

Dr. iur. Daniel Hunkeler

## **Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht**

Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid vom 29. Mai 2008 i.S. SAirGroup in Nachlassliquidation – Zürcher Kantonalbank

---

Entgegen dem Handelsgericht des Kantons Zürich hat das Bundesgericht in BGE 5A\_29/2007 vom 29. Mai 2008 entschieden, an das Element der Schädigungsabsicht des Schuldners und deren Erkennbarkeit durch den Gläubiger i.S.v. Art. 288 SchKG sei im beurteilten Fall kein allzu strenger Massstab anzulegen. Ein Begünstigter dürfe bei einer Sanierung des Schuldners und bei deutlichen Anzeichen dafür, dass der Schuldner mit Darlehensrückzahlungen eine Schädigung anderer Gläubiger zumindest in Kauf nehme, nicht passiv bleiben, sondern habe weitergehende Erkundigungen einzuholen. Tue er dies nicht, müsse die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht des Schuldners i.S.v. Art. 288 SchKG bejaht werden, wobei es genüge, wenn er allenfalls bloss fahrlässig gehandelt habe.

---

Rechtsgebiet(e): SchKG

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler, Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, in: Jusletter 25. August 2008

[Rz 1] Der damaligen SAirGroup (heute: in Nachlassliquidation) wurde vom zuständigen Nachlassrichter am 5. Oktober 2001 die (vorerst provisorische) Nachlassstundung bewilligt. Im Zeitraum vom 22. August 2001 bis 27. September 2001 bezahlte die damalige SAirGroup (heute: in Nachlassliquidation) der Zürcher Kantonalbank (ZKB) in drei Tranchen ein Darlehen von insgesamt rund CHF 80 Mio. zurück. Von der SAirGroup in Nachlassliquidation, vertreten durch den Liquidator, wurden diese Zahlungen mittels Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich als paulianisch anfechtbar im Sinne von Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) angefochten. Mit Urteil vom 10. Januar 2007 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage ab, woraufhin die SAirGroup in Nachlassliquidation (wiederum vertreten durch den Liquidator) das Bundesgericht mittels Beschwerde in Zivilsachen anging. Dieses hiess die Beschwerde mit BGE 5A\_29/2007 vom 29. Mai 2008 vollumfänglich gut, hob das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich auf und verpflichtete die Beschwerdegegnerin zur Rückzahlung der erhaltenen Darlehensrückzahlungen von rund CHF 80 Mio. (nebst Zins).

[Rz 2] Strittig war insbesondere, nach welchem Massstab die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht des Schuldners (SAirGroup) für den Gläubiger (ZKB) zu beurteilen ist, wenn anfechtbare Rechtshandlungen während und im Rahmen einer Sanierung des Schuldners erfolgten. Der entscheidende Teil der Begründung des Bundesgerichts, welche diesbezüglich von derjenigen des Handelsgerichts abweicht, wird infolge der Aktualität des Entscheides nachfolgend wörtlich wiedergegeben. Sie lautet (E. 8.4 des Entscheides):

«Neben vielen einzelnen Indizien, die rechtlich so oder anders gewürdigt werden 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. Gleichermassen 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 «Swissport» und «Nuance Group» handeln 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» [im Sinne von Art. 288 SchKG].

[Rz 3] Der bundesgerichtliche Entscheid kam äusserst knapp – mit einer 3:2-Entscheidung – zu Stande.<sup>1</sup>

[Rz 4] Dies sowie die Tatsache, dass das Handelsgericht anders entschieden hatte, zeigt, dass man in der Beurteilung der massgebenden Rechtsfrage ohne weiteres auch anderer Meinung sein konnte. Über die Anforderungen an die Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht des Schuldners durch den Begünstigten (als Rechtsfrage) wurde nun jedoch höchstrichterlich entschieden, und das Bundesgericht hat – in Übereinstimmung mit früher gefällten Entscheiden – festgehalten, dass im beurteilten Fall *kein* allzu strenger Massstab anzulegen sei und den Begünstigten aufgrund der

<sup>1</sup> Vgl. dazu Jurius, ZKB muss SAirGroup 80,5 Mio. Franken zahlen, in: Jusletter 2. Juni 2008.

Umstände eine Erkundigungspflicht treffe, und dass insbes. auch ein fahrlässiges Verhalten des Begünstigten genüge. Dabei ging das Bundesgericht von einer Schädigungsabsicht des Schuldners i.S.v. Art. 288 SchKG(als Rechtsfrage) aus.

[Rz 5] Das Bundesgericht hat damit zum *zweiten Mal* innert kurzer Zeit in einem paulianischen Anfechtungsprozess wegleitend zu Gunsten des *Anfechtungsklägers* (Nachlassmasse) entschieden. Kürzlich hat es geklärt, dass die zweijährige Verwirkungfrist für paulianische Anfechtungsklagen gem. Art. 292 SchKG nicht schon mit der Bewilligung einer Nachlassstundung zu laufen beginne, sondern erst mit der (rechtskräftigen) richterlichen Bestätigung des Nachlassvertrags.<sup>2</sup>

[Rz 6] Interessant wird sein, wie *kreditgebende Finanzinstitute* auf den neuesten Entscheid reagieren werden. M.E. kann zweierlei erwartet werden: Erstens dürften bei einer Darlehensgewährung inskünftig tendenziell *strengere Anforderungen* gelten. Darlehensnehmer werden genauer geprüft werden, und im Zweifelsfall werden kreditgebende Finanzinstitute mehr Sicherheiten verlangen. Zweitens und insbesondere werden Darlehensgeber ihre Schuldner wohl noch genauer beobachten und *früher* auf deren *Sanierung* drängen. Sie werden nicht warten, bis ihr Schuldner tatsächlich ein Sanierungsfall geworden ist, denn andernfalls riskieren sie die paulianische Anfechtbarkeit einer späteren Darlehensrückzahlung. Zeichnet sich die Möglichkeit einer finanziellen Schieflage des Schuldners ab, werden sie sofort auf Sanierungsmassnahmen drängen und im Unterlassungsfall das Darlehen schnellstmöglich zurückzuführen versuchen. Einzelne Finanzinstitute könnten auch versucht sein, selbst bei ersten Anzeichen von Schwierigkeiten beim Schuldner ihre Darlehen fällig stellen.

[Rz 7] Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass sich das Bundesgericht auch mit Fragen im Zusammenhang mit der Behandlung von *Sanierungsdarlehen* in der paulianischen Anfechtung näher auseinandergesetzt hat. Über die diesbezüglichen Ausführungen, ebenso wie über weitere sich stellende Fragen im Zusammenhang mit dem bundesgerichtlichen Entscheid, wird in einer der nächsten Ausgaben von Jusletter berichtet.

---

Dr. iur. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, LL.M., ist Partner bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich und Baden.

---

\* \* \*

---

<sup>2</sup> BGE 134 III 273; vgl. dazu schon Daniel Hunkeler, Und sie beginnt doch mit der Nachlassliquidation..., in: Jusletter 11. Februar 2008.