusserst schlechte Finanzlage der SAirGroup bestätigt hat und dass es sich bei den zu veräussernden Unternehmensteilen um die Bereiche S̈wissportünd N̈uance Group̈handeln sollte. Ihre Untätigkeit muss sich die Beschwerdegegnerin auch mit Blick auf die dritte Darlehensrückzahlung per 27. September 2001 vorhalten lassen, hat doch die SAirGroup Mitte September 2001 die Bundesbehörden um finanzielle Unterstützung bei der Lösung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten ersucht. Ein Schuldner, der die werthaltigen und gewinnträchtigen Unternehmensteile veräussern muss und sogar den Staat um finanzielle Hilfe angeht, kämpft erkennbar um sein wirtschaftliches Überleben, so dass jeder Gläubiger, der von ihm noch Zahlungen entgegennimmt, damit rechnen muss, sein Schuldner
könnte dadurch andere Gläubiger schädigen. Insgesamt gilt für alle drei Darlehensrückzahlungen, dass die Beschwerdegegnerin praktisch blind darauf vertraut hat, die mögliche und auf Grund ihres Wissensstandes auch nahe liegende Gläubigerschädigung, die die SAirGroup zumindest in Kauf zu nehmen bereit gewesen sein könnte, würde ausbleiben. Selbst wenn der Beschwerdegegnerin somit ein allenfalls bloss fahrlässiges Verhalten anzulasten ist, genügt dies für die Bejahung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht.

8.5 Aus den dargelegten Gründen muss die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG bejaht werden.

9.
Die drei Voraussetzungen des Tatbestandes der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG sind nach dem Gesagten erfüllt. Bei diesem Ergebnis ist die Klage gutzuheissen. Es erübrigt sich, die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend Aktenwidrigkeiten und Verletzungen von Art. 8 ZGB zu prüfen. Ihren Einwand der Anspruchsverwirkung im Sinne von Art. 292 SchKG hat die Beschwerdegegnerin ausdrücklich fallen gelassen, so dass auch darauf nicht mehr einzugehen ist. Der Zinsenlauf ist vor Bundesgericht unangefochten geblieben.

10.

Die unterliegende Beschwerdegegnerin wird kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG). Über die Kosten und Entschädigungen des kantonalen Verfahrens hat das Handelsgericht neu zu entscheiden (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Januar 2007 wird aufgehoben.

2.
Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin Fr. 80'516'263.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. 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. 150'000.– zu entschädigen.

5.
Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen des vorangegangenen Verfahrens an das Handelsgericht zurückgewiesen.

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

Lausanne, 29. Mai 2008

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Raselli von Roten