

Hans-Ueli Vogt / Thomas Käser*

Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer *share swap transaction*

Besprechung der Urteile 5A_386/2008 und 5A_420/2008 des schweizerischen Bundesgerichts vom 6. April bzw. 28. Mai 2009**

Inhaltsübersicht

- I. Urteil 5A_386/2008 («Betriebsmittelrahmenkredit»)
 1. Sachverhalt
 2. Erwägungen und Entscheid
 - 2.1 Vorinstanz
 - 2.2 Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts
 - a. Gläubigerschädigung
 - b. Schädigungsabsicht
 - c. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht
 - d. Entscheid
- II. Urteil 5A_420/2008 («*share swap transaction*»)
 1. Sachverhalt
 2. Erwägungen und Entscheid
 - 2.1 Vorinstanz
 - 2.2 Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts
 - a. Schädigung auch ohne die angefochtene Rechtshandlung
 - b. Austausch gleichwertiger Leistungen
 - c. Qualifikation der *share swap transaction* und der Ausgleichszahlungen
 - d. Entscheid
- III. Bemerkungen
 1. Gläubigerschädigung
 - 1.1 Austausch gleichwertiger Leistungen
 - 1.2 Schädigung auch ohne die angefochtene Rechtshandlung
 - 1.3 Qualifikation und Ausgestaltung einer *share swap transaction*
 2. Schädigungsabsicht
 - 2.1 Sanierungsdarlehen
 - 2.2 Aufrechterhaltung der normalen Geschäftstätigkeit
 3. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

Kernsätze

1. Es liegt grundsätzlich keine Gläubigerschädigung im Sinne von Art. 288 SchKG vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Rahmen eines Austausches

gleichwertiger Leistungen erfolgt ist. Bei einer *share swap transaction* werden gleichwertige Leistungen ausgetauscht; die Gläubiger werden durch Ausgleichszahlungen im Rahmen der Transaktion nicht geschädigt.

2. Die Rückzahlung eines Kredits in einer dramatischen finanziellen Situation erfolgt mit Schädigungsabsicht des Schuldners; sie lässt sich, wenn sie nicht im Zusammenhang mit dem operativen Geschäft steht, nicht mit der Aufrechterhaltung der normalen Geschäftstätigkeit rechtfertigen.

3. Besondere Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse eines Kreditgebers gegenüber dem Schuldner und Vorkehren, die der Kreditgeber angesichts der finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners trifft, sprechen für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht.

I. Urteil 5A_386/2008 («Betriebsmittelrahmenkredit»)

1. Sachverhalt

Die Z.-Bank (im Folgenden «Z.») gewährte der SAirGroup ab 1998 einen Betriebsmittelrahmenkredit in der Höhe von Fr. 100 Mio. Im Herbst 1999 reduzierten die Parteien den Kreditbetrag auf Fr. 80 Mio. Die Laufzeit des Kredits wurde mehrfach verlängert, zuletzt am 25. Mai 2001 um drei Monate. Eine weitere Verlängerung verweigerte die Z., worauf die SAirGroup ihr per 29. August 2001 den fälligen Darlehensbetrag zuzüglich Zins in der Höhe von insgesamt Fr. 80 909 777.80 überwies.¹

Am 5. Oktober 2001 wurde der SAirGroup die provisorische Nachlassstundung bewilligt, später auch die definitive. Im darauf folgenden Nachlassverfahren trat die SAirGroup in Nachlassliquidation ihr Vermögen an die Gläubiger ab.²

* Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich; *cand. iur.* Thomas Käser, Student an der Universität Zürich und ehemaliger Hilfsassistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt.

** Nach Abschluss der Arbeiten an der vorliegenden Entscheidbesprechung hat das Bundesgericht ein weiteres Urteil veröffentlicht, das, gleich wie die beiden hier besprochenen Urteile, ebenfalls die SAirGroup in Nachlassliquidation betrifft, nämlich das Urteil 5A_116/2009 vom 28. September 2009 («Geldmarktkredit»). Darauf wird im Rahmen der «Bemerkungen» (hinten III.) punktuell Bezug genommen.

¹ Urteil 5A_386/2008, A.

² Urteil 5A_386/2008, A.

Am 23. Januar 2006 erhob die SAirGroup in Nachlassliquidation Anfechtungsklage gegen die Z. und verlangte, gestützt auf Art. 288 SchKG, die Zahlung von Fr. 80'909'777.80 nebst Zins.³

2. Erwägungen und Entscheid

2.1 Vorinstanz

Das Zürcher Handelsgericht wies die Klage der SAirGroup in Nachlassliquidation mit Urteil vom 13. Mai 2008 ab.⁴

2.2 Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

Zunächst ruft das Bundesgericht die Tatbestandsmerkmale der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG⁵ in Erinnerung: Neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal – einer die anderen Gläubiger schädigenden Rechts-handlung innerhalb der fünfjährigen *période suspecte* – müssen zwei subjektive Merkmale erfüllt sein, nämlich die Schädigungsabsicht des Schuldners sowie die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten.⁶

a. Gläubigerschädigung

Eine Gläubigerschädigung liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn als Folge der angefochtenen Rechtshandlung die Exekutionsrechte der anderen Gläubiger beeinträchtigt werden.⁷ Die Rückzahlung eines fälligen Kredits bedeutet eine Gläubigerschädigung und stellt keinen Austausch gegen eine gleichwertige Leistung dar, insbesondere nicht die Gegenleistung für die Darlehensaufnahme.⁸

b. Schädigungsabsicht

Eine Schädigungsabsicht ist gemäss Bundesgericht dann zu bejahen, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass mit der angefochtenen Rechtshandlung die Gläubigergesamtheit benachteiligt wird oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt werden. Der Schuldner braucht mit seiner Handlung die Benachteiligung bzw. Bevorzugung nicht geradezu bezweckt zu haben; es genügt, wenn er die Schädigung von Gläubigern als natürliche Folge seiner Handlung in Kauf genommen hat.⁹ Aufgrund der Ausführungen des Bundesgerichts

lässt sich die Schädigungsabsicht wie folgt für zwei unterschiedliche Situationen konkretisieren:

aa. Darlehensrückzahlung bei schlechter Finanzlage

Das Bundesgericht schliesst aus einer Reihe von *Indizien*, dass die SAirGroup sich anlässlich der Rückzahlung des Kredits ihrer finanziellen und strukturellen Probleme – ihrer «dramatischen finanziellen Situation», der «katastrophale[n] Finanzlage»¹⁰ – bewusst war und sich ihre finanzielle Lage im Verlauf des Jahres 2001 laufend verschlechterte. Das Gericht nennt namentlich die folgenden Umstände:

- den am 2. April 2001 bekannt gegebenen Konzernverlust von Fr. 2885 Mio. und die anschliessenden Rücktritte einer Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder;¹¹
- die am 19. Juni 2001 publizierte Einschätzung der Ratingagentur «Moody's», die für die SAirGroup ein erhebliches Kreditrisiko feststellte und ihr für kurzfristige Verbindlichkeiten kein Rating mehr erteilte.¹²

Sodann erwähnt das Bundesgericht zwei weitere Sachverhaltselemente, die ebenfalls unter dem Titel der Schädigungsabsicht von Bedeutung sind:

- die im Juni und Juli 2001 an Verwaltungsratssitzungen geäusserte Besorgnis betreffend Überschuldung sowie die Prognose im Juli 2001, dass die Liquidität im September äusserst kritisch werden würde;¹³
- die am 20. August 2001 geäusserte Befürchtung der Finanzchefin, dass der Konzern mit grosser Wahrscheinlichkeit bereits Ende September illiquid sein würde und die damit einhergehende Anordnung eines *payment stop* bzw. *slow-down*.¹⁴

Zwar gestattet das Bundesgericht einem Schuldner in schwierigen finanziellen Verhältnissen grundsätzlich, seine *normale Geschäftstätigkeit aufrechtzuerhalten*. Die Maxime der Gläubigergleichbehandlung greift – unter dem Vorbehalt von Art. 285 ff. SchKG – erst mit der Konkurseröffnung. Im konkreten Fall hatte dies aber keine Auswirkungen auf die Beurteilung der Schädigungsabsicht, weil die Rückzahlung des Kredits nicht im Zusammenhang mit dem operativen Geschäft stand, sondern diesem im Gegenteil letzte noch vorhandene Liquidität entzog.¹⁵

³ Urteil 5A_386/2008, B.

⁴ Urteil 5A_386/2008, B.

⁵ «Anfechtbar sind [...] 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.»

⁶ Urteil 5A_386/2008, E. 2.

⁷ Urteil 5A_386/2008, E. 2.

⁸ Urteil 5A_386/2008, E. 3.

⁹ Urteil 5A_386/2008, E. 2.

¹⁰ Urteil 5A_386/2008, E. 4.3.

¹¹ Urteil 5A_386/2008, E. 4.2.

¹² Urteil 5A_386/2008, E. 4.2. Konkret stufte «Moody's» die langfristigen Verbindlichkeiten der SAirGroup mit «Ba3» (*Speculative Grade*) und die kurzfristigen Verbindlichkeiten mit «Not Prime» (ebenfalls *Speculative Grade*) ein (siehe «Swissair-Rating fällt unter Investment-Grade», NZZ vom 20. Juni 2001, 31).

¹³ Urteil 5A_386/2008, E. 4.

¹⁴ Urteil 5A_386/2008, E. 4.

¹⁵ Urteil 5A_386/2008, E. 4.3.

Unerheblich ist aus Sicht des Bundesgerichts, dass die SAirGroup das Darlehen aufgrund des *Eintritts der Fälligkeit* zurückzahlte und nicht, um andere Gläubiger zu schädigen. Dasselbe gilt für die Tatsache, dass viele Kreditverträge der SAirGroup sogenannte *Cross-Default-Klauseln*¹⁶ enthielten. Zwar sei die Darlehensrückzahlung angesichts dieser Klauseln nachvollziehbar gewesen (weil die SAirGroup ihren Vertrag mit der Z. nicht verletzen wollte, um nicht die Kündigung weiterer Darlehensverträge und einen noch bedeutenderen Liquiditätsabfluss zu riskieren). Doch könne die Schädigungsabsicht deswegen nicht automatisch verneint werden, würde man damit doch einer ganzen Gläubigerkategorie eine Vorzugsstellung einräumen.¹⁷

bb. Sanierungsdarlehen

Im Zusammenhang mit der Schädigungsabsicht hält das Bundesgericht sodann fest, dass die Anfechtungsklage nicht zum Zweck habe, Versuche zur Rettung des Schuldners zu verunmöglichen. Im Fall der Zurverfügungstellung von Geldmitteln müssen diese aber «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.¹⁸

Weil die Z. der SAirGroup das Darlehen bereits 1998 – und somit lange vor Beginn ihrer Sanierungsbemühungen – gewährt hatte, handelte es sich nicht um ein Sanierungsdarlehen. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass ein bestehendes Darlehen durch Verlängerung der Laufzeit in ein Sanierungsdarlehen umgewandelt wird, doch fehlte es vorliegend am dafür notwendigen *subjektiven Sanierungswillen der Parteien* (der sich beispielsweise in einer Zweckvereinbarung im Darlehensvertrag manifestieren kann).¹⁹

c. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

Die Schädigungsabsicht des Schuldners muss für den Begünstigten erkennbar gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn er hätte erkennen können und müssen, dass als Folge der angefochtenen Rechtshandlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt. Welche Sorgfalt und Aufmerksamkeit dem Begünstigten dabei obliegt, ergibt sich aus den konkreten Umständen: Grundsätzlich besteht keine unbeschränkte Erkundigungspflicht; bestehen aber deutliche Anzeichen für eine Gläubiger-

bevorzugung bzw. -benachteiligung, darf vom Begünstigten eine sorgfältige Prüfung verlangt werden.²⁰

Solche *deutlichen Anzeichen* bestanden nach Auffassung des Bundesgerichts zum Zeitpunkt der Rückzahlung des Kredits. Spätestens seit Anfang 2001 war gemäss den Feststellungen des Handelsgerichts nach aussen hin erkennbar, dass die SAirGroup in finanziellen Schwierigkeiten steckte, was ab April 2001 «sogar für die Allgemeinheit ersichtlich» war. Erst recht war dies für die Z. als eine erfahrene Bank erkennbar, die laufend im Kontakt zur SAirGroup stand, wodurch ihr «andere Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung standen als der Allgemeinheit».²¹ Die Z. hatte denn auch diverse Massnahmen getroffen, etwa indem sie die SAirGroup am 8. März 2001 auf ihre interne *watch list* setzte, am 10. Mai 2001 den Betriebsmittelrahmenkredit in einen kurzfristigen Termingeldkredit umwandelte und im August 2001 den zuvor mehrfach verlängerten Kredit nicht mehr prolongierte.²² Sodann sind es keine beruhigenden, sondern alarmierende Zeichen für das dramatische Ausmass der finanziellen Schieflage, wenn profitable Betriebe verkauft werden und die Aufrechterhaltung der Liquidität von der erfolgreichen Aushandlung eines neuen Kredits abhängt.²³ Insgesamt musste sich die Z. über die dramatische Situation der SAirGroup spätestens ab Mai 2001 im Klaren gewesen sein und bestanden deutliche Anzeichen, dass mit der Darlehensrückzahlung Gläubiger geschädigt werden könnten.²⁴

Das *Zürcher Handelsgericht* hatte demgegenüber die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht namentlich mit dem Hinweis auf die Beteiligung der Z. an einem anderen Finanzierungsgeschäft zu Gunsten der SAirGroup verneint: Noch am 10. August 2001 hatte die Z. nämlich ihre Beteiligung an einem Bankenkonsortium, das der «Swissair» Darlehen zur Finanzierung von Flugzeugen gewährte, um ein weiteres Jahr verlängert. Hätte die Z. die schlechte Finanzlage der SAirGroup erkannt – so das Handelsgericht –, hätte sie diese Beteiligung nicht mehr verlängert. Das Bundesgericht weist indessen darauf hin, dass die Flugzeugfinanzierung unter anderem durch erstrangige Flugzeughypotheken abgesichert war, weshalb für die Z. einzig die Risikoabschätzung bezüglich der Realsicherheiten – und nicht die finanzielle Lage der SAirGroup – massgeblich war. Die Mitwirkung bei diesem Finanzierungsgeschäft bietet darum keine Grundlage für die Annahme, die Z. habe die finanzielle Situation der SAirGroup nicht gekannt oder

¹⁶ Unter einer Cross-Default-Klausel (auch «Drittverzugs-klausel») ist eine Vertragsbestimmung zu verstehen, die dem Darlehensgeber das Recht einräumt, den Darlehensvertrag einseitig aufzukündigen und die Rückzahlung des Darlehensbetrages fällig zu stellen, wenn der Kreditnehmer mit der Erfüllung von Verträgen mit Dritten im Verzug ist (siehe Urs EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, Rz. 1224).

¹⁷ Urteil 5A_386/2008, E. 4.3.

¹⁸ Urteil 5A_386/2008, E. 4.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁹ Urteil 5A_386/2008, E. 4.1.

²⁰ Urteil 5A_386/2008, E. 2.

²¹ Urteil 5A_386/2008, E. 5.2.

²² Urteil 5A_386/2008, E. 5.2 und E. 5.3.

²³ Urteil 5A_386/2008, E. 5.4.

²⁴ Urteil 5A_386/2008, E. 5.2 und E. 5.5.

sie auch bei sorgfältiger Prüfung nicht erkennen können.²⁵

d. Entscheid

Das Bundesgericht heisst die von der SAirGroup in Nachlassliquidation gegen den Entscheid des Zürcher Handelsgerichts erhobene Beschwerde gut und verpflichtet die Z. zur Zahlung von Fr. 80'909'777.80 zuzüglich Zins.²⁶

II. Urteil 5A_420/2008 («share swap transaction»)

1. Sachverhalt

Auch dieses Urteil betrifft die *causa* «Swissair». Im Dezember 2000 verkaufte die SAirGroup im Rahmen einer *share swap transaction* 250'000 SAirGroup-Aktien an die X.-Bank (im Folgenden «X.»). Die X. bezahlte ihr dafür den Preis gemäss aktuellem Börsenkurs von Fr. 275.– pro Aktie (sog. *Initial Price*). Der Vertrag bestimmte, dass über den endgültigen Preis (sog. *Final Price*) erst am Ende der Laufzeit abgerechnet werden sollte; je nach Kursentwicklung hätte dann die X. oder die SAirGroup die Differenz zum *Initial Price* ausgleichen müssen. Während der Laufzeit war die SAirGroup zur Zahlung von Zins an die X. verpflichtet, die X. ihrerseits musste der SAirGroup die auf die Aktien entfallenden Dividenden abliefern. Eine Rückkaufspflicht traf die SAirGroup nicht.²⁷

Die Laufzeit des *share swap* betrug ein Jahr, wobei der Vertrag für die SAirGroup jederzeit und für die X. unter bestimmten Bedingungen kündbar war. Im März 2001 sprach die SAirGroup eine Teilkündigung aus und kaufte 50'000 Aktien zum Preis von Fr. 185.– pro Aktie von der X. zurück.²⁸

Eine Ausgleichspflicht bestand aber nicht nur am Ende, sondern unter gewissen Voraussetzungen schon während der Laufzeit des *share swap*. So konnte die X., wenn der Aktienkurs unter 50 % des *Initial Price* fallen sollte (sog. *Share Price Event*), von der SAirGroup die Ausgleichung dieser Differenz verlangen (Zahlung von sog. *collaterals*). Und die SAirGroup konnte eine Ausgleichung fordern, wenn der Aktienkurs wieder über 60 % des *Initial Price* steigen sollte. Infolge sinkenden Aktienkurses leistete die SAirGroup zwischen April und September 2001 Ausgleichszahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. 58,2 Mio.; in der gleichen Zeitspanne

erhielt sie von der X. Ausgleichszahlungen von insgesamt Fr. 12,2 Mio.²⁹

Die SAirGroup in Nachlassliquidation klagte am 21. November 2001 gegen die X. und verlangte, gestützt auf Art. 288 SchKG, die Rückzahlung der Differenz zwischen den wechselseitig geleisteten Zahlungen in der Höhe von Fr. 46 Mio. nebst Zins.³⁰

2. Erwägungen und Entscheid

2.1 Vorinstanz

Das Zürcher Handelsgericht wies die Klage der SAirGroup in Nachlassliquidation mit Urteil vom 15. Mai 2008 ab.³¹

2.2 Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

Den Kern der bundesgerichtlichen Erwägungen bildet eine Auseinandersetzung mit der Frage, wann das objektive Tatbestandsmerkmal von Art. 288 SchKG, die Gläubigerschädigung, erfüllt ist. Mit den beiden subjektiven Tatbestandsmerkmalen musste sich das Gericht nicht befassen.

a. Schädigung auch ohne die angefochtene Rechtshandlung

Eine Gläubigerschädigung liegt vor, wenn als Folge einer Rechtshandlung des Schuldners die Exekutionsrechte der anderen Gläubiger beeinträchtigt werden. Dabei wird zu Gunsten der Konkursmasse vermutet, dass die anderen Gläubiger tatsächlich geschädigt worden sind. Dem Beklagten steht aber der Gegenbeweis offen, dass die Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zum gleichen Verlust gekommen wären; gelingt ihm dieser Beweis, ist eine Gläubigerschädigung zu verneinen.³² Darauf scheint das Bundesgericht Bezug zu nehmen, wenn es im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit der *share swap transaction* darauf hinweist, dass die X. bei Ausbleiben der Ausgleichszahlungen zur sofortigen Vertragsbeendigung berechtigt gewesen bzw. das Gesamtgeschäft sogar automatisch dahingefallen wäre, mit der Konsequenz, dass sich die SAirGroup am Markt anderweitig mit Liquidität hätte eindecken müssen. «Ihre Vermögenslage hätte sich mithin bei einer Verweigerung von «Collaterals» nicht anders präsentiert als mit deren vertragsgemässen Zahlung.»³³

²⁵ Urteil 5A_386/2008, E. 5.1.

²⁶ Urteil 5A_386/2008, E. 6.

²⁷ Urteil 5A_420/2008, A.

²⁸ Urteil 5A_420/2008, A.

²⁹ Urteil 5A_420/2008, A.

³⁰ Urteil 5A_420/2008, B.

³¹ Urteil 5A_420/2008, B.

³² Siehe zum Ganzen das Urteil 5A_420/2008, E. 2.

³³ Siehe zum Ganzen das Urteil 5A_420/2008, E. 6.

b. Austausch gleichwertiger Leistungen

Keine Gläubigerschädigung liegt vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Rahmen eines Austausches gleichwertiger Leistungen erfolgt. Gleichwertige Leistungen werden in diesem Sinn aber nur ausgetauscht, wenn der Schuldner als Gegenleistung für die von ihm veräusserten bzw. verpfändeten Vermögenswerte Ware oder Geld erhält. Tilgt er bloss eine Schuld, ist kein Austausch gleichwertiger Leistungen gegeben. Das trifft insbesondere für die Rückzahlung eines Darlehens zu: Sie ist nicht die Gegenleistung für die Auszahlung des Darlehensbetrages, sondern die Erfüllung der bei Vertragsabschluss eingegangenen Verpflichtung zur Rückzahlung. Eine Gläubigerschädigung tritt im Übrigen auch dann ein, wenn der Kreditnehmer nachträglich Sicherheiten bestellt, auch wenn er sich dazu bereits bei der Kreditaufnahme verpflichtet hat.³⁴

c. Qualifikation der *share swap transaction* und der Ausgleichszahlungen

Das Bundesgericht qualifiziert die *share swap transaction* als einen Innominatkontrakt mit Merkmalen verschiedener Nominatverträge. Das Wesensmerkmal der Vereinbarung ist der Austausch verschiedener Zahlungsströme aufgrund vorab festgelegter Kriterien und Ereignisse während und am Ende der Vertragsdauer. Die rechtliche Grundstruktur entspricht dabei jener des Kaufvertrages, da die X. von der SAirGroup Aktien gegen Zahlung eines Entgelts zu Eigentum erworben hat. Dass der Kaufpreis erst am Ende der Laufzeit (gemäss genau vereinbarten Modalitäten) definitiv bestimmt wurde, steht dieser Qualifikation nicht entgegen, genügt eine solche Abmachung doch den Anforderungen an die Bestimmbarkeit des Kaufpreises (vgl. Art. 184 Abs. 3 OR).³⁵

Die feste Laufzeit der Vereinbarung und grösstenteils auch der Austausch von Zahlungsströmen sind einem Veräusserungsgeschäft bzw. dem Kaufvertragsrecht jedoch fremd. Darin gleicht der *share swap* vielmehr einem *Darlehen*. Weitere Gemeinsamkeiten mit dem Darlehensvertrag erkennt das Bundesgericht jedoch keine, da Gegenstand der *share swap transaction* nicht eine mit der Verpflichtung zu späterer Rückzahlung verbundene Hingabe einer fixen Geldsumme war, sondern die Veräusserung von Aktien, wobei über den definitiven Kaufpreis erst später abgerechnet werden sollte. Zudem ist der *share swap* geprägt vom Austausch verschiedener gegenseitiger Zahlungsströme (so etwa der Zins- bzw. Dividendenzahlungen), wobei, im Gegensatz zum Darlehen, keine voneinander unabhängigen Forderungsrechte entstehen, sondern die gegenseitige Erfüllung das zentrale Element ist. Der Darlehensvertrag ist ty-

pischerweise ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag, während die *share swap transaction* wie ein Kaufvertrag alle Voraussetzungen des vollkommen zweiseitigen Vertrages erfüllt.³⁶

Schliesslich grenzt das Bundesgericht die *share swap transaction* von der *Sicherungsübereignung* ab. Da beim vorliegenden Geschäft keine Rückübertragungspflicht vereinbart wurde, fehlt es am *pactum fiduciae*, mit dem die Parteien einer Sicherungsübereignung im Innenverhältnis die Rückübertragung des Sicherungsobjekts vereinbaren. Eine Qualifikation als Sicherungsübereignung kam daher nicht in Betracht.³⁷

Mit Bezug auf die angefochtenen *Ausgleichszahlungen* folgert das Bundesgericht, dass diese, weil die Transaktion einen vollkommen zweiseitigen Vertrag darstellt, keine Darlehensrückzahlungen sind. Auch handelt es sich bei den Zahlungen nicht um nachträglich bestellte Sicherheiten. Solche wären es nur gewesen, wenn die SAirGroup bei sinkendem Aktienkurs weitere Aktien hätte liefern müssen. Hier sollte aber nicht der ursprüngliche Betrag durch nachträgliche Erhöhung der Sicherheiten wieder voll gedeckt, sondern der Umfang der zur Verfügung gestellten Liquidität dem gesunkenen Gegenwert der Aktien angepasst werden. Die Ausgleichszahlungen werden vom Gericht daher als vorgezogene Anpassungen an den am Ende der Laufzeit festzulegenden Kaufpreis qualifiziert. Wesentlich ist aus Sicht des Bundesgerichts auch, dass keine der beiden Parteien direkten Einfluss auf die Kursentwicklung und damit auf den jeweiligen Wert der auszutauschenden Leistungen hatte und dass die Kursentwicklung bei Abschluss der Vereinbarung nicht voraussehbar war.³⁸

d. Entscheid

Wie schon das Zürcher Handelsgericht verneint auch das Bundesgericht das Vorliegen einer Gläubigerschädigung und weist die gegen das Urteil der Vorinstanz erhobene Beschwerde ab.³⁹

III. Bemerkungen

1. Gläubigerschädigung

1.1 Austausch gleichwertiger Leistungen

Eine wichtige Erkenntnis aus dem «Share-Swap-Urteil» ist: Die Regel, wonach beim Austausch gleichwertiger Leistungen keine Gläubigerschädigung vorliegt, hat

³⁴ Urteil 5A_420/2008, E. 2.

³⁵ Urteil 5A_420/2008, E. 5.

³⁶ Urteil 5A_420/2008, E. 5.

³⁷ Urteil 5A_420/2008, E. 5, siehe auch E. 6.

³⁸ Urteil 5A_420/2008, E. 6.

³⁹ Urteil 5A_420/2008, E. 7.

weiterhin *Bestand*.⁴⁰ Daran hat das «Tempus-Urteil», BGE 134 III 615 ff., gewisse Zweifel aufkommen lassen, indem dort ausgeführt wurde, dass «l'équivalence des prestations n'a pas de portée propre dans le cadre de l'art. 288 LP».⁴¹ Die ganze vertragsrechtliche Analyse der *share swap transaction* steht indes unter dem Leitgedanken, dass eine Rechtshandlung im Rahmen eines Austausches gleichwertiger Leistungen mangels einer Schädigung der Gläubiger nicht anfechtbar ist.

Nach der (bisherigen) Rechtsprechung des Bundesgerichts greift die Einwendung des Austausches gleichwertiger Leistungen jedoch nur, wenn der Schuldner seine Leistung *vor der Gegenleistung* des Begünstigten oder *gleichzeitig* mit dieser erbracht hat. Nicht gelten lässt das Bundesgericht die Einwendung hingegen, wenn der Schuldner geleistet hat, *nachdem* er die Gegenleistung seines Vertragspartners empfangen hat; diesfalls bedeutet die schuldnerische Leistung eine Ungleichbehandlung der Gläubiger, die zur Anfechtbarkeit führt.⁴² Im «Share-Swap-Urteil» erwähnt das Gericht die Voraussetzung einer besonderen zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung nicht; dies vermutlich deshalb, weil es davon ausgeht, dass Leistung und Gegenleistung beim *share swap* mehr oder weniger gleichzeitig ausgetauscht werden. Für den Austausch der verschiedenen Zahlungsströme mag man dies allenfalls so sehen. Rückt man indessen den Charakter der Transaktion als Veräusserungsgeschäft ins Zentrum (ohne den der Anwendung der Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen von vornherein die Grundlage fehlt), ist die Leistung von Ausgleichszahlungen, mit denen letztlich der Kaufpreis festgelegt wird, eine

im Verhältnis zur Verschaffung des Eigentums an den Aktien *nachträgliche* Rechtshandlung. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung hätte man daraus abgeleitet, dass diese Rechtshandlung eine Gläubigerbevorzugung bedeutet und damit anfechtbar ist. Das «Share-Swap-Urteil» liefert nun ein Argument dafür, dass es im Fall eines Austausches gleichwertiger Leistungen nicht entscheidend auf die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung ankommt; wenn die Voraussetzungen eines solchen Austausches gegeben sind, bedeutet die mit einer nachträglichen Leistung allemal verbundene Ungleichbehandlung der Gläubiger nicht automatisch, dass das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung erfüllt ist.⁴³

1.2 Schädigung auch ohne die angefochtene Rechtshandlung

Das Bundesgericht hat gerade auch in seinen früher ergangenen Urteilen in Sachen SAirGroup den Nachweis zwar theoretisch, praktisch aber kaum zugelassen, dass die angefochtene Rechtshandlung, die unmittelbar zu einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats geführt hat, die Gläubiger nicht geschädigt habe, weil die Vermögenseinbusse auch ohne diese Handlung eingetreten wäre bzw. dank ihr eine noch grössere Vermögenseinbusse verhindert werden konnte.⁴⁴ Diesen Nachweis nimmt das Bundesgericht im «Share-Swap-Urteil» recht grosszügig als erbracht an, indem es – freilich nebst der Feststellung, dass ohnehin ein Austausch gleichwertiger Leistungen gegeben war – die Annahme entsprechend würdigt, dass die SAirGroup, hätte sie die Ausgleichszahlungen nicht erbracht, sich am Markt mit der entsprechenden Liquidität hätte eindecken müssen.⁴⁵ Dies – so muss man ergänzen – wäre der SAirGroup angesichts der Umstände ohne Erbringung einer Gegenleistung und damit ohne Vermögenseinbusse in der Tat kaum möglich gewesen.

1.3 Qualifikation und Ausgestaltung einer *share swap transaction*

Vor dem Hintergrund der Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen kommt der rechtlichen Qualifikation der *share swap transaction* eine zentrale Bedeutung zu. Ist die Transaktion als Darlehensgeschäft zu betrachten, so sind die Ausgleichszahlungen (als Darlehensteilrückzahlungen oder als nachträglich geleistete Sicherheiten) zurückzuerstatten. Stellt sie demgegenüber ein Veräusserungsgeschäft dar (wobei die Ausgleichszahlungen im Rahmen des Preisbe-

⁴⁰ Siehe das Urteil 5A_420/2008, E. 2. Die genannte Regel ist auch im «Betriebsmittelrahmenkredit-Urteil» erwähnt (Urteil 5A_386/2008, E. 2; siehe auch das Urteil 5A_557/2008 des Bundesgerichts vom 28. Januar 2009, E. 4).

⁴¹ Dies mit der Begründung «qu'un acte juridique [...] dont les prestations sont équilibrées peut avoir pour conséquence de favoriser certains créanciers au détriment des autres» (BGE 134 III 615 E. 4.3 S. 620); siehe hierzu HANS-UELI VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, 163 ff., 176, bei und in Fn. 108. – Während das «Share-Swap-Urteil» auf die wiedergegebene Aussage in BGE 134 III 615 ff. jedoch keinen Bezug nimmt (ebenso wenig das «Betriebsmittelrahmenkredit-Urteil» und das Urteil 5A_116/2009 des Bundesgerichts vom 28. September 2009, E. 4), tut dies das Urteil 5A_34/2009 des Bundesgerichts vom 26. Mai 2009 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) immerhin dadurch, dass es BGE 134 III 615 ff. im Rahmen seiner allgemeinen Ausführungen zur Gläubigerschädigung kommentarlos erwähnt (E. 3.1); das Bundesgericht hätte dies wohl nicht getan, wenn aus BGE 134 III 615 ff. eine Praxisänderung bezüglich des Austausches gleichwertiger Leistungen abzuleiten wäre (ähnlich übrigens bereits das Urteil 5A_421/2008 des Bundesgerichts vom 26. November 2008, E. 3.3). Gültigkeit behält die Aussage, dass es im Rahmen von Art. 288 SchKG auf die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen nicht ankomme, indessen wohl aber für Dienstleistungen bzw. Dienstleistungshonorare (siehe BGE 134 III 615 E. 4.3 S. 620 f.; Urteil 5A_64/2008 des Bundesgerichts vom 14. Oktober 2008, E. 5.3).

⁴² BGE 135 III 276 E. 6.3.1 f. S. 282 f.; VOGT (FN 41), 175 f.

⁴³ Siehe zum hier angesprochenen Problem im Übrigen VOGT (FN 41), 175 ff.

⁴⁴ Siehe BGE 134 III 615 E. 4.1 S. 618; 135 III 265 E. 2 S. 267 und E. 4 S. 270 f.; 135 III 276 E. 6.1.1 S. 280; siehe auch VOGT (FN 41), 178 f.

⁴⁵ Siehe das Urteil 5A_420/2008, E. 6.

stimmungsmechanismus erfolgen), liegt ein Austausch gleichwertiger Leistungen vor; die Zahlungen sind folglich nicht anfechtbar.

Die *wirtschaftliche Funktion* eines *share swap* ist es, einer Partei liquide Mittel zu verschaffen, wofür sie der Gegenpartei einen Zins bezahlt. Indem sie sich Aktien übereignen lässt, sichert sich die Gegenpartei ab. Der *share swap* erfüllt daher weitgehend die gleiche Funktion wie ein besichertes verzinsliches Darlehen. Dank der rechtlichen Ausgestaltung bzw. Qualifikation als Veräußerungsgeschäft sind die im Rahmen der Transaktion geleisteten Zahlungen jedoch nicht anfechtbar. Unter dem Gesichtspunkt des Erhalts des Vollstreckungssubstrats, der die teleologische Grundlage der Regel über den Austausch gleichwertiger Leistungen darstellt, sollte die vertragsrechtliche Qualifikation des Geschäfts indessen nicht für sich allein unmittelbar ausschlaggebend sein.

Die Tatsache, dass das Bundesgericht bei seiner Beurteilung einer *share swap transaction* nach den Regeln einer klassischen zivilrechtlichen Vertragsqualifikation verfährt, eröffnet den Parteien vielfältige Möglichkeiten bei der *Gestaltung der entsprechenden Verträge*. Gelingt es ihnen – wie im vorliegenden Fall –, die Kreditgewährung in das rechtliche Gewand eines Austauschgeschäfts zu kleiden (und erscheinen die ausgetauschten Leistungen als gleichwertig), können sie unter Umständen verhindern, dass im Konkurs des Schuldners Anfechtungsansprüche geltend gemacht werden.

2. Schädigungsabsicht

2.1 Sanierungsdarlehen

Soll einem Schuldner, der mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, ein Darlehen gewährt werden, wollen Hinweise auf seine finanzielle Lage und allfällige Sanierungsbemühungen wohlüberlegt sein. Je nach rechtlichem Kontext wirkt sich das Bestehen einer Sanierungssituation unterschiedlich auf die anfechtungsrechtliche Beurteilung einer Rückzahlung des Darlehens aus, wie das Urteil zum Betriebsmittelrahmenkredit zeigt:

- Einerseits ist die Sanierungssituation ein Indiz für eine *Schädigungsabsicht* des Schuldners. Werden seine finanziellen Schwierigkeiten betont, kann daraus geschlossen werden, dass er mit der Darlehensrückzahlung in Kauf nimmt, dass die anderen Gläubiger geschädigt werden.⁴⁶ Auf Seiten des Begünstigten führt das Hervorheben der Sanierungssituation oft dazu, dass die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners und dessen allfällige *Schädigungsabsicht*

erkennbar sind. Eine Sanierungssituation trägt damit insgesamt zur Begründung von Anfechtungsansprüchen bei.

- Andererseits liegt nur dann ein *Sanierungsdarlehen* vor (dessen Rückzahlung nicht anfechtbar ist), wenn ein Kredit «zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt» wurde, wofür im Fall der Verlängerung eines bereits bestehenden Darlehens ein «subjektiver Sanierungswille der Vertragsparteien» erforderlich ist.⁴⁷ Unter diesem Gesichtspunkt müsste somit deutlich auf die Sanierung hingewiesen werden.

Je nach Konstellation wäre den Vertragsparteien demnach zu raten, ihr Wissen um die finanziellen Schwierigkeiten und die laufenden Sanierungsanstrengungen des Schuldners möglichst hervorzuheben (etwa in der Präambel des Darlehensvertrages) oder aber jedweden Hinweis zu vermeiden. Solange das Bundesgericht jedoch nicht in einem konkreten Fall aufzeigt, wie es dazu kommen kann, dass ein in Kenntnis der finanziellen Schwierigkeiten und der Sanierungsbedürftigkeit des Schuldners gewährtes, hernach dann aber zurückbezahltes Darlehen anfechtungsrechtlich privilegiert wird – und dies, nachdem der Schuldner letztlich dann doch in Konkurs fällt –, solange wäre ein Hervorheben der Sanierungssituation anlässlich der Darlehensgewährung wagemutig.⁴⁸

2.2 Aufrechterhaltung der normalen Geschäftstätigkeit

Das Bundesgericht betont im Urteil zum Betriebsmittelrahmenkredit, dass es auch einem Schuldner, der in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt, «grundsätzlich erlaubt sein [muss], seine normale Geschäftstätigkeit aufrecht zu erhalten», und er vor Konkurseröffnung nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger unterliegt (vorbehältlich einer anfechtbaren Rechtshandlung). Dabei ordnet es der normalen Geschäftstätigkeit jene Handlungen zu, die in einem Zusammenhang mit dem operativen Geschäft stehen.⁴⁹

Inwiefern dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung einer normalen Geschäftstätigkeit unter dem Titel der Schädigungsabsicht eine eigenständige Bedeutung zukommt, ist unklar (ebenso freilich, wie die Grenze zu ziehen wäre). Während das Bundesgericht diesen Aspekt vorliegend in seine Beurteilung einbezieht, ihn dann aber als nicht einschlägig erachtet (weil die Darlehensrückzahlung in keinem direkten Zusammen-

⁴⁷ Urteil 5A_386/2008, E. 4.1.

⁴⁸ Vgl. auch RASHID BAHAR: Entre Charybde et Scylla: le prêt d'assainissement judiciaire, une solution aux problèmes juridiques et économiques des sociétés en difficulté, GesKR 2009, 331 ff., 336 f.

⁴⁹ Urteil 5A_386/2008, E. 4.3.

⁴⁶ Siehe das Urteil 5A_386/2008, E. 4.1 und E. 4.2.

hang mit der normalen Geschäftstätigkeit stand),⁵⁰ hätte in früheren Urteilen betreffend die SAirGroup eine Auseinandersetzung mit dem von der Schuldnerin verfolgten Ziel, ihre normale Geschäftstätigkeit aufrechtzuerhalten (bzw. nach dem «Grounding» zu ihr zurückzufinden), eher auf der Hand gelegen. So musste das Gericht die Bezahlung von Flughafenengebühren und von Treibstofflieferungen beurteilen, Rechtshandlungen, die eng mit dem operativen Geschäft verbunden waren; mit dem Anliegen der Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit setzte sich das Gericht jedoch nicht vertieft auseinander.⁵¹ Das Urteil zum Betriebsmittelrahmenkredit liefert nun eine Basis zur Abstützung des Gesichtspunkts der Aufrechterhaltung der normalen Geschäftstätigkeit im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Schädigungsabsicht.⁵²

3. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht

Im Urteil zum Betriebsmittelrahmenkredit macht das Bundesgericht deutlich, dass Tatsachen, die «sogar für die Allgemeinheit ersichtlich» sind, auch der im konkreten Fall Begünstigte erkennen muss.⁵³ Der vom Bundesgericht angenommene normative Kenntnisstand geht indessen weiter, wenn dem Begünstigten *bessere* «Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und Risikoanalyse» zur Verfügung standen als der Allgemeinheit.⁵⁴ So nimmt das Gericht die Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht eher an, wenn es sich beim Begünstigten um eine erfahrene Geschäftsbank handelt, die laufend Kontakte zum Schuldner pflegte. Besteht demgegenüber kein qualifizierter Zugang zu Informationen über die (finanzielle) Lage des Schuldners, gilt weiterhin, dass den Begünstigten nur bei deutlichen Anzeichen für eine Schädigungsabsicht des Schuldners eine Erkundigungsobliegenheit trifft.⁵⁵

Weiss der Begünstigte um die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners und trifft er deshalb besondere *Vorkehrungen*, können ihm diese unter dem Titel der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht zum Verhängnis werden. Vorliegend setzte die Bank Z. die SAirGroup auf eine interne *watch list* und wandelte den Betriebsmittelrahmenkredit in einen kurzfristigen Termingeldkredit um. Diese Massnahmen zieht das Bundesgericht als Indizien dafür heran, dass die Schädigungsabsicht der

Schuldnerin für die Z. erkennbar war.⁵⁶ In der Tendenz führt dies zu einer Benachteiligung vorsichtiger, sorgfältiger, gut organisierter Kreditgeber – also namentlich von Banken. Zwar ist letztlich für alle Begünstigten je einzeln entscheidend, ob sie die Schädigungsabsicht des Schuldners hätten erkennen können und müssen. Doch ist der Nachweis der tatsächlichen Erkennbarkeit der finanziellen Probleme des Schuldners deutlich schwieriger, wenn nicht auf konkrete Vorsichtsmassnahmen des Begünstigten hingewiesen werden kann.

⁵⁰ Urteil 5A_386/2008, E. 4.3; siehe auch das Urteil 5A_116/2009 des Bundesgerichts vom 28. September 2009, E. 6.3.

⁵¹ Siehe BGE 135 III 265 ff. (Flughafengebühren), insbesondere E. 5 S. 270 ff., bzw. BGE 135 III 276 ff. (Treibstofflieferungen), insbesondere E. 7.2 S. 285.

⁵² Für ein paar Argumente, die für eine verstärkte Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts sprechen, siehe VOGT (FN 41), 183 ff.

⁵³ Urteil 5A_386/2008, E. 5.2.

⁵⁴ Urteil 5A_386/2008, E. 5.2; siehe auch das Urteil 5A_116/2009 des Bundesgerichts vom 28. September 2009, E. 7.1.

⁵⁵ Siehe BGE 134 III 452 E. 4.2 S. 456 f. und E. 8.4 S. 465.

⁵⁶ Urteil 5A_386/2008, E. 5.2 und E. 5.3; siehe auch vorn III.2/2.1.