



---

Geschäft Nr. FB060044-L/U  
Einzelrichter b.V.  
Bezirksrichter lic. iur. F. Ziltener  
Gerichtschreiberin lic. iur. F. Kunz

**Urteil vom 22. Februar 2011**

in Sachen

1. **Staat Belgien,**
  2. **A1. \_\_\_\_\_ S.A.,**
  3. **S.A. A2. \_\_\_\_\_,**
- Kläger

1 vertreten durch B. \_\_\_\_\_

1 vertreten durch C. \_\_\_\_\_

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder  
Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

1. **Nachlassmasse der D2. \_\_\_\_\_ AG in Nachlassliquidation,**
  2. **Nachlassmasse der D1. \_\_\_\_\_ AG in Nachlassliquidation,**
- Beklagte

1 vertreten durch die Kolidatoren:

Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_, sowie

Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. F. \_\_\_\_\_

2 vertreten durch den Liquidator:

Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Kollokation (ungesicherte Forderungen in der den Nachlass-  
liquidationen der D2. \_\_\_\_\_ AG und der D1. \_\_\_\_\_ AG)**

**Inhaltsverzeichnis:**

<b>I. Parteien</b> .....	<b>8</b>
1. Die Kläger.....	8
2. Die Beklagten .....	9
<b>II. Prozessgeschichte</b> .....	<b>9</b>
1. Klageeinleitung und Sistierung .....	9
2. Hauptverfahren und Vereinigung.....	10
<b>III. Zuständigkeiten</b> .....	<b>11</b>
1. Allgemein.....	11
2. Sistierungsfrage, Verfahren in Belgien .....	11
3. Übergangsrecht.....	12
<b>IV. Sachverhalt</b> .....	<b>13</b>
1. Entstehung der Kooperation, Vertragliche Grundlagen, Aktienanteil und Personelles.....	13
1.1. Liberalisierung und Ablehnung des Beitritts zum Europäischen Wirtschaftsraum EWR .....	13
1.2. Umstrukturierung und Neuausrichtung der D1'._____.....	13
1.3. Beginn der Kooperation zwischen Belgien, D1'._____ und G1'._____ .....	14
1.4. Aktienerwerb .....	14
1.5. Einstieg mit Minderheitsbeteiligung, Option und Darlehen .....	15
1.6. Regelung von Zusammenarbeit und Nutzung von Synergien .....	15
1.7. Vorschlagsrechte VR, CEO und CFO G1'._____.....	16
2. Integration der G1'._____ in die D1'._____ -Gruppe.....	16
3. Neuregelung der vertraglichen Basis 1999 bis Januar 2001 .....	17
3.1. AD._____ (AD._____ ).....	17
3.2. Term Sheet, Share Transfer Agreement und Shareholders Agreement (TS, STA und ShA).....	17
4. Kapitalerhöhung G1'._____ Januar 2001.....	18
5. Entscheid zum Ausstieg .....	19
5.1. Entscheid.....	19
5.2. Verschlechterung finanzielle Situation D1'._____ -Konzern und Medienberichte .....	20
5.3. Kommunikation gegenüber Belgien.....	21
6. Verhandlungen Mai bis Juni 2001 .....	21
7. Äusserung des D1'._____ -Willens, von Verpflichtungen entbunden zu werden.....	22
8. Inverzugsetzung durch den Staat Belgien.....	23
9. Einleitung des Gerichtsverfahrens in Belgien am 3. Juli 2001 .....	23

10.	Die Vereinbarung vom 2. August 2001: AU._____ Agreement (AUA).....	24
11.	Die Frage der Möglichkeit von finanziellen Interventionen durch Belgien .	24
12.	Die Phase vom 1. bis zum 5. Oktober 2001 .....	25
13.	Neue Klage vom 2. November 2001 .....	25
14.	Konkurs G1._____ .....	26
<b>V.</b>	<b>Rechtliches</b> .....	<b>26</b>
<b>A.</b>	<b>Prozessuales</b> .....	<b>26</b>
1.	Anwendbares Verfahrensrecht .....	26
2.	Verwendung des Materials im Parallelprozess G1._____ gegen D2._____ .....	26
3.	Editionsbegehren der Kläger .....	27
4.	Rechtsschutzinteresse .....	27
5.	Triplik.....	27
6.	Notorietät, Offenkundigkeit oder bekannte Tatsachen .....	28
6.1.	Grundsätzliches.....	28
6.1.1.	Gerichtsnotorietät .....	28
6.1.2.	Konkret.....	30
6.2.	Stellungnahme der Parteien bzw. der Kläger .....	30
6.3.	Notorietät und Verhandlungsmaxime .....	32
6.4.	Konkretisierung und prozessuale Behandlung .....	33
<b>B.</b>	<b>Materielle Behandlung</b> .....	<b>36</b>
1.	Anwendbares Recht .....	36
1.1.	Zwingendes schweizerisches Recht: SchKG, Strafrecht und OR?.....	36
1.1.1.	Beklagtsische Position .....	36
1.1.2.	Klägerische Position .....	36
1.1.3.	Gerichtliche Beurteilung .....	38
a)	Die Vorbehalte des IPRG .....	38
b)	SchKG-Bestimmungen .....	38
1)	Paulianische Anfechtbarkeit als Schuldausschlussgrund aus Ordre Public? .....	38
2)	Gläubigergleichbehandlung als Schuldausschlussgrund aus Ordre Public? .....	39
c)	Obligationenrecht .....	40
1)	Vorschrift von Art. 754 OR.....	40
2)	Vorschriften von Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 725a OR.....	40
d)	Strafrecht.....	42
1)	Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung) .....	42
2)	Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) .....	42
e)	Fazit .....	43
1.2.	Auf die vertragliche Haftung anwendbares Recht .....	44

1.3.	Auf die ausservertragliche Haftung anwendbares Recht.....	44
2.	Zusammenfassung von klägerischer und beklagter Position .....	45
2.1.	Gemäss Klägern.....	45
2.1.1.	"Hauptbegründung" .....	45
2.1.2.	"Eventualbegründung" .....	46
2.2.	Gemäss Beklagten .....	46
3.	Vertragsgesamtheit: Assoziierungsvereinbarung oder Vertragsgruppe? ..	47
3.1.	Kläger .....	47
3.2.	Beklagte .....	47
3.3.	Replik .....	48
3.4.	Gerichtliche Beurteilung .....	49
4.	Ausserkraftsetzen sämtlicher früherer Vereinbarungen durch das AUA? .	53
4.1.	Systematik der Parteien .....	53
4.2.	Vergleichsvertrag .....	53
4.3.	Bedingung und Wortlaut.....	54
4.3.1.	Allgemein.....	54
4.3.2.	Wortlaut der Bedingung.....	54
4.3.3.	Nichterfüllung der Bedingung gemäss Wortlaut .....	55
4.3.4.	Positionen der Parteien: unzulässiges konkursrechtliches Vorrecht oder zulässige Suspensivbedingung .....	55
4.3.5.	Gerichtliche Behandlung .....	55
a)	Differenz zwischen Vergleichsvertrag und Bedingung .....	55
b)	Analyse der Beziehung zwischen Bedingung und Vergleichsvertrag .....	56
c)	Die Suspensivbedingung nach belgischem Recht.....	57
d)	Der Vergleichsvertrag nach belgischem Recht.....	58
4.3.6.	Auswirkung des Bestehens auf Erfüllung des AUA durch die Haupt- gläubigerin G1. _____ .....	60
a)	Kein Vertrag zugunsten Dritter .....	60
b)	Forderung der G1. _____ .....	60
c)	Folge .....	61
4.3.7.	Fortsetzung des Verfahrens in Belgien .....	62
a)	Zustimmung Beklagte zur Fortsetzung des belgischen Verfahrens?.....	62
b)	Klageerweiterung Nichterfüllung AUA .....	62
4.3.8.	Rechtsfolge bezüglich Zustandekommen des AUA und Gültigkeit der Ziffern 6.1 bis 6.6 .....	63
a)	Unzulässigkeit der Auflösung des AUA .....	63
b)	Verbindlichkeit des Entscheids G1. _____ für Kläger.....	63
c)	Streitgenossenschaft Kläger mit G1. _____ im belgischen Prozess .....	63
d)	Folgerungen .....	64
e)	Verbleibende Möglichkeit gemäss Klageschema der Kläger.....	64

f)	Irrelevanz der Frage des unzulässigen konkursrechtlichen Vorrechts .....	64
5.	Nichtigerklärung des AUA wegen Täuschung? .....	64
5.1.	Irreführung gemäss Klägerschaft .....	64
5.2.	Wortlaut von Art. 1116 CC.....	65
5.3.	Täuschungshandlung .....	65
5.3.1.	Belgisches Recht gemäss Klägerschaft .....	65
5.3.2.	Belgisches Recht gemäss Beklagten .....	66
5.3.3.	Substanziierung gemäss Kläger.....	66
5.3.4.	Stellungnahme der Beklagten .....	66
5.3.5.	Gerichtliche Beurteilung .....	66
5.4.	Absicht.....	69
5.5.	Irrtum auf Seiten des Geschädigten und Kausalität für den Vertragsabschluss .....	70
5.6.	Schlussfolgerung bezüglich Nichtigerklärung AUA zufolge absichtlicher Täuschung.....	71
6.	Schadenersatz wegen Nichterfüllung des AUA .....	71
6.1.	Gemäss Klägern.....	71
6.2.	Gemäss Beklagten .....	72
6.3.	Gerichtliche Beurteilung .....	72
6.3.1.	Wortlaut von Art. 1146 und Art. 1147 CC .....	72
6.3.2.	Nichterfüllung .....	73
6.3.3.	Verschulden .....	73
6.3.4.	Schaden .....	74
a)	Klägerische Ausführungen zum belgischen Recht .....	74
b)	Beklagische Ausführungen zum belgischen Recht.....	76
c)	Die Schadenspositionen im Zusammenhang mit den Januarverträgen 2001 .....	77
d)	Unnütze Ausgaben August 2001 .....	77
e)	Kosten des Sozialplans .....	78
f)	Miete eines Flugsimulators.....	79
g)	"perte d'une chance" .....	79
h)	Imageschaden .....	80
6.3.5.	Kausalzusammenhang .....	81
a)	Bedeutung .....	81
b)	Belgisches Recht der Kausalität gemäss Klägern .....	82
c)	Belgisches Recht der Kausalität gemäss Beklagten .....	82
d)	Gerichtliche Beurteilung .....	83
1)	Beweislast .....	83
2)	Entscheidende Fragehypothese.....	83
3)	Belgisches Konkursrech .....	84

4)	Parallele "BD._____" und "BE._____" .....	85
5)	Frühere Liquidationsüberlegungen .....	86
6)	Betragsmässige Dimension der Fragehypothesen zur Kausalität .....	88
7)	Zwischenwürdigung .....	89
8)	Streik als Mitursache: Aussage G1._____, CEO AP._____ und Feststellung Parlamentarische Untersuchungskommission .....	90
9)	Arbeitsplätze in der Flugzeugindustrie nach 9/11 .....	90
10)	Konkurserkenntnis vom 7. November 2001 .....	91
11)	Zeitliche Eingrenzung des Entscheides zum Konkurs .....	93
12)	Übertragung der Slots und Nichtverlängerung Stundung .....	95
13)	Subventionsbedarf des nationalen Prestigeobjektes .....	96
14)	Keine Restrukturierungshilfe bis 2005 gemäss EU-Recht .....	97
15)	Gerichtsnotorischer Arbeitskräfteabbau von G1._____ zu G3._____ .....	98
16)	Unverzichtbarkeit des Arbeitskräfteabbaus für Investoren .....	99
17)	Beantwortung der hypothetischen Frage .....	100
18)	Wirtschaftliche Betrachtung: Konkurs G1._____ als (bewilligungsfreie) Subventionierung des nationalen Prestigeobjektes Fluggesellschaft .....	101
7.	Ausservertragliche Haftung .....	102
7.1.	Belgisches Recht gemäss Klägern .....	102
7.1.1.	Art. 1382 ff. CC .....	102
7.1.2.	"Faute aquilienne" .....	102
a)	Allgemein .....	102
b)	Culpa in contrahendo .....	102
c)	Täuschung als Verschulden .....	103
7.1.3.	Schaden .....	103
7.1.4.	Kausalzusammenhang .....	103
7.1.5.	Verhältnis zur vertraglichen Haftung .....	103
a)	Grundsatz .....	103
b)	Nach Pflichten .....	103
c)	Nach Schaden .....	104
7.2.	Belgisches Recht gemäss Beklagten .....	104
7.3.	Subsumtion gemäss Klägern .....	105
7.4.	Stellungnahme der Beklagten .....	106
7.5.	Beurteilung durch das Gericht .....	106
8.	Schlussfolgerung .....	106
<b>VI.</b>	<b>Kosten- und Entschädigungsfolgen .....</b>	<b>107</b>

### **Rechtsbegehren:**

(sinngemäss laut act. 44 S. 2 f. und act. 55/23 S. 2 ff. sowie act. 77 S. 3)

Es seien im Nachlassverfahren über die D2.\_\_\_\_\_ und die D1.\_\_\_\_\_ die von den Klägern angemeldeten Forderungen in dritter Klasse je wie folgt zu kollozieren:

1. Staat Belgien mit CHF 38'764'322.06 (EUR 25'189'630.29).
2. A1.\_\_\_\_\_ S.A. mit CHF 455'309'853.98 (EUR 295'867'082.97).
3. S.A. A2.\_\_\_\_\_ mit CHF 252'652'156.55 (EUR 164'177'111.28).

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten in solidarischer Haftung.

### **Der Einzelrichter erwägt:**

#### **I. Parteien**

##### **1. Die Kläger**

Kläger 1 ist der Staat Belgien. Er war Aktionär der 1923 unter dem Namen G1'.\_\_\_\_\_ mit Sitz in H.\_\_\_\_\_ [Stadt in Belgien] gegründeten belgischen Fluggesellschaft G1.\_\_\_\_\_. In der Funktion als Aktionär der G1.\_\_\_\_\_ schloss der Kläger 1 verschiedene Verträge mit den Beklagten ab. Die Klägerin 2 A1.\_\_\_\_\_ S.A. (A1.\_\_\_\_\_) ist eine Aktiengesellschaft belgischen öffentlichen Rechts. Diese handelt unter direkter oder indirekter Kontrolle durch den Kläger 1 mit dem Ziel der Förderung öffentlicher Wirtschaftsprojekte Belgiens zum Teil auf eigene und zum Teil auf Rechnung des Klägers 1. Die Klägerin 3 S.A. A2.\_\_\_\_\_ ist eine Aktiengesellschaft privaten Rechts und eine 100%-ige Tochter der Klägerin 2. Ihr Hauptzweck ist bzw. war der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen an Fluggesellschaften. Die Kläger hielten zusammen 50,4% der heute konkursiten

G1.\_\_\_\_\_ (Klagebegründung, act. 44 S. 31 f. bzw. act. 55/23 S. 32, in der Folge wird nur noch act. 44 zitiert).

## 2. Die Beklagten

Die Beklagte 2 D1.\_\_\_\_\_ in Nachlassliquidation wurde am tt.mm.1931 als D1'.\_\_\_\_\_ gegründet. Seit dem tt.mm.1997 firmiert sie unter dem Namen, mit dem sie am 5. Oktober 2001 in Nachlassstundung ging. Bei der Beklagten 1 handelt es sich um eine 100% von der Beklagten 2 gehaltene Subholding. Sie wurde am tt.mm.1997 gegründet und übernahm entsprechend ihrem Zweck "Erwerb, Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen, insbesondere im Bereich Luftverkehr" unter anderem Aktien der G1.\_\_\_\_\_. Mit den Bestätigungen der Nachlassverträge mit Vermögensabtretung am 20. Juni 2003 traten die Beklagten in die Liquidationsphase. Bei den vorliegenden Prozessen handelt es sich um Kollokationsklagen nach schweizerischem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG).

## II. Prozessgeschichte

### 1. Klageeinleitung und Sistierung

Am 10. August 2006 (Datum des Poststempels: 8. August 2006) erhoben die Kläger Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 1 i.V.m. Art. 321 Abs. 2 SchKG (act. 1). Mit Verfügung vom 22. August 2006 wurde der Beklagten 1 Frist angesetzt, um zu den prozessualen Anträgen der Kläger (Unzuständigerklärung bzw. Beschränkung der Kognition auf Erhaltung und Anerkennung, Sistierung bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils der belgischen Gerichte) Stellung zu nehmen (act. 6). Diese Stellungnahme ging innert erstreckter Frist am 26. September 2006 beim Gericht ein (act. 17). Am 29. September 2006 verfügte der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren die Abweisung des Antrags auf Unzuständigerklärung bzw. Beschränkung der Kognition und die Sistierung des Prozesses bis zur Erledigung des belgischen Verfahrens (act. 18). Die Beklagte 1 rekurrierte dagegen mit Eingabe vom 10. Oktober 2006 beim Obergericht des Kantons Zürich

(act. 24). Dieses wies mit Beschluss vom 2. März 2007 den Rekurs ab (act. 25). Mit Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2007 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten 1 ab (act. 27). Das angerufene Bundesgericht hob auf Beschwerde in Zivilsachen hin mit Urteil vom 30. September 2008 die Sistierung des Kollokationsprozesses und die entsprechenden Beschlüsse auf (act. 29).

## 2. Hauptverfahren und Vereinigung

Nach Eingang des begründeten Bundesgerichtsurteils am 8. Januar 2009 (act. 33 und act. 32) setzte der Einzelrichter mit Verfügung vom 12. Januar 2009 den Klägern Frist an zur ergänzenden Klagebegründung und ordnete für Klagebegründung und Klageantwort das schriftliche Verfahren an (act. 34). Im Einverständnis der Parteien wurde diese Frist letztmals bis zum 31. März 2009, nach einem krankheitsbedingten Wechsel des Rechtsvertreters der Kläger ausnahmsweise neuerlich bis zum 16. April 2009 erstreckt (act. 42). Die ergänzende Klagebegründung wurde fristgerecht überbracht (act. 44). Auf Gesuch der Kläger hin, dem sich die Beklagten nicht widersetzen, wurden mit Verfügung vom 11. Mai 2009 der Prozess der Kläger gegen die Beklagte 1 und der am 2. November 2006 eingegangene Prozess gegen die Beklagte 2 (Proz. Nr. FB060141) vereinigt und gleichzeitig Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 51). Die Klageantwort ging innert erstreckter Frist am 28. September 2009 beim Gericht ein (act. 67). Nach Prüfung des Sinns einer Vergleichsverhandlung wurde einstweilen davon abgesehen und statt dessen am 9. November 2009 Frist zur Erstattung der Replik angesetzt unter Beibehaltung der Schriftlichkeit für die weiteren Parteivorträge (act. 71). Diese wurde am 16. April 2010 überbracht (act. 77). Am 21. April 2010 verfügte der Einzelrichter in Berücksichtigung der entsprechenden Parteivereinbarung eine ein- und letztmalige Frist bis 11. November 2010 zur Einreichung der Duplik (act. 82) und zusätzlich am 3. September 2010 für beide Parteien ebenfalls bis 11. November 2010 zur Stellungnahme zu vom Einzelrichter in den Prozess eingebrachten Medienartikeln (act. 89). Die Duplik und die Stellungnahme der Klägerschaft gingen fristgemäss ein (act. 93 und 95).

### III. Zuständigkeiten

#### 1. Allgemein

Örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich sind grundsätzlich (zur Ausnahme sogleich unten) zu Recht unbestritten geblieben (Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG; Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 250 Abs. 1 SchKG; § 22 Abs. 1 Ziff. 5 GVG).

#### 2. Sistierungsfrage, Verfahren in Belgien

Die Klägerschaft macht geltend, für die materielle Vorfrage seien – da die vorliegend geltend gemachten Forderungen Gegenstand eines ordentlichen Gerichtsverfahrens in Belgien bildeten – die belgischen Gerichte gestützt auf das Lugano-Übereinkommen örtlich zuständig und der vorliegende Prozess sei dementsprechend zu Gunsten jenes Verfahrens in Belgien zu sistieren (Klagebegründung, act. 44 S. 22). Das Bundesgericht hat die Sistierungsfrage im vorliegenden Fall bezüglich der Beklagten 1 anders, nämlich auf Fortsetzung des hiesigen Verfahrens, entschieden (act. 33 bzw. BGE 135 III 127). Es führte dabei aus, gegen die Sistierung zum jetzigen Zeitpunkt spreche die Tatsache, dass bis zu einem höchstrichterlichen Urteil in Belgien noch viele Monate, wenn nicht Jahre vergehen dürften, ebenso, dass der Kollokationsrichter materielle SchKG-Bestimmungen (wie Ansprüche aus Art. 285 ff. SchKG, welche einredeweise vorgebracht werden könnten) anzuwenden habe, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Kollokationsrichter zuerst prüfe, ob die Anwendung von materiellen SchKG-Bestimmungen zur gänzlichen oder teilweisen Abweisung der Kollokationsklage führe.

Zwar hat Schwander den erwähnten BGE kritisiert mit dem Argument, dieser stelle entgegen Art. 30a SchKG (welcher die völkerrechtlichen Verträge und die Bestimmungen des IPRG vorbehält) eine prozedurale Detailregelung im SchKG über das LugÜ. Die Frage, ob nach Art. 9 IPRG (welcher die Sistierung zugunsten des zuerst im Ausland angehobenen Prozesses über denselben Gegenstand vorsieht) eine Lösung zu suchen sei, sei offenbar von niemandem aufgeworfen worden (Ivo Schwander, SZIER 2009, S. 245 ff.). Die hiesige Verfügung vom 29. September

2006 stützte sich für die Sistierung im Falle der (verneinten) Nichtanwendbarkeit von Art. 22 LugÜ (Aussetzung zusammenhängender Prozesse in verschiedenen Vertragsstaaten) auf genau den erwähnten Art. 9 IPRG ab (act. 18 S. 36 f.). Der belgische Prozess soll gemäss Pressemeldungen in zweiter Instanz entschieden worden sein. Über die Auswirkung dieses Urteils, welches noch angefochten werden kann, haben sich die Parteien einstweilen nicht verlauten lassen. Unter diesen Umständen ist auf das erneute Sistierungsgesuch trotz der Kritik von Schwander am erwähnten BGE einstweilen nicht mehr weiter einzugehen.

Nicht abzuwarten ist, was die am 21. Dezember 2009 vom Kläger 1 gegen die schweizerische Eidgenossenschaft eingereichte Klage wegen Verletzung des Übereinkommens vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) beim Internationalen Gerichtshof in Den Haag ergibt (Replik, act. 77 S. 28).

### 3. Übergangsrecht

Am 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Übergangsrechtlich bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit gemäss neuem Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH nach dem neuen Recht, also den Art. 9 ff. ZPO/CH statt des aufgehobenen Gerichtsstandsgesetzes. Eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht bleibt allerdings gemäss Abs. 2 des genannten Artikels (aus Gründen der Prozessökonomie) erhalten, was bedeutet, dass lediglich dann auf eine rechtshängige Klage nicht eingetreten werden dürfte, wenn es sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Recht an der örtlichen Zuständigkeit fehlt (Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 404 N 15). Die örtliche Zuständigkeit ist demgemäss auch unter neuem Prozessrecht zu bejahen.

#### **IV. Sachverhalt**

##### **1. Entstehung der Kooperation, Vertragliche Grundlagen, Aktienanteil und Personelles**

###### **1.1. Liberalisierung und Ablehnung des Beitritts zum Europäischen Wirtschaftsraum EWR**

Zu Beginn der 90er-Jahre erfuhr der europäische Luftverkehr aufgrund seiner Liberalisierung tiefgreifende Veränderungen. Mit der Ablehnung des Beitritts zum damaligen Europäischen Wirtschaftsraum durch das schweizerische Stimmvolk am 6. Dezember 1992 war die Hoffnung der D1'.\_\_\_\_\_ auf den damit verbundenen freien Luftverkehr hinfällig geworden, verlangte doch die EU dafür den Status eines europäischen Luftfahrtunternehmens. D1'.\_\_\_\_\_ musste nun mit jedem einzelnen EU-Staat bilateral Luftverkehrsrechte aushandeln. Ende 1993 scheiterte das "I.\_\_\_\_\_"-Projekt, welches die Fusion der schweizerischen D1'.\_\_\_\_\_, der niederländischen J.\_\_\_\_\_, der skandinavischen K.\_\_\_\_\_ und der österreichischen L.\_\_\_\_\_ vorgesehen hatte. In der Folge erarbeitete sich die D1'.\_\_\_\_\_ mit Hilfe der Unternehmensberatungsfirma M.\_\_\_\_\_ ein neues strategisches Grundkonzept mit dem Namen "N.\_\_\_\_\_".

###### **1.2. Umstrukturierung und Neuausrichtung der D1'.\_\_\_\_\_**

Ende 1995 wechselte die D1'.\_\_\_\_\_ -Gruppe von einer Stammhausstruktur in eine mehrfach gegliederte Holdingstruktur. Die D1'.\_\_\_\_\_ wurde dabei als Dachholdinggesellschaft Rechtsnachfolgerin der D1'.\_\_\_\_\_ und für den eigentlichen Flugbetrieb wurde eine neue D3.\_\_\_\_\_ gegründet (Klageantwort, act. 67 S. 118 ff., unbestritten in der Replik, act. 77 S. 213). Im Herbst 1997 gedieh das Konzept "N.\_\_\_\_\_" zu einer Strategie namens "O.\_\_\_\_\_". Gemäss dieser sollte das strategische Defizit der D1'.\_\_\_\_\_ mittels externen Wachstums in Form der Übernahme von Beteiligungen an ausländischen Luftfahrt-Gesellschaften zum Zweck ihrer Integration in die D1'.\_\_\_\_\_ -Gruppe wettgemacht werden. Die Gruppe wollte so – wie schon mit "I.\_\_\_\_\_" – zur sogenannten vierten Kraft neben P.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ werden. Die Verwirklichung der "O.\_\_\_\_\_"-Strategie brachte ungefähr das Zehnfache an Ausgaben gegenüber dem ursprünglich Geplanten (act. 67 S. 120 f., diesbezüglich unbestritten in Replik, act. 77 S. 214). Die Wachs-

tumsstrategie wurde auch im flugverwandten und im Flugzeugleasing-Geschäft verfolgt (Klageantwort, act. 67 S. 122, unbestritten act. 77 S. 214). Entgegen früheren Beschlüssen wurde die Expansionsstrategie aber nicht durch Verkäufe von nicht strategischen Beteiligungen, sondern mit Sale and Lease-back von Flugzeugen, neuen Bankkrediten und Anlehens-Obligationen finanziert (act. 67 S. 123, unbestritten act. 77 S. 215).

### 1.3. Beginn der Kooperation zwischen Belgien, D1'.\_\_\_\_\_ und G1.\_\_\_\_\_

Bereits Ende 1993 waren zwischen der D1'.\_\_\_\_\_, der G1.\_\_\_\_\_ und der belgischen Regierung geheime Gespräche mit dem Ziel einer Kooperation geführt worden. Diese sollte durch eine massgebliche D1'.\_\_\_\_\_ -Beteiligung an G1.\_\_\_\_\_ untermauert werden. Am 13. Juni 1994 wurde ein Letter of Intent unterzeichnet, gemäss welchem sich die Q.\_\_\_\_\_ mit einer Beteiligung von 37,5% aus der G1.\_\_\_\_\_ zurückziehen sollte. Die D1'.\_\_\_\_\_ strebte von Beginn eine Mehrheitsbeteiligung an und wollte die operative Führung der G1.\_\_\_\_\_ übernehmen (Klagebegründung, act. 44 S. 51 f. und act. 67 S. 250).

### 1.4. Aktienerwerb

Um den Status der G1.\_\_\_\_\_ als europäisches Luftfahrtunternehmen gemäss EU-Verordnungen zu wahren, konnte die D1'.\_\_\_\_\_ bzw. D1.\_\_\_\_\_ aber zunächst keine Mehrheitsbeteiligung an G1.\_\_\_\_\_ übernehmen, sondern erwarb 1995 einstweilen eine Beteiligung von 49,5%. Vor dem Hintergrund der Idee einer vierten Kraft in der europäischen Luftfahrt erfolgten zwischen 1998 und 2000 zusätzliche Beteiligungen an diversen europäischen Fluggesellschaften sowie an der südafrikanischen Fluggesellschaft S.\_\_\_\_\_. Unter anderem kaufte sich die D1'.\_\_\_\_\_ -Gruppe in die Gesellschaften T.\_\_\_\_\_ (Deutschland), U.\_\_\_\_\_ (Frankreich), V.\_\_\_\_\_ (Frankreich), W.\_\_\_\_\_ (Portugal) und AA.\_\_\_\_\_ (Portugal) ein (act. 67 S. 58 f., unbestritten act. 77 S. 152). Allerdings waren zwischen der EU und der Schweiz bereits Verhandlungen über ein Abkommen im Gang, welches in absehbarer Zeit Mehrheitsbeteiligungen von Schweizer Unternehmen an EU-Luftfahrtunternehmen (und umgekehrt) ermöglichen sollte. Dieses Abkommen

wurde am 21. Juni 1999 unterzeichnet, trat aber erst am 1. Juni 2002 in Kraft (Klagebegründung, act. 44 S. 53 und Klageantwort, act. 67 S. 250).

#### 1.5. Einstieg mit Minderheitsbeteiligung, Option und Darlehen

Am 14. Dezember 1994 beschloss der Verwaltungsrat der D1'.\_\_\_\_\_, sich im Rahmen seiner neuen Wachstumsstrategie zunächst im damals maximal möglichen Umfang von 49,5% – mit der Option auf eine Mehrheitsbeteiligung – an der G1.\_\_\_\_\_ zu beteiligen. Im Jahre 1995 wurde am 4. Mai und 12. Juni (Nachtrag) das Shareholders and Master Agreement (SMA) als Basisvertrag zwischen dem belgischen Staat und der D1'.\_\_\_\_\_ unterzeichnet. Das Loan Agreement vom 24. Juli 1995 zwischen der AB.\_\_\_\_\_ (eine der beiden Vorgängerinnen der Klägerin 2) und der D1'.\_\_\_\_\_ regelte die im Basisvertrag vorgesehene Gewährung eines Darlehens von der D1'.\_\_\_\_\_ an die AB.\_\_\_\_\_. Im Gegenzug stellte die AB.\_\_\_\_\_ gleichentags ein Global Warrants Certificate über 691'666'127 G1.\_\_\_\_\_-Aktien samt Terms of Warrant aus (es handelte sich dabei um die von AB.\_\_\_\_\_ der Q.\_\_\_\_\_ abgekauften Aktien, mit welcher die D1'.\_\_\_\_\_ ihre Beteiligung in Verrechnung des gewährten Darlehens hätte auf 67,7% erhöhen können, sobald es das regulatorische Umfeld erlaubt hätte). Gesamthaft hatte die D1'.\_\_\_\_\_ bis zu diesem Zeitpunkt BEF 10,5 Mia. investiert (circa EUR 260 Mio.; act. 44 S. 55 und act. 67 S. 250).

#### 1.6. Regelung von Zusammenarbeit und Nutzung von Synergien

Ebenfalls am gleichen Tag schlossen die G1.\_\_\_\_\_ und die D1'.\_\_\_\_\_ das Cooperation Agreement. Dessen Ziel war die Festlegung von Synergien zwischen den operativen Einheiten der beiden Luftfahrtgesellschaften. So regelte es einerseits gewisse Prozeduren im Bereich der gemeinsamen Planung der Flotte, der Entwicklung des Flugnetzes und der Finanzen etc., andererseits gewisse Koordinationsverfahren auf dem Gebiet der operativen Geschäftsführung (z.B. Route Management, Yield Management, Marketing etc.; act. 44 S. 55 und act. 67 S. 250).

### 1.7. Vorschlagsrechte VR, CEO und CFO G1.

Weil die D1'.\_\_\_\_\_ von Anfang an möglichst grossen Einfluss auf die G1.\_\_\_\_\_ haben wollte, sah das SMA ein Vorschlagsrecht für fünf Verwaltungsräte (VR) seitens D1'.\_\_\_\_\_ und sechs seitens des belgischen Staates vor, der Verwaltungsratspräsident (VRP) war auf gemeinsamen Antrag zu nominieren. Eine Abberufung von Verwaltungsräten war nur mit Zustimmung beider Aktionärsseiten möglich. Die D1'.\_\_\_\_\_ hatte zudem das Mitbestimmungsrecht bezüglich des CEO und das alleinige Vorschlagsrecht bezüglich des CFO. In der Folge wurden diese Schlüsselpositionen gemäss Klägerin stets mit Leuten aus der D1'.\_\_\_\_\_ selbst oder ihrem Umfeld besetzt (Klagebegründung, act. 44 S. 56 f.). Demgegenüber macht die Beklagte geltend, nach dem Ausscheiden AC.\_\_\_\_\_s im Oktober 1997 als CFO sei diese Position – wie alle anderen Schlüsselpositionen ausser dem CEO – in der Folge ausschliesslich mit den belgischen Mehrheitsaktionären nahestehenden Personen besetzt worden (Klageantwort, act. 67 S. 251). Es war der Wille beider Parteien, der D1'.\_\_\_\_\_ bereits von Anfang an soviel Macht wie möglich zu übertragen. Aus dem Protokoll der VR-Sitzung der D1'.\_\_\_\_\_ vom 14. Juni 1995 ergibt sich, dass diese ihre Vorstellungen bezüglich Kontrolle z.B. bei der Wahl des CEO bei der EU nicht durchsetzen konnte, jedoch die institutionalisierten Einflussmöglichkeiten zur Durchsetzung der gemeinsamen Interessen insgesamt als ausreichend taxierte (act. 44 S. 58 und act. 67 S. 251).

### 2. Integration der G1.\_\_\_\_\_ in die D1'.\_\_\_\_\_ -Gruppe

Die Klägerschaft macht geltend, die D1'.\_\_\_\_\_ habe in der Umsetzung der im Cooperation Agreement vom 24. Juli 1995 vorgesehenen strukturellen Kooperation zwischen G1.\_\_\_\_\_ und D1'.\_\_\_\_\_ -Gruppe, welche zu breit gefächerten Synergien geführt habe, ihre eigenen Interessen über diejenigen der G1.\_\_\_\_\_ gestellt. Wichtige Entscheide betreffend die G1.\_\_\_\_\_ seien durch das Steering Committee – ein informelles Gremium der Beklagten 2, welches sich ausschliesslich aus D1'.\_\_\_\_\_ und von dieser ausgewählten Personen zusammengesetzt habe – getroffen worden. Sowohl bei der Zentralisierung der Informatiksysteme beider Luftfahrtgesellschaften in Zürich ab 1996, der Erneuerung der G1.\_\_\_\_\_ Flotte im Jahr 1997, der Übertragung der exklusiven Kommerzialisierung der Cargo

und Mail-Kapazitäten der G1.\_\_\_\_\_ auf die D4.\_\_\_\_\_ AG 1997 als auch der Einführung des Buchhaltungssystems Dolphin im Jahr 1999 habe die D1'.\_\_\_\_\_ in Tat und Wahrheit die G1.\_\_\_\_\_ Entscheidungen treffen lassen, welche die Letztere zu Gunsten der Schweizer Gruppengesellschaften klar benachteiligt habe (Klagebegründung, act. 44 S. 59 f.). Diese Benachteiligung wird von der Beklagten bestritten mit dem Hinweis, dass der Verwaltungsrat der G1.\_\_\_\_\_, welcher diese Entscheide getroffen habe, von Vertretern der belgischen Mehrheitsaktionäre beherrscht worden sei (Klageantwort, act. 67 S. 251 f.).

### 3. Neuregelung der vertraglichen Basis 1999 bis Januar 2001

#### 3.1. AD.\_\_\_\_\_ (AD.\_\_\_\_\_)

Auch nach der Umstrukturierung der D1'.\_\_\_\_\_ -Gruppe hielten die Führungsorgane der D1.\_\_\_\_\_ und der D2.\_\_\_\_\_ an der Übernahme der Kontrolle der G1.\_\_\_\_\_ fest und führten ihre Politik der funktionellen Integration der G1.\_\_\_\_\_ in die Gruppe weiter. 1999 schlug die Beklagte 2 eine gemeinsame Organisation, die AD.\_\_\_\_\_ (AD.\_\_\_\_\_) vor, um darüber gemeinsam das Flugnetz, den Verkauf und das Marketing zu betreiben sowie Support auf der Ebene der Finanzierung, der Informatik und der Human Resources zu leisten. Der Verwaltungsrat der G1.\_\_\_\_\_ und die Kläger erkannten, dass diese Vereinbarung bzw. die damit verbundene Integration das Schicksal der G1.\_\_\_\_\_ mit jenem der D1'.\_\_\_\_\_ - Gruppe praktisch unwiderruflich verbinden würde und machten daher ihr Einverständnis am 14. Juni 1999 von diversen Bedingungen abhängig. Eine dieser Bedingungen war der Abschluss eines Vertrages zwischen Beklagter 2 und belgischem Staat über die Zukunft der Beteiligungsverhältnisse an der G1.\_\_\_\_\_. Trotzdem wurde die AD.\_\_\_\_\_ bereits Mitte 1999 operativ (act. 44 S. 60 f. und act. 67 S. 252).

#### 3.2. Term Sheet, Share Transfer Agreement und Shareholders Agreement (TS, STA und ShA)

Die Diskussionen über die Frage der Mehrheitsbeteiligung – der belgische Staat wollte gemäss Klägerschaft 15% behalten, die Beklagten mindestens eine Option auch auf den kurzfristigen Erwerb dieses beim belgischen Staat verbleibenden

Restes – dauerten bis zum 26. April 2000. An diesem Tag unterzeichneten Kläger 1 und Beklagte 2 ein Term Sheet, wonach die Erhöhung der Beteiligung an G1.\_\_\_\_\_ auf 85% stattfinden sollte mit dem in Kraft treten des Luftverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und der EU vom 21. Juni 1999 und die belgische Seite sich nicht an einer Rekapitalisierung der G1.\_\_\_\_\_ beteiligen musste. Mit Vereinbarung vom 31. Juli 2000 wurde die AD.\_\_\_\_\_ formell errichtet. Das Term Sheet wurde in zwei weiteren Vereinbarungen, dem Share Transfer Agreement und dem Shareholders Agreement vom 25. Januar 2001, umgesetzt (Klagebegründung, act. 44 S. 62 f. und Klageantwort, act. 67 S. 252). Umstritten ist zwischen den Parteien, ob in dieser Phase die Beklagten, der belgische Staat oder der Verwaltungsrat der G1.\_\_\_\_\_ auf die Erhöhung der Beteiligung gedrängt hätten (act. 67 S. 252, Replik, act. 77 S. 349 und Duplik, act. 95 S. 209, die dortige Bestreitung ist allerdings unsubstantiiert).

#### 4. Kapitalerhöhung G1.\_\_\_\_\_ Januar 2001

Infolge Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse der G1.\_\_\_\_\_, welche die Klägerschaft auf die Verlagerung gewinn- und liquiditätsbringender Aktivitäten aus der G1.\_\_\_\_\_ in schweizerische Gesellschaften und die Belastung der G1.\_\_\_\_\_ mit defizitären Geschäften, die Beklagten dagegen auf das schlechte Finanzmanagement und die von Vertretern der D1.\_\_\_\_\_ mehrfach kritisierte Expansionsstrategie der G1.\_\_\_\_\_ zurückführt, wuchs deren Kapitalbedarf. Daher schlugen die Beklagten dem belgischen Staat entgegen dem Term Sheet eine durch beide Parteien finanzierte Kapitalerhöhung vor. Dieser stimmte der belgische Staat gemäss Klägerschaft auf Grund des massiven Drucks der Beklagten, um eine Pattsituation zu vermeiden und im angeblichen Nichtwissen um die "Plünderungsstrategie" notgedrungen zu (act. 44 S. 64 und act. 67 S. 252).

In der Verwaltungsratssitzung der Beklagten 2 vom 14. Dezember 2000 wurde der Kapitalbedarf der G1.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2001 mit EUR 519 Mio. und für das Jahr 2002 mit EUR 260 Mio. beziffert. Gleichzeitig stellte der VR der Beklagten 2 fest, dass diese nicht mehr über die notwendigen Mittel verfügte, um ihre Expansionspolitik, wovon G1.\_\_\_\_\_ ein Teil war, weiterzuführen. Vielmehr sei diese zum Scheitern verurteilt und müsse demnach aufgegeben werden. Eine von

M. \_\_\_\_\_ im August 2000 vorgelegte Studie "AE. \_\_\_\_\_" liess die Beklagte 2 angesichts der dramatisch verschlechterten finanziellen Situation der D1. \_\_\_\_\_ zufolge der akquirierten Beteiligungen und den damit verbundenen Kosten die "O. \_\_\_\_\_"-Strategie mehr und mehr in Zweifel ziehen. Dennoch stimmten die Beklagten einer Kapitalerhöhung zu, dies angeblich ohne ihre finanzielle Situation den Klägern offen zu legen (Klagebegründung, act. 44 S. 65). Die Beklagten machen geltend, die Klägerschaft sei über die Medien bestens über die finanziellen Schwierigkeiten der Beklagten orientiert gewesen (Klageantwort, act. 67 S. 253).

Vor diesem Hintergrund schlossen der belgische Staat und die Beklagten am 22. Januar 2001 ein zweites Term Sheet, welches durch das Supplementary Agreement vom 25. Januar 2001 umgesetzt werden sollte. Dieses sah im Wesentlichen eine Kapitalerhöhung um EUR 250 Mio. sowie die Deckung der Liquiditätsbedürfnisse der G1. \_\_\_\_\_ durch D1. \_\_\_\_\_ vor. Am 23. Februar 2001 wurden Partizipationsscheine im erwähnten Umfang ausgestellt und von der Klägerin 3 zu EUR 100 Mio. sowie der Beklagten 2 zu EUR 150 Mio. in den darauf folgenden Tagen liberiert (act. 44 S. 64 ff. und act. 67 S. 252).

## 5. Entscheid zum Ausstieg

### 5.1. Entscheid

Dieser fiel gemäss Klägerschaft in der Verwaltungsratssitzung der Beklagten 2 vom 22. Februar 2001 mit den Entscheiden kontrollierter Ausstieg aus G1. \_\_\_\_\_ und Ende der AD. \_\_\_\_\_. Die Beklagten machen demgegenüber im vorliegenden Prozess geltend, es sei lediglich ein solcher Ausstieg in Aussicht genommen, nicht aber beschlossen worden (demgegenüber bestätigte die Beklagte 1 den Beschluss eines kontrollierten Ausstiegs aus der G1. \_\_\_\_\_-Beteiligung im Parallelprozess, wobei man die abgeschlossenen Januarverträge einhalten und die 49% habe halten wollen: act. 48 S. 132 in Proz. Nr. FB060046). Gleichzeitig beschloss der VR die Geheimhaltung dieser Ziele sowohl gegenüber dem belgischen Staat, gegenüber der G1. \_\_\_\_\_ als auch der Presse. VRP AF. \_\_\_\_\_ hatte zwar an einem Treffen mit dem belgischen Premierminister AG. \_\_\_\_\_ vom 16. Februar 2001 erstmals die finanziellen Schwierigkeiten der Beklagten erwähnt, diese aber

gemäss Klägerschaft als momentan bezeichnet. Am 19. Februar 2001 schrieb AH.\_\_\_\_\_ an AG.\_\_\_\_\_, die Beklagte 2 befürchte, der G1.\_\_\_\_\_ kein solider Partner für eine erfolgreiche Zukunft sein zu können, bekräftigte aber die Bereitschaft, Partizipationsscheine (PS) im Umfang von EUR 150 Mio. zu zeichnen (Klagebegründung, act. 44 S. 67 und Klageantwort, act. 67 S. 253).

Auch die weiteren von den Beklagten gegen aussen gesendeten Signale seien optimistisch und zuversichtlich gewesen, indem betont worden sei, für die G1.\_\_\_\_\_ eine auf der Zusammenarbeit der Aktionäre basierende Lösung zu suchen. Die Beklagten hätten genügend Reserven, um ihren Verpflichtungen gegenüber den ausländischen Partnern nachzukommen, sie hätten überhaupt genügend Mittel und beabsichtigten keinesfalls, sich der Beteiligung von 49,5% an G1.\_\_\_\_\_ zu entledigen (act. 44 S. 68 und act. 67 S. 253).

#### 5.2. Verschlechterung finanzielle Situation D1.\_\_\_\_\_ -Konzern und Medienberichte

Die ernüchternden Zahlen fanden auch den Weg in die ausländischen Medien. Insbesondere wurde am tt. Februar 2001 im "Al.\_\_\_\_\_" über Gerüchte in Zürich betreffend eines Verlustes der D1.\_\_\_\_\_ von cirka CHF 2,76 Mia. berichtet und im "AJ.\_\_\_\_\_" vom tt. Februar 2001 hiess es: "Die Expansionsstrategie der D1.\_\_\_\_\_ (...) erweist sich als ruinös. Die finanzielle Situation der schweizerischen Gruppe ist problematisch geworden". Mit Datum vom tt. März 2001 wurde gleich in drei belgischen Zeitungen über einen Verlust von cirka CHF 2,5 Mia. berichtet. Am tt. März 2001 meldete "AJ.\_\_\_\_\_" Beunruhigung in H.\_\_\_\_\_ bezüglich der Frage des Fortbestands der G1.\_\_\_\_\_ im Falle eines Konkurses der schweizerischen Aktionärin (act. 67 S. 159 und Replik, act. 77 S. 256). Die Kläger bestreiten diese Medienmeldungen nicht bzw. nur mit der Bemerkung "spekulativ" und "blosse Gerüchte". Sie führen lediglich ein Interview des CEO D1.\_\_\_\_\_ in der AK.\_\_\_\_\_ vom tt. März 2001 an, worin dieser erklärte, "der grösste Teil des Konzerns läuft gut bis sehr gut", relativieren diesen aber selber mit der Bemerkung, dieses Interview habe keine konkreten Finanzaufgaben genannt (act. 77 S. 257).

### 5.3. Kommunikation gegenüber Belgien

Mit Schreiben vom 3. April 2001 schrieb der neue VRP und CEO AH.\_\_\_\_ dem belgischen Minister AL.\_\_\_\_, die Beklagten seien nicht in der Lage, ihren Verpflichtungen gemäss den Verträgen vom Januar 2001 nachzukommen. Es müsse eine Lösung gefunden werden, die es der G1.\_\_\_\_ erlaube, ohne finanziellen Zuschuss von Seiten der D1.\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_ zu überleben. In seinem Schreiben vom 9. April 2001 antwortete Minister AL.\_\_\_\_, der belgische Staat sei nicht bereit, auf seine Rechte zu verzichten, wobei er gleichzeitig Gesprächsbereitschaft signalisierte und eine gemeinsame Arbeitsgruppe vorschlug (Klagebegründung, act. 44 S. 68 f. und Klageantwort, act. 67 S. 253).

### 6. Verhandlungen Mai bis Juni 2001

In dieser Zeit fanden zahlreiche Kontakte statt. D1.\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_ sprachen sich gemäss den Klägern nicht klar über ihre Pläne aus. Aufschlussreich sei aber, dass der Liquiditätsplan vom 24. März 2001 noch Zahlungen für die G1.\_\_\_\_ in Höhe von insgesamt CHF 380 Mio. bis März 2002 vorgesehen habe, derjenige vom 21. Mai 2001 jedoch nicht mehr. Bezüglich des neu ausgearbeiteten Businessplans der G1.\_\_\_\_ hätten die D1.\_\_\_\_-Gesellschaften Änderungen verlangt mit der Annahme, es erfolge keine Finanzierung seitens der D1.\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_ mehr. Weiterhin sei die Absicht vorgetäuscht worden, die Beteiligung von 49,5% zu behalten, unter anderem anlässlich einer Arbeitssitzung vom 10. Mai 2001 in H.\_\_\_\_ durch AM.\_\_\_\_ von der AN.\_\_\_\_ (AN.\_\_\_\_) [Bank] als finanzielle Beraterin der D1.\_\_\_\_, ebenso in einem Schreiben AH.\_\_\_\_'s vom 23. Mai 2001 an AO.\_\_\_\_, VRP der G1.\_\_\_\_. In einem weiteren Schreiben vom 28. Mai 2001 zwischen den Genannten heisse es dagegen unter Bezugnahme auf eine Besprechung vom 24. Mai 2001: "we agree that the shareholders may have to look for a new investor in G1.\_\_\_\_". AH.\_\_\_\_ habe also sein Einverständnis mit der Suche der Kläger nach einem neuen Investor geäussert, welcher Passus sich im Schreiben vom 29. Mai 2001 an Minister AL.\_\_\_\_ nicht finde. AP.\_\_\_\_, der damalige CEO der G1.\_\_\_\_, habe damals diesbezügliche Kontakte mit den drei Fluggesellschaften P.\_\_\_\_, AQ.\_\_\_\_ und AR.\_\_\_\_ geknüpft und den VR der D1.\_\_\_\_ am 24. März 2001 darüber unterrichtet, dass es Kauf-

interessenten für G1.\_\_\_\_\_ gebe. Die obstruktive Haltung des D1.\_\_\_\_\_-Konzerns sei in einem Schreiben AS.\_\_\_\_s und AT.\_\_\_\_s, Vertreter des D1.\_\_\_\_-Konzerns im VR der G1.\_\_\_\_, vom 16. Juli 2001 an AO.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck gekommen, hätten sie ihm doch Vorwürfe gemacht, weil er Kontakte mit möglichen Interessenten für eine Übernahme der G1.\_\_\_\_\_ aufgenommen hatte. Der D1.\_\_\_\_-Konzern habe eine Verzögerungstaktik verfolgt in der Befürchtung, dass ein starker Konkurrent entstehen könnte (Klagebegründung, act. 44 S. 69 ff.).

Demgegenüber bestätigen die Beklagten, dass sie die 49,5% Beteiligung damals haben halten wollen. Vor diesem Hintergrund sei das erwähnte Schreiben AS.\_\_\_\_s und AT.\_\_\_\_s zu verstehen. Die Beklagten hätten sich nicht obstruktiv gegen einen Drittinvestor verhalten, vielmehr seien es die belgischen Mehrheitsaktionäre gewesen, welche sich gegen die entsprechenden Bemühungen von AP.\_\_\_\_\_ gewehrt hätten (Klageantwort, act. 67 S. 254).

#### 7. Äusserung des D1.\_\_\_\_\_ -Willens, von Verpflichtungen entbunden zu werden

Im bereits erwähnten Schreiben AH.\_\_\_\_'s an Minister AL.\_\_\_\_\_ vom 29. Mai 2001 habe der Erstere geäussert, D1.\_\_\_\_\_ sei nur dann bereit, konstruktiv an einer Lösung mit einer dritten Partei, welche Mittel auf der Basis eines neuen Businessplans einschiessen würde, für G1.\_\_\_\_\_ mitzuhelfen, wenn sie zuvor von ihren aus den Vereinbarungen vom Januar 2001 fliessenden Verpflichtungen entbunden würde. Die Aufhebung dieser Vereinbarungen sei von D1.\_\_\_\_\_ als Bedingung nicht nur für ein neues Engagement ihrerseits, sondern Bedingung für jede Diskussion bzw. die Aufnahme von Verhandlungen gewesen. Am 30. Mai 2001 habe der belgische Staat mit Ablehnung auf das Positionspapier und mit dem Statement, dass die geschlossenen Vereinbarungen eingehalten werden müssten, geantwortet. Am 19. Juni 2001 hätten D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ dem belgischen Staat einen vertraulichen Vorschlag präsentiert und gleichzeitig der Presse zugespielt. Die wenig seriösen Vorschläge der D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ hätten gezeigt, dass es diesen nicht darum ging, eine gemeinsame Basis für die Rettung

der G1.\_\_\_\_\_ zu erzielen, sondern um Zeitgewinn und darum, sich den Verpflichtungen zu entziehen (act. 44 S. 72 ff.).

Die Beklagten bestreiten diese Ausführungen und sehen den Grund für die Verzögerungen darin, dass die G1.\_\_\_\_\_ mit den belgischen Mehrheitsaktionären nicht in der Lage oder Willens gewesen sei, einen realistischen und sinnvollen Businessplan auszuarbeiten (Klageantwort, act. 67 S. 254). Dass D1.\_\_\_\_\_ oder D2.\_\_\_\_\_ erklärt hätten, ihre finanzielle Situation erlaube ihnen nicht, *gemäss ihren vertraglichen Verpflichtungen* für die Liquiditätsbedürfnisse der Klägerin aufzukommen, sei unzutreffend. Eine solche Pflicht habe nämlich nicht bestanden und zu "best commercial efforts", wie im Vertrag festgehalten, seien sie nach wie vor bereit gewesen (act. 67 S. 255).

#### 8. Inverzugsetzung durch den Staat Belgien

Diese erfolgte am 20. Juni 2001 per Fax. D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ antworteten am 22. Juni 2001, diese Verpflichtungen nicht verkannt zu haben und verlangten neue Verhandlungen. Am 25. Juni 2001 kündigte AH.\_\_\_\_\_ erstmal öffentlich die Absicht eines geordneten Rückzugs aus den defizitären ausländischen Beteiligungsgesellschaften an. D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ seien in Bezug auf G1.\_\_\_\_\_ nicht in der Lage, neue Mittel zur Verfügung zu stellen oder die Beteiligung auf 85% zu erhöhen (letzteres hatte er gemäss Beklagten allerdings schon am 3. April 2001 getan; act. 67 S. 255). Gleichzeitig erklärte er, die Gruppe sei "solvable", die Kreditlimite von CHF 1 Mia. gedenke man nicht zu gebrauchen, sondern als Sicherheit zu betrachten. Am 27. Juni 2001 forderte der belgische Staat die D1.\_\_\_\_\_ und die D2.\_\_\_\_\_ erneut zur Zahlung auf. Am 2. Juli 2001 machte der D1.\_\_\_\_\_ -Konzern einen letzten Vorschlag (Klagebegründung, act. 44 S. 74 ff., unsubstantiiert bestritten in act. 67 S. 255).

#### 9. Einleitung des Gerichtsverfahrens in Belgien am 3. Juli 2001

In ihrer Klage fordern die Kläger vor dem Tribunal de Commerce in Bruxelles die Erfüllung der Verpflichtungen der Beklagten aus den Verträgen vom Januar 2001

(Zahlung von EUR 529 Mio. an G1.\_\_\_\_\_) und im Eventualstandpunkt Schadenersatz wegen Nichterfüllung (act. 44 S. 78 und act. 67 S. 255).

#### 10. Die Vereinbarung vom 2. August 2001: AU. \_\_\_\_\_ Agreement (AUA)

Am 16. Juli 2001 trafen sich AH.\_\_\_\_\_ und eine Delegation der belgischen Regierung im Hotel AU.\_\_\_\_\_ in H.\_\_\_\_\_. AH.\_\_\_\_\_ unterbreitete den Vorschlag, die Verträge vom Januar 2001 im Gegenzug zu einer Rekapitalisierung der G1.\_\_\_\_\_ aufzulösen. In der Vereinbarung vom 2. August 2001, Stunden vor der angesetzten Gerichtsverhandlung, einigten sich die Parteien über die Zuführung von neuen Mitteln an die G1.\_\_\_\_\_. Im Rahmen der Erhöhung des Grundkapitals auf den 3. Oktober 2001 sollte die D1.\_\_\_\_\_ und/oder D2.\_\_\_\_\_ eine Kapitaleinlage von EUR 258 Mio. leisten mit festgelegten Liberierungsraten bis 2. April 2003. Im Gegenzug sollten die Vereinbarungen vom Januar 2001 aufgehoben werden und die Kläger von ihrer Klage Abstand nehmen. Weitere Punkte betrafen die Übernahme von neun Airbus Flugzeugen durch den D1.\_\_\_\_\_-Konzern und die Reduktion einer ursprünglich durch D1'.\_\_\_\_\_ gewährten Darlehensforderung um 50%. Gestützt darauf wurde das Verfahren vor dem Tribunal de Commerce de Bruxelles sistiert (Klagebegründung, act. 44 S. 78 f. und Klageantwort, act. 67 S. 255 f.).

#### 11. Die Frage der Möglichkeit von finanziellen Interventionen durch Belgien

Die Klägerseite macht geltend, auf Grund der strengen Kontrolle durch die EU-Kommission habe Belgien nur die Möglichkeit über wiederum sehr streng kontrollierte Restrukturierungshilfe (welche für G1.\_\_\_\_\_ zufolge des Grundsatzes der Einmaligkeit bis mindestens 2005 nicht mehr gangbar gewesen sei) oder als Investition der öffentlichen Hand gehabt. Letztere habe marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu entsprechen, konkret im Bereich des Lufttransportes eine sehr hohe Rendite von mindestens 20% abzuwerfen, oder von einer Kapitaleinlage des Privatsektors zu denselben Bedingungen begleitet sein müssen. Dieses Kriterium sei für die Investitionen 2001 erfüllt gewesen. Aus diesem Grund seien die Kläger auf eine Kooperation durch D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ angewiesen gewesen (act. 44 S. 79 ff.). Diese Darstellung wird von der Beklagten bestritten mit dem Argument, die Tatsache, dass der belgische Staat im Herbst 2001 Staatshilfe im

Umfang von EUR 125 Mio. an G1.\_\_\_\_\_ hätte leisten dürfen, mache deutlich, dass das EU-Recht kein Hinderungsgrund für die Rettung der G1.\_\_\_\_\_ durch den belgischen Staat gewesen sein könne (act. 67 S. 256).

#### 12. Die Phase vom 1. bis zum 5. Oktober 2001

Am 1. Oktober 2001, zwei Tage vor der Generalversammlung (GV) der G1.\_\_\_\_\_, informierte AH.\_\_\_\_\_ die Kläger mit einem an den belgischen Premierminister gerichteten Schreiben, D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ würden am nächsten Tag ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen und seien daher nicht in der Lage, die Vereinbarung vom 2. August 2001 zu erfüllen und die Kapitalerhöhung der G1.\_\_\_\_\_ am 3. Oktober 2001 zu zeichnen. Dementsprechend blieben D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ der GV der G1.\_\_\_\_\_ fern, und es erfolgte keine Zahlung und keine Kapitalerhöhung. Die G1.\_\_\_\_\_ beantragte am 3. Oktober 2001 gerichtliche Stundung, die mit Urteil des Tribunal de Commerce de Bruxelles vom 5. Oktober 2001 bewilligt wurde.

Am 2. Oktober 2001 verfügte AH.\_\_\_\_\_ auf Grund nicht rechtzeitig bereitgestellter liquider Mittel die Einstellung des Flugbetriebes der D3.\_\_\_\_\_. Die Gesuche um Nachlassstundung von D1.\_\_\_\_\_ und D2.\_\_\_\_\_ wurden am 4. Oktober 2001 eingereicht und am 5. Oktober 2001 durch den erkennenden Einzelrichter bewilligt. Am 20. Juni 2003 genehmigte dieser Nachlassverträge mit Vermögensabtretung (Klagebegründung, act. 44 S. 80 ff., unsubstantiiert bestritten in Klageantwort, act. 67 S. 256).

#### 13. Neue Klage vom 2. November 2001

Die Kläger machten am 2. November 2001 eine weitere Klage beim Handelsgericht in Brüssel anhängig, worauf die beiden Klagen vereinigt wurden. Statt Realerfüllung wurde nunmehr Schadenersatz wegen Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen verlangt (act. 44 S. 82 f. und act. 67 S. 256).

#### 14. Konkurs G1.

Am 7. November 2001 sprach das Tribunal de Commerce de Bruxelles den Konkurs über die G1.\_\_\_\_\_ aus. Im Rahmen dieses Konkurses leisteten die Kläger insgesamt EUR 85 Mio., weil die vorhandenen Mittel zur Umsetzung des Sozialplanes nicht genügten. An die Umschulung der Piloten leistete der belgische Staat einen ausserordentlichen Beitrag von EUR 189'628.29 (act. 44 S. 83 f., unsubstantiiert bestritten in act. 67 S. 256). Bereits am 2. Oktober 2001 hatte der VR der G1.\_\_\_\_\_ auf die Stellung eines Gesuches um gerichtliche Nachlassstundung entschieden, welches schon längere Zeit vorbereitet worden war und am 3. Oktober 2001 eingereicht wurde (Klageantwort, act. 67 S. 175 und Replik, 77 S. 275 f.). Die Generalversammlung vom 3. Oktober 2001 habe aber trotzdem stattgefunden (act. 77 S. 277).

### V. Rechtliches

#### A. Prozessuales

##### 1. Anwendbares Verfahrensrecht

Für Verfahren, die bei Inkrafttreten der neuen ZPO rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH). Bis zum erstinstanzlichen Urteil bleibt also die zürcherische ZPO anwendbar.

##### 2. Verwendung des Materials im Parallelprozess G1.\_\_\_\_\_ gegen D2.

Die Kläger bilden im inhaltlich grundsätzlich gleichen belgischen Prozess mit der Klägerin G1.\_\_\_\_\_ eine Streitgenossenschaft. Es darf daher davon ausgegangen werden, dass nicht nur die Beklagten der hiesigen Prozesse mit teilweise den gleichen Vertretern Kenntnis vom Inhalt der Parallelprozesse haben, sondern sich auch die Streitgenossen über ihre schweizerischen Prozesse verständigen. Dies umso mehr, als sich die Kläger bestens informiert zeigen über den Parallelprozess betreffend Verantwortlichkeit am Bezirksgericht Zürich. Mithin werden in der

folgenden Argumentation teilweise unbestritten gebliebener Sachverhalt oder Urkunden des Parallelprozesses betreffend Kollokation verwendet. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als alle an den Parallelprozessen Beteiligten Parteien des gleichen Vertrages AUA sind.

### 3. Editionsbegehren der Kläger

Soweit die Kläger die Edition von Urkunden seitens der Beklagten verlangt haben, erweisen sich diese als ungenügend begründet. Jedenfalls aber ergibt sich aus der materiellen Begründung, dass die beantragten Editionen an der Beurteilung nichts ändern könnten.

### 4. Rechtsschutzinteresse

Die Beklagten haben verschiedentlich das Rechtsschutzinteresse bezüglich von den Klägern erhobener Ansprüche bestritten. Dieses wäre als Prozessvoraussetzung eigentlich vorweg zu prüfen. Der Einfachheit halber, nämlich um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, wird es vorliegend erst bei den einzelnen geltend gemachten Schadenspositionen behandelt.

### 5. Triplik

Die Kläger haben auf die Duplik der Beklagten mit einem Antrag auf Triplik reagiert (act. 99). Sie begründen diesen Antrag mit neuen Ausführungen der Beklagten in der Duplik, zu denen sich die die Kläger noch nicht hätten äussern können (act. 99 S. 5). In der Folge führen die Kläger einen Katalog von 22 beispielhaften, nicht abschliessend zu verstehenden angeblich neuen Behauptungen der Beklagten in der Duplik an (act. 99 S. 8-11).

Die angeführten Beispiele erweisen sich aber – wie zu zeigen sein wird – einerseits nicht als neu, andererseits nicht als entscheidungswesentlich, so dass sich der Prozess ohne Einräumung einer Triplik als spruchreif erweist (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

Auf ein Beispiel ist dabei besonders einzugehen: Die Kläger machen als sich aus der Duplik ergebendes Novum geltend, "die G1. \_\_\_\_\_ und der belgische Staat

hätten den Bestand einer Kreditlinie bei G1. \_\_\_\_\_s Tochtergesellschaft G2. \_\_\_\_\_ SA von EUR 173 Mio. gegenüber den Beklagten, dem Tribunal de Commerce de Bruxelles und der Europäischen Kommission verschwiegen", was die Beklagten in der Klageantwort noch nicht behauptet hätten (act. 99 S. 8). Letzteres mag zutreffen. Allerdings taucht diese Kreditlinie als Novum bereits in der Replik der Kläger selbst auf, wo geltend gemacht wird, die Untersuchung der AV. \_\_\_\_\_ zur finanziellen Situation der G1. \_\_\_\_\_ vor dem Konkurs habe diese EUR 173 Mio. nicht berücksichtigt (Replik, act. 77 S. 280). Die Aussage der Beklagten ist mit anderen Worten lediglich eine Folgerung aus den Ausführungen der Klägerschaft. Diese hätte selber allen Grund gehabt, bereits in der Replik dazu Stellung zu nehmen, warum sie diesen Betrag erst so spät zur Sprache brachte. Der Vorwurf, dem Handelsgericht Brüssel bereits das Angebot von P. \_\_\_\_\_ für die Slots im Umfang von EUR 80 Mio. verschwiegen zu haben, stand nämlich zu diesem Zeitpunkt bereits im Raum.

## 6. Notorietät, Offenkundigkeit oder bekannte Tatsachen

### 6.1. Grundsätzliches

#### 6.1.1. Gerichtsnotorietät

Hat das Gericht über erhebliche streitige Tatsachen, über Gewohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortsgebräuche sichere Kenntnis, ist der Beweis nicht abzunehmen (§ 133 Satz 2 ZPO/ZH).

Diese Bestimmung umfasst sowohl eigenes Wissen des Richters (soweit es ihm im Hinblick auf den konkreten Streitfall nicht privat bekannt geworden ist) als auch Umstände, die der Richter aus seiner Amtstätigkeit kennt, als auch allgemein bekannte Umstände oder Erfahrungssätze (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 11 zu § 133 und dortige Zitate von Guldener, Hauser und Leuch/Marbach/Kellerhals, siehe auch BGE 4C.341/ 2002, Urteil vom 25. Februar 2003, E. 2/3; Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 2009, Kass.-Nr. AA080111 unter Hinweis auf Kass.-Nr. 94/027 Z, und Beschluss vom 1. Juli 1994, in D., E. II/2/a). Zwar wird üblicherweise unterschieden zwischen Allge-

meinkundigkeit und Gerichtskundigkeit bzw. -notorietät. Dem Gericht können aber auch Tatsachen offenkundig sein, die ausserhalb des Gerichts in engeren oder weiteren Kreisen allgemeinkundig sind (Reto Bieri, Gerichtsnotorietät, ZZZ 2006, S. 185 ff. und dortige Zitate). Im Zweifelsfall ist bei der Unterscheidung von Allgemein- und Gerichtsnotorietät aber auf Letztere zu entscheiden, weil hier zugunsten der Parteirechte eine Einbringung ins Verfahren (samt Gewährung des rechtlichen Gehörs) stattfindet (Ebenda, S. 196).

Gerichtsnotorietät in diesem Sinn umfasst auch Sachverstand des Richters, wie sich ohne Weiteres als Umkehrschluss aus § 171 ZPO/ZH ergibt, welcher den Beizug eines Sachverständigen nur dann vorsieht, wenn nicht das Gericht selber über die besonderen Kenntnisse verfügt. Aus dieser Bestimmung darf ohne Weiteres gefolgert werden, dass Zeitungslektüre und -sammlung des Richters nicht unter die oben erwähnte Ausnahme privater Kenntnisnahme fällt. Mit Letzterer soll vielmehr verhindert werden, dass eine Richterkraft, welche in persönlichem Kontakt mit einer Partei Rat gegeben oder vermittelt hat, oder als Sachverständiger oder Zeuge gehandelt hat oder noch zu handeln hat, den Fall mitbeurteilt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11a zu § 133, welcher diese Ausnahme aus der Ablehnungsbestimmung von § 96 Ziff. 2 GVG schliesst).

Gerichtsnotorische Tatsachen muss der Richter indessen formell in das Verfahren einführen und den Parteien eröffnen, dass er Beweiserhebungen nicht für notwendig erachtet, weil er die betreffenden Tatsachen für gerichtskundig hält. Weiter hat er den Parteien Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern und allenfalls Zweifel an der Notorietät anzumelden oder den Beweis für die Unrichtigkeit zu führen. Dies gilt in jedem Fall dann, wenn es um Tatsachen geht, die zwischen den Parteien streitig oder von keiner der Parteien vorgebracht worden sind (Viktor Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 227 m.H. auf RB 1988 Nr. 45 und Kass.-Nr. 94/027 Z, a.a.O.).

Wenn die Kläger monieren, ein Zeitungsartikel gebe nur das mutmassliche Wissen des betreffenden Journalisten wieder (act. 93 S. 11), so trifft dies im Normalfall zu (gelegentlich ist es die Meinung der Zeitung oder werden Meinungen von

Dritten – insbesondere auch Regierungen – zitiert). Insofern kann nicht aus jedem Zeitungsartikel auf allgemeine Bekanntheit geschlossen werden, sondern es ist eine gewisse Verlässlichkeit der Quelle erforderlich. Diese Verlässlichkeit darf bei der AK. \_\_\_\_\_ durchaus als gegeben betrachtet werden, besteht doch dieses Blatt seit 1780 und ist auch dessen Zugänglichkeit mit der EDV-Archivierung in Swisslex ohne Weiteres gewährleistet. Als Wissensquellen kommen nicht nur Parallelprozesse und sonstige frühere Verfahren, sondern eben auch Zeitungen und andere Medien, Lexika und Nachschlagewerke, Land- und Strassenkarten, Geschichtsbücher und dergleichen in Frage (Bieri, a.a.O., S. 189 und 193 und dortige Zitate).

#### 6.1.2. Konkret

Entsprechend hat das Gericht den Parteien Artikel der AK. \_\_\_\_\_ vom tt. November 2001 und tt./tt. Januar 2001 sowie eines AW. \_\_\_\_\_/BA. \_\_\_\_\_-Artikels vom tt. Juni 2002 zur Stellungnahme zugestellt (act. 89). Die drei Artikel stammen aus der Lektüre und Sammlung von Artikeln der genannten Tageszeitungen des mit dem D1. \_\_\_\_\_-Konzern seit dem 1. Oktober 2001 befassten Einzelrichters.

#### 6.2. Stellungnahme der Parteien bzw. der Kläger

Während die Beklagten mit den in den Zeitungsartikeln enthaltenen Tatsachen argumentieren (act. 92), wollen die Kläger diese als nicht gerichtsnotorische unberücksichtigt lassen und verlangen vom Gericht eventualiter die Bezeichnung sowohl der Tatsachen als auch der Basis, auf der diese als gerichtsnotorisch erachtet werden (act. 93). Sie begründen, gerichtsnotorisch könne eine Tatsache nur sein, wenn überhaupt keine Zweifel darüber möglich seien, dass die Tatsache sich verwirklicht habe. Der in einem vorangehenden Verfahren über eine bestimmte Tatsache geführte Beweis sei nicht gerichtsnotorisch, selbst wenn an beiden Verfahren dieselben Parteien beteiligt seien, dürfe ein solcher nur mit Zustimmung der Parteien verwendet werden (act. 93 S. 7). Sie führen in der Folge selber an, der Richter müsse gemäss Kassationsgericht des Kantons Zürich solche Tatsachen formell in das Verfahren einführen und den Parteien Gelegenheit geben, sich zu äussern und Zweifel an der Notorietät anzumelden oder den Be-

weis über die Unrichtigkeit zu führen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es um Tatsachen gehe, die zwischen den Parteien streitig oder von keiner der Parteien vorgebracht worden seien (act. 93 S. 7). Daraus leiten sie ab, dass das Gericht die Tatsachen genau bezeichnen müsse, welche es und auf welcher Basis es diese als gerichtnotorisch erachte. Für sämtliche in den Artikeln enthaltenen Aussagen gelte, dass Zweifel darüber möglich seien, so dass der gesamte Inhalt der Artikel nicht gerichtnotorisch sei. Als Rechtsfolge dürfe das Gericht den Inhalt der drei Zeitungsseiten seinem Entscheid nicht ohne Beweisverfahren zu Grunde legen (act. 93 S. 9). Es könne ausgeschlossen werden, dass das Gericht alle Aussagen der drei Zeitungsartikel als gerichtnotorisch erachte, könne doch das Gericht beispielsweise nicht im Rahmen seiner Amtstätigkeit Kenntnis haben davon, dass Regierungsvertreter und Arbeitnehmerseite am Mittwochabend ihre Bemühungen fortsetzen wollten, einen Sozialplan für das G1. \_\_\_\_\_-Personal zu schnüren. Weil das Gericht es unterlassen habe, in seiner Verfügung zu bezeichnen, welche Aussagen es genau für gerichtnotorisch halte, sei es den Klägern nicht möglich, ihr rechtliches Gehör ordentlich wahrzunehmen (act. 93 S. 3 f.). Ein Zeitungsartikel gebe nur wieder, was der Journalist im Zeitpunkt, in dem er den Artikel verfasse, zu wissen glaube, ohne dass er seine Informationsquellen offen legen müsste. Der Inhalt der drei Zeitungsartikel sei generell nicht entscheidrelevant. Insbesondere datierten alle drei Zeitungsartikel nach der letzten Verletzungshandlung der Beklagten und befassten sich entweder mit Ereignissen, die erst nach den relevanten Verletzungshandlungen eingetreten seien oder enthielten ex post-Beurteilungen zu den Auswirkungen der Terroranschläge vom 11. September 2001 auf die Luftfahrtindustrie. Es sei nicht ersichtlich, welche Relevanz dies für die klägerischen Schadenersatzforderungen haben solle, so dass der Fokus der Artikel auf Umstände gerichtet sei, welche für den Ausgang der Sache nicht massgeblich seien (act. 93 S. 11). In der Folge wird rechtlich argumentiert, aus dem 11. September 2001 ergebe sich keine "force majeure" für die Beklagten. Art. 1184 CC setze keinen Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schuldhafter Nichterfüllung voraus, es sei nach dem massgeblichen belgischen Recht lediglich erforderlich, dass die Vermögensverminderung im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss stehe. Nach der für die anderen Anspruchsgrundlagen gelten-

den belgisch-rechtlichen Äquivalenztheorie genüge es sodann, dass die Verletzung der Verträge durch die Beklagten eine von mehreren Schadensursachen gewesen sei unabhängig davon, ob weitere Umstände – wie z.B. die Terroranschläge vom 11. September 2001 – ebenfalls dazu beigetragen hätten (act. 93 S. 12 f.).

Schliesslich gehen die Kläger doch noch auf den Inhalt der Zeitungsartikel ein mit dem Argument, der Konkurs der G1.\_\_\_\_\_ sei von den Parteien bereits thematisiert worden, so dass das Gericht diesbezüglich keinen Anlass gehabt habe, gerichtsnotorische Tatsachen in den Prozess einzuführen. Die klägerischen Schadenersatzansprüche stützten sich nicht auf den Konkurs der G1.\_\_\_\_\_, auch wenn manche Schadensposten ein Resultat des durch die Beklagten bewirkten Konkurses der G1.\_\_\_\_\_ seien (act. 93 S. 14). Hier werde nicht die gleiche Schadensposition wie bei der G1.\_\_\_\_\_ eingeklagt, sondern ein originärer Schaden der Kläger. Weiter argumentieren die Kläger in der Folge mit dem Darlehen des belgischen Staates an die G3.\_\_\_\_\_, der Übertragung der Slots von der G1.\_\_\_\_\_ an die G3.\_\_\_\_\_, dem Sozialplan, dem Strafverfahren gegen die Hauptaktionäre der G1.\_\_\_\_\_ und den Auswirkungen der Terroranschläge vom 11. September 2010 ohne diese grundsätzlich in Frage zu stellen (act. 93 S. 15 ff.). Lediglich die Prognose im AK.\_\_\_\_\_ Artikel vom tt./tt. Januar 2002, wonach sich die Liste mit untergegangenen Fluggesellschaften noch massgeblich verlängern werde, wird von den Klägern als nicht bewahrheitet moniert (act. 93 S. 17). Bestritten (mit Nichtwissen zufolge Nichtbeurteilbarkeit für die Kläger) werden lediglich die von der Internationalen Luftfahrtvereinigung IATA mit USD 12 Mia. bezifferten Verluste für das Jahr 2001 (act. 93 S. 17). Zusammenfassend wird von den Klägern noch einmal die fehlende Substanziierung durch das Gericht bemängelt, demzufolge sie das rechtliche Gehör nicht hätten korrekt wahrnehmen können. Schliesslich sei der Inhalt der drei Zeitungsartikel für das vorliegende Verfahren sicher nicht entscheiderelevant (act. 93 S. 19).

### 6.3. Notorietät und Verhandlungsmaxime

Wie dargetan entspricht es kassationsgerichtlicher Rechtsprechung, dem Richter unter dem Vorbehalt des rechtlichen Gehörs nicht nur im Rahmen der Officialma-

xime, sondern ebenso im Rahmen der Verhandlungsmaxime die Verwendung von Notorietät zu gestatten. Aber auch die Lehre befürwortet als Abweichung von der Verhandlungsmaxime die Verwendung allgemein bekannter Tatsachen und Erfahrungssätze ohne spezielle Behauptung (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 54 unter Berufung auf Guldener). Ein Vorbehalt wird allerdings gemacht gegenüber Tatsachen, von denen ein Richter nur privat Kenntnis habe, diesbezüglich müsse eine Parteibehauptung gegeben sein als Voraussetzung, die Tatsache zur Grundlage eines Entscheides zu machen (Ebenda). Diese anerkannte Lehre kommt denn auch im neuen Art. 151 ZPO/CH zum Ausdruck, welcher unter dem Oberbegriff "bekannte Tatsachen" festhält, offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze bedürften keines Beweises. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger halten dazu unmissverständlich und mit Verweis auf BGE's zwischen Jahrgang 58 und 91 fest, solche bekannte Tatsachen seien in Einschränkung der Verhandlungsmaxime nicht zu behaupten (Sutter-Somm/von Arx, a.a.O., N 37-41 zu Art. 55 ZPO/CH).

#### 6.4. Konkretisierung und prozessuale Behandlung

Vorliegend geht es um die Erfahrungstatsache, dass Unternehmen in Krisensituationen ihre Kostenstruktur verbessern müssen und dies vielfach bzw. bei existenziellen Krisen meist mittels Abbau von Arbeitsplätzen bewerkstelligen. Diese Tatsache wird im vorliegenden Prozess durch die eingereichte Entscheidung der EWG-Kommission vom 24. Juli 1991 bestätigt, wonach die belgische Regierung die damalige Restrukturierung der G1.\_\_\_\_\_ mit der Absicht eines Personalabbaus bei G1.\_\_\_\_\_ von 12'180 auf rund 9'000 bis Ende 1993 verband (act. 45/103 S. 1). Für den hier interessierenden Zeitraum wird sie insofern konkretisiert, als der AK.\_\_\_\_\_ -Artikel vom tt. November 2001 davon spricht, bisher seien bei der konkursiten G1.\_\_\_\_\_ 7'600 Mitarbeiter im Dienst gestanden, wogegen der neue Carrier höchstens 2'500 Mitarbeiter beschäftigen werde. Der für die G1.\_\_\_\_\_ verantwortliche Minister AL.\_\_\_\_\_ gehe davon aus, dass 5'000 bis 6'000 Mitarbeiter ihren Job verlieren würden. Regierungsvertreter und Arbeitnehmerseite wollten ihre Bemühungen für ein Sozialpaket für das G1.\_\_\_\_\_ -Personal fortsetzen, wobei die Arbeitnehmerseite die Aufwendungen dafür auf gegen EUR 1 Mia. beziffe-

re (act. 86). Gleichzeitig wird im fraglichen Artikel bekannt gegeben, entsprechend dem Vorbild D3.\_\_\_\_-D5.\_\_\_\_-Deal hätten sich 15 Investoren bereit erklärt, frisches Kapital in der Höhe von EUR 200 Mio. in eine von H.\_\_\_\_ aus operierende Fluggesellschaft zu "pumpen". Ebenso wolle die belgische Regierung den früher zur Rettung der G1.\_\_\_\_ in Aussicht gestellten Überbrückungskredit von EUR 125 Mio. in die neue G3.\_\_\_\_ einfließen lassen.

Dieser Arbeitskräfteabbau darf auf Grund des bisher Gesagten, insbesondere weil er von der Klägerseite nicht bestritten wird, als gegeben erachtet werden. Das Gleiche gilt für die geschilderte Investitionsbereitschaft, welche bereits zum Zeitpunkt des Konkurses der G1.\_\_\_\_ am 7. November 2001 feststand.

Wenn die Kläger monieren, der Einzelrichter hätte bei der eingeräumten Stellungnahme zu diesem auf A5-Format Platz findenden AK.\_\_\_\_-Artikel genau bezeichnen müssen, was er nun als wesentlich erachte, so mutet das gegenüber den 346 bzw. 347 A4-Seiten Klagebegründung recht widersprüchlich an. Jedenfalls hätten die Kläger die angeführten Tatsachen ohne Weiteres als wesentlich erkennen und entsprechend bestreiten können. Sie beschränkten sich aber auf die oben wiedergegebene einzige Bestreitung zufolge Nichtwissens.

Der von der AK.\_\_\_\_ wiedergegebene Arbeitsplatzabbau deckt sich aber ohnehin mit dem von der Klägerschaft selber Vorgetragenen (bzw. liegen die Angaben der AK.\_\_\_\_ tiefer), wonach mehr als 7'000 Arbeitnehmer der G1.\_\_\_\_ und der mit ihr verbundenen Gesellschaften durch den Konkurs der G1.\_\_\_\_ ihre Arbeitskraft verloren. Es sei ein Sozialplan erstellt worden, welcher unter anderem die Frühpensionierung der Arbeitnehmer ab dem 50. Altersjahr und die Auszahlung diverser Entschädigungen an andere Arbeitnehmer vorgesehen habe. In erster Linie sei die Umsetzung des Sozialplans aber durch die von Arbeitnehmern und Arbeitgebern über die Jahre geleisteten Beiträge finanziert worden (in einen Fond des nationalen Arbeitsamtes ONEM). Aufgrund des unerwarteten Ausmaßes des Konkurses von G1.\_\_\_\_ hätten diese Mittel jedoch nicht zur Umsetzung des Sozialplans gereicht, sodass sich der belgische Staat (durch die BB.\_\_\_\_) und die AB.\_\_\_\_ mit insgesamt EUR 85 Mio. an den zu bezahlenden Entschädigungen habe beteiligen müssen (Klagebegründung, act. 44 S. 83 i.V.m. S. 287;

als Kollokationsforderung geltend gemacht wurden allerdings EUR 40 Mio. durch den Staat Belgien und EUR 85 Mio. durch A1.\_\_\_\_ (bzw. AB.\_\_\_\_), insgesamt also EUR 125 Mio., welche erst mit der Klage auf insgesamt EUR 85 Mio. reduziert wurden, a.a.O., S. 84 ff.).

Korrespondierend ist ebenfalls die von der AK.\_\_\_\_ am tt./tt. Januar 2002 wiedergegebene Verlautbarung des Internationalen Arbeitsamtes ILO, wonach als Folge der Terroranschläge weltweit bereits an die 400'000 Arbeitsplätze abgebaut worden seien und laut Schätzungen der ILO jedes im Einsatz stehende Flugzeug durchschnittlich 150 bis 250 direkte Arbeitsplätze schaffe (act. 87).

Der Bericht der belgischen parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) spricht gar von 17'000 im Sektor Transport und Kommunikation verlorenen Arbeitsplätzen als Folge des Konkurses der G1.\_\_\_\_. Weil die Wirtschaft sich in einer Rezession befunden habe, wäre nach Meinung der PUK aber ein Teil der bei G1.\_\_\_\_ direkt verlorenen Arbeitsplätze auch ohne deren Konkurs verloren gegangen (act. 45/13 S. 283).

Entsprechend ist im Sachverhalt von einem Abbau von Arbeitsplätzen zwischen G1.\_\_\_\_ und G3.\_\_\_\_ von rund 5'000 und von einem solchen von weiteren rund 2'000 Arbeitsplätzen bei mit der G1.\_\_\_\_ verbundenen Gesellschaften auszugehen. Ausserdem darf als erstellt gelten, dass am 7. November 2001, dem Tag des Konkurses der G1.\_\_\_\_, bereits 15 Investoren sich bereit erklärt hatten, frisches Kapital in der Höhe von EUR 200 Mio. in eine von H.\_\_\_\_ aus operierende Fluggesellschaft zu "pumpen". Die Luftfahrtindustrie hatte im Gefolge der Terroranschläge des 11. September 2001 bereits Ende Januar 2002 rund 400'000 Arbeitsplätze abgebaut, nämlich pro Flugzeug durchschnittlich 200 (act. 87). Die von den Klägern einzig mit Nichtwissen bestrittenen finanziellen Verluste der Luftfahrtindustrie, welche durch die Internationale Luftfahrtvereinigung IATA gemäss BA.\_\_\_\_/AW.\_\_\_\_ für 2001 auf USD 12 Mia. beziffert wurden, spielen effektiv keine entscheidende Rolle im vorliegenden Prozess, handelt es sich doch um Schätzungen, welche im Nachhinein angestellt wurden (act. 88).

## **B. Materielle Behandlung**

### 1. Anwendbares Recht

#### 1.1. Zwingendes schweizerisches Recht: SchKG, Strafrecht und OR?

##### 1.1.1. Beklagte Position

Die Beklagten anerkennen zu Recht die grundsätzliche Anwendbarkeit belgischen Rechts, weil die entsprechende Rechtswahl nach Art. 116 IPRG massgeblich sei (Klageantwort, act. 67 S. 40). Allerdings machen sie geltend, es sei im vorliegenden Kollokationsprozess zwingend anwendbares schweizerisches Recht zu beachten, insbesondere die Regeln des SchKG. Diesbezüglich seien in Anwendung der Art. 17 IPRG (Ordre Public Vorbehalt) und Art. 18 IPRG (Vorbehalt zwingenden schweizerischen Rechts) die Schranke der Verrechnung gemäss Art. 213, die Regeln der Anfechtung nach Art. 214 und Art. 285 ff. SchKG und der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger laut Art. 220 Abs. 1 SchKG unter Vorbehalt der festgesetzten Privilegienordnung zu beachten (Klageantwort, act. 67 S. 41 ff.). Im Gebiet des Strafrechts führen die Beklagten Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung) und Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) als zwingend auf den vorliegenden Fall anwendbar an (act. 67 S. 44). Dasselbe postuliert die Beklagte bezüglich Art. 754 OR und Art. 725 Abs. 2 und Art. 725a OR (act. 67 S. 44 und S. 47). Diese Bestimmungen verfolgten nämlich öffentliche Interessen, zu welchen insbesondere Normen des Gesellschaftsrechts zählten. In Kongruenz zu konkurs- und strafrechtlichen Vorgaben bedeute es eine Pflichtverletzung, wenn ein Verwaltungsrat einer überschuldeten Aktiengesellschaft entgegen dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz bevorzugt einen Gläubiger befriedige. Es könne demnach keine Vertragsverletzung vorliegen, wenn eine Vertragserfüllung aus dem Grund verweigert werde, weil die Erfüllung zu einer Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR geführt hätte (act. 67 S. 47).

##### 1.1.2. Klägerische Position

Die Kläger machen geltend, zwingende Bestimmungen des schweizerischen Strafrechts oder des schweizerischen Obligationenrechts, die wie von den Be-

klagten behauptet als lois d'application d'immédiate (vgl. Art. 18 IPRG) dem anwendbaren belgischen Recht vorgehen würden, bestünden nicht. Die Tatbestandselemente der von den Beklagten angerufenen Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung), Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) und Art. 754 OR (Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung) seien nicht erfüllt. Zudem rechtfertige keine dieser Bestimmungen eine Anwendung von Art. 18 IPRG. Die Anwendung schweizerischen Rechts anstelle des gemäss den übrigen Regeln des IPRG eigentlich anwendbaren ausländischen Rechts dürfe nur mit äusserster Zurückhaltung erfolgen. Das schweizerische SchKG stehe einer Kollokation der klägerischen Schadenersatzansprüche nicht entgegen. Sämtliche klägerischen Schadenersatzansprüche seien vor Gewährung der provisorischen Nachlassstundungen bzw. -verträgen der Beklagten entstanden. Die Ansprüche basierten daher nicht auf den Nachlassverfahren, sondern würden lediglich in diesen geltend gemacht. Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger stehe der Kollokation der klägerischen Forderungen nicht entgegen, komme doch dieser Grundsatz erst nach Eröffnung des Konkurses bzw. nach Abschluss des Nachlassvertrages zur Anwendung. Die Kollokation der klägerischen Forderungen führe nicht zu einer Besserstellung gegenüber schweizerischen Gläubigern. Die schweizerischen Gläubiger könnten ihre vor Gewährung der provisorischen Nachlassstundungen der Beklagten bzw. vor Bestätigung der Nachlassverträge entstandenen Schadenersatzansprüche in deren Nachlassverfahren geltend machen (Replik, act. 77 S. 30 ff.). Falls die von den Liquidatoren bereits in den Abweisungsverfügungen genannten schweizerischen Rechtsnormen einer Zahlung des vertraglich vereinbarten Betrages entgegen gestanden hätten, wäre einzig nach belgischem Recht zu beurteilen, ob diese ein Verschulden der Beklagten ausschliessen könnten (Klagebegründung, act. 44 S. 340). Entsprechend handeln die Kläger in der Folge die Kriterien des belgischen Rechtsinstituts der "Force majeure" ab. Zur vom Bundesgericht in seiner Aufhebung der Sistierung eingebrachten Argumentation, materielle SchKG-Bestimmungen könnten zur gänzlichen oder teilweisen Abweisung der Kollokationsklage führen, machen sie geltend, solche könnten höchstens Einfluss auf den Rang einer zu kollozierenden Forderung haben, jedoch nicht auf den Rechtsbestand der Forderung (act. 44 S. 340 ff.). We-

der seien die Tatbestandselemente des Art. 214 SchKG, noch diejenigen von Art. 284 ff. SchKG gegeben (act. 44 S. 343). Die Kläger würden die Kollozierung einer ganz anderen Forderung als die der G1. \_\_\_\_\_ aus dem AUA geschuldeten EUR 258 Mio. verlangen (act. 44 S. 344). Es könne gar keine Fälle geben, bei denen einer nicht pfandgesicherten Forderung materielle SchKG-Bestimmungen einredeweise entgegengehalten werden könnten (act. 44 S. 345).

### 1.1.3. Gerichtliche Beurteilung

#### a) Die Vorbehalte des IPRG

Die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ist nach der Vorbehaltsklausel von Art. 17 IPRG ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre Public unvereinbar ist. Vorbehalten bleiben nach Art. 18 des schweizerischen IPRG auch Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind.

#### b) SchKG-Bestimmungen

##### 1) Paulianische Anfechtbarkeit als Schuldausschlussgrund aus Ordre Public?

Während die von den Beklagten angeführten Bestimmungen bezüglich Verrechnung hier keine ersichtliche Bedeutung haben, gilt bezüglich der von ihnen ebenfalls angeführten paulianischen Anfechtbarkeit von Art. 288 ff. SchKG, dass dieser Tatbestand, welcher sich ja in einer Zeitspanne von fünf Jahren vor der Konkursöffnung ereignen kann, eine Zahlung eben gerade nicht verbietet. Vielmehr hat eine solche Rechtshandlung Bestand, wenn niemand sie anfecht oder wenn die Benachteiligungsabsicht entweder gar nicht vorhanden oder dem Gläubiger nicht erkennbar war. Eine Benachteiligungsabsicht kann insbesondere fehlen, wo eine Zahlung vorgenommen oder eine Verpflichtung erfüllt wird in der Absicht, weiteren Schaden zu vermeiden und auf diese Art und Weise auch die anderen Gläubiger vor zusätzlichen Verlusten zu bewahren. Selbst im Konkurs ist ja die Fortsetzung des Gewerbes oder Handels des Gemeinschuldners noch möglich, wenn die Gläubigerversammlung dahingehend beschliesst, weil sie sich davon

die Verminderung von Schaden oder die Erzielung von Gewinn verspricht (Art. 238 SchKG). Eine solche (einstweilige) Fortführung des Gewerbes (welche selbstverständlich auch Zahlungen erlaubt) kann sogar der Konkursverwaltung im Rahmen der ihr in Art. 221 und 240 SchKG auferlegten Pflicht zur Vermögenssicherung und zur Erhaltung oder Verwertung der Masse geboten oder zumindest erlaubt sein (BSK SchKG II-Russenberger, 2. Aufl., N 4 ff. zu Art. 238 SchKG). Ist aber die fragliche Rechtshandlung (sieht man einmal vom konkreten Zeitpunkt ab) unter dem Aspekt der Pauliana nicht grundsätzlich verboten, sondern gegebenenfalls sogar geboten oder lediglich mit Anfechtbarkeit behaftet, so kann die Bestimmung von Art. 288 SchKG für sich allein nicht zum Bestand von Art. 17 oder 18 IPRG gehören bzw. ergibt sich aus ihr kein auf das IPRG gestütztes Erfüllungsverbot.

## 2) Gläubigergleichbehandlung als Schuldausschlussgrund aus Ordre Public?

Ähnlich verhält es sich bei der Gläubigergleichbehandlung: Aus dem Grundsatz selber ergibt sich (selbst im Konkurs) noch kein absolutes Verbot, gewisse Forderungen zu erfüllen und andere nicht. Der Grundsatz spricht auch nicht gegen die Zusprechung von Schadenersatz, wenn ein Gläubiger durch die Nichterfüllung eines Schuldners Schaden erlitten hat. Weil die Gläubiger in diesem Fall insofern wieder gleichbehandelt werden können, als eben alle, welche durch Vertragsverletzung schuldhaft verursacht kausal Schaden erlitten haben, Schadenersatz erhalten.

Näher einzugehen ist allerdings auf das Argument der Beklagten, die Kläger dürften nicht besser fahren, als wenn damals richtig erfüllt worden wäre. Dies trifft nach dem bereits oben Gesagten nicht zu. Vielmehr ist für einen Schuldner unter dem Aspekt der gleichmässigen Wahrung der Gläubigerinteressen in der damals für die Beklagten gegebenen Situation (aber einstweilen unabhängig vom Zeitpunkt) nur abzuwägen, ob eine Zahlung das grössere Risiko berge als eine Nichtzahlung. Mit anderen Worten und noch etwas präzisiert: Ob der bei einer Nichtzahlung möglicherweise bei den Klägern verursachte Schaden multipliziert mit dessen Eintretenswahrscheinlichkeit grösser wäre als die Zahlung. Jedenfalls aber ergibt sich aus dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung allein wieder-

rum kein absolutes Zahlungsverbot, so dass auch hier die angesprochenen IPRG-Vorbehalte nicht greifen.

c) Obligationenrecht

1) Vorschrift von Art. 754 OR

Diese gibt insofern wiederum kein Zahlungsverbot her, als darin die Pflichtverletzung des Verwaltungsrates nicht konkretisiert ist. Die Beklagten führen die Bestimmung denn auch nur in Verbindung mit anderen Bestimmungen an (Klageantwort, act. 67 S. 44 f.).

2) Vorschriften von Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 725a OR

Die Beklagten argumentieren zutreffend, im Konkurs verliere der Schuldner die Fähigkeit, über die zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstücke zu verfügen. Wogegen die Kläger einwenden, erst bei Konkurseröffnung oder Bestätigung des Nachlassvertrages entfalle die Realerfüllung (falls die Konkursverwaltung nicht in den Vertrag eintrete) und seien die aus der Nichterfüllung resultierenden Ansprüche im Kollokationsverfahren geltend zu machen. Das AUA sei eine Sanierungsmassnahme gewesen, so dass eine Zahlungspflicht ohnehin bestanden habe (Replik, act. 77 S. 133). Die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten am 3. Oktober 2001 könne nach dem anwendbaren belgischen materiellen Recht keine "Force majeure" sein und die Beklagten demnach nicht von ihrer Zahlungspflicht befreien (act. 93 S. 12).

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Beklagten in jenem Zeitpunkt überschuldet waren. Mehr noch, bereits am 2. Oktober 2001 war ihre Liquidität dermassen eingeschränkt, dass sie den Flugbetrieb (ihrer Tochter bzw. Enkelin D3.\_\_\_\_\_) einstellten. Das heisst zunächst, dass sie die fragliche Verpflichtung mangels Solvenz gar nicht mehr erfüllen konnten. Das schliesst aber nicht aus, dass sie die Verpflichtung gemäss Rechtsordnung auch nicht mehr erfüllen durften bzw. gemäss Vertrag erfüllen mussten. In dieser Situation waren sie nämlich aus Gründen des Gläubigerschutzes von Gesetzes wegen verpflichtet, ihre Überschuldung dem Richter mitzuteilen. Dieser hatte entweder den Konkurs zu

verfügen, einen Konkursaufschub zu bewilligen (falls Aussicht auf Sanierung bestand, was aber vorliegend nicht geltend gemacht wurde und wird) oder als Alternative zum Konkurs bei entsprechendem Gesuch und gegebenen Voraussetzungen eine Nachlassstundung zu verfügen.

Die Beklagten hatten bekanntlich bereits am 1. Oktober 2001 im Rahmen einer Pressekonferenz aufgrund der von ihnen festgestellten Überschuldung ein solches Nachlassstundungsgesuch angekündigt. Sie führen zutreffend an, dass ein Schuldner in dieser Situation, abgesehen davon, dass er seine gesamten Kapazitäten auf die Vorbereitung des Nachlassstundungsgesuchs konzentrieren muss, natürlich nicht mehr frei ist, Zahlungen von der Grössenordnung der vorliegenden (die fällige Rate belief sich auf rund EUR 132 Mio.) zu tätigen. Vielmehr ist dieser Entscheid in der gegebenen Situation nach schweizerischem Recht der Konkursverwaltung zu überlassen. In der von den Beklagten damals angestrebten Nachlassstundung war offen, wie sich diese auf die Verfügungsbefugnis der Beklagten auswirken würde (möglich war das ganze Spektrum zwischen blosser Aufsicht einer Sachwalterschaft und völliger Einschränkung der Verfügungsbefugnis). Jedenfalls aber war Art. 298 Abs. 2 SchKG zu beachten, wonach der Schuldner in der Nachlassstundung ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht über Anlagevermögen verfügen darf. Es ist offensichtlich, dass unter diesen Voraussetzungen den Beklagten im damaligen Zeitpunkt die Hingabe von Liquidität im Umfang von EUR 132 Mio. – hätten sie denn solche gehabt – verboten war. Die Vorschriften von Art. 725 und 725a OR sind zwingend und für den Gläubigerschutz zweifellos so wesentlich, dass sie auch bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit ausländischen Rechts zu beachten sind.

Dass gemäss einer konstanten und anerkannten Lehre das auf den Vertrag anwendbare Recht regelt, ob der Vertrag im Konkursfall automatisch aufgelöst wird oder durch eine Partei aufgelöst werden kann und welche Konsequenzen sich daraus ergeben, kommt dagegen nicht an. Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht beinhaltet eben materiell- und gesellschaftsrechtliche sowie prozessuale Regeln. Zwingend zu beachten sind wie gesagt sich aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ergebende Einschränkungen der Verfügungsbefugnis. Spätes-

tens ab dem Zeitpunkt, in dem feststeht, dass eine Gesellschaft Nachlassstundung beantragen wird, vorliegend also spätestens ab dem 1. Oktober 2001, ist ihre freie Verfügung über das Anlagevermögen eingeschränkt. Daran besteht ein eminentes öffentliches Interesse.

#### d) Strafrecht

##### 1) Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung)

Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung gilt wiederum das bereits bei der paulianischen Anfechtbarkeit und beim Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung Gesagte: Je nachdem, ob sich mit einer Zahlung weiterer Schaden und in welchem Ausmass von den Beklagten hätte abwenden lassen, wäre diese Zahlung auch im Interesse der Gläubiger gewesen. Die strafrechtliche Norm der ungetreuen Geschäftsbesorgung für sich allein gibt also keinen Rechtfertigungsgrund her, sondern ein solcher hängt gerade davon ab, ob und in welchem Umfang im vorliegenden Prozess Schadenersatz zuzusprechen ist oder nicht.

##### 2) Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers)

Nach dem Wortlaut von Art. 167 StGB geht es um die Zahlung nicht verfallener Schulden, die Zahlung anders als durch übliche Zahlungsmittel oder die Sicherstellung von Schulden aus eigenen Mitteln in der Absicht, einen Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Dabei ist hier die Rede immer nur von schon zahlungsunfähigen Schuldner (Trechsel/Ogg, in: Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich/St. Gallen 2008, N 2 zu Art. 167 StGB). Die Literatur ist sich im Übrigen einig darin, dass es dem insolventen Schuldner an sich nicht verwehrt ist, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen (Niklaus Schmid, Ist die dingliche Bestellung von früher vereinbarten Pfandrechten im Zustande der Insolvenz eine Gläubigerbevorzugung im Sinne von Art. 167 StGB?, BISchK 50 (1986) S. 201 und dortige Zitate). Dies bedeutet, dass Zahlungen eines solchen Schuldners durchaus erlaubt sein können, wenn eben die Absicht der Gläubigerbevorzugung fehlt oder kein Nachteil für die anderen Gläubiger resultiert. Insbesondere wo eine Zahlung einer fälligen Schuld zur Abwendung grösseren Schadens erfolgt, könnte eine solche Zahlung durchaus erlaubt sein. Der bereits

zitierte Schmid bringt dies mit der Formel zum Ausdruck, es gehe bei Art. 167 StGB um Leistungen und Sicherstellungen, die vom Gläubiger gemäss der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Vornahme nicht in der ihn bevorzugenden Weise durchgesetzt werden könnten (Schmid, a.a.O., S. 212).

Dies bedeutet aber in der Konsequenz, dass die vorliegend diskutierte Zahlung effektiv darunter fällt. Denn wenn der Schuldner seine Insolvenz bereits mit Pressekonzferenz publik gemacht bzw. ein Gesuch um Nachlassstundung angekündigt hat und ein solches Gesuch wie vorliegend einen Tag nach der Fälligkeit der Schuld eingereicht wird (und dies im Übrigen mit dieser Verspätung, weil solche Gesuche eben eine gewisse Vorbereitungszeit brauchen, andernfalls es schon am 3. Oktober 2001 hängig gewesen wäre), so war natürlich die von den Beklagten an die Kläger geschuldete Leistung im massgeblichen Zeitpunkt nicht mehr durchsetzbar. Vorausgesetzt ist nämlich, so auch Schmid, dass der Gläubiger den Forderungsbetrag noch **vor** dem Konkurs (dem hier die provisorische Nachlassstundung gleichzusetzen ist) durchsetzen könnte. Da dies vorliegend nicht der Fall ist, wäre eine von den Beklagten am 3. Oktober 2001 vorgenommene Zahlung von EUR 132 Mio. an die Kläger strafrechtlich von Belang gewesen.

#### e) Fazit

Als Fazit ergibt sich, dass ausschliesslich – aber immerhin – die Normen von Art. 725 OR in Verbindung mit Art. 725a OR sowie Art. 167 StGB eine Zahlung der Beklagten am 3. Oktober 2001 verboten. Dieses Verbot muss als von derartiger Wichtigkeit taxiert werden, dass es unter die Ordre Public-Klausel des IPRG fällt.

Damit muss unter Ordre Public-Gesichtspunkten eine Zahlung im damaligen Zeitpunkt als nach schweizerischem Recht zwingend rechtswidrig taxiert werden und kann in der Nichtzahlung durch die Beklagten kein Verschulden erkannt werden. Mit anderen Worten muss einer Schuldnerin unter Ordre Public-Gesichtspunkten erlaubt sein, am Vorabend bzw. bei feststehendem Konkurs- oder Nachlassstundungsbegehren den Entscheid der Vorteil- oder Nachteilhaftigkeit einer derartigen Zahlung nicht selber zu fällen, sondern der Konkursverwaltung bzw. dem Sach-

walter oder dem Nachlassrichter zu überlassen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagten im damaligen Zeitpunkt nicht zwingend davon ausgehen mussten, dass die G1.\_\_\_\_\_ in Konkurs fallen würde und der heute geltend gemachte Schaden entstehen würde. Die Nichtvornahme der Zahlung am 3. Oktober 2001 erweist sich mithin unter Ordre Public-Gesichtspunkten als unverschuldet.

### 1.2. Auf die vertragliche Haftung anwendbares Recht

Die Klägerschaft macht unbestritten geltend, sämtliche Verträge seien von den Parteien belgischem Recht unterstellt worden (Klagebegründung, act. 44 S. 92, S. 95, S. 97, S. 99, S. 102, S. 104, S. 106, S. 107 und S. 283). Diese Rechtswahl ist gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG für die vertragliche Haftung zu beachten.

### 1.3. Auf die ausservertragliche Haftung anwendbares Recht

Die ausservertragliche Haftung richtet sich gemäss Art. 133 Abs. 2 IPRG nach dem Recht des Staates, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, wenn der Schädiger und der Geschädigte ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im gleichen Staat haben. Für den Fall, dass der Erfolg nicht im gleichen Staat eintritt, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, richtet sich die ausservertragliche Haftung nach dem Recht des Staates, in dem der Erfolg eingetreten ist, wenn der Schädiger mit dem Eintritt in diesem Staat hat rechnen müssen.

Sowohl seien die unerlaubten Handlungen – so die Kläger – in Belgien begangen worden als auch sei der Erfolg, nämlich der Schaden der Klägerschaft, in diesem Land eingetreten (act. 44 S. 290 ff.). Mithin seien sämtliche Forderungen der Klägerschaft nach belgischem Recht zu beurteilen.

Die Beklagten führen bezüglich der ausservertraglichen Ansprüche primär die Bestimmung von Art. 133 Abs. 3 IPRG ins Feld, wonach ein deliktischer Anspruch akzessorisch anzuknüpfen ist, wenn zwischen den Parteien schon ein Rechtsverhältnis besteht und durch eine allfällige unerlaubte Handlung eine Pflicht verletzt wird, die Gegenstand eben dieses Rechtsverhältnisses bildet. Sie kommen aber damit ebenfalls zum Schluss, belgisches Recht sei sowohl nach dieser Bestimmung als auch subsidiär nach Art. 133 Abs. 2 IPRG anwendbar, weil sie den "Er-

folgs"ort zufolge des in Belgien eingetretenen Schadens ebenfalls dort sehen (Klageantwort, act. 67 S. 193 f.).

Dieser übereinstimmenden Feststellung der Parteien zugunsten der Anwendbarkeit belgischen Rechts ist zuzustimmen, wobei das Gericht von der akzessorischen Anknüpfung gemäss Art. 133 Abs. 3 IPRG ausgeht.

## 2. Zusammenfassung von klägerischer und beklagtischer Position

### 2.1. Gemäss Klägern

#### 2.1.1. "Hauptbegründung"

In der "Hauptbegründung 1" machen die Kläger geltend, dass die Verträge zwischen ihnen und der D1. \_\_\_\_\_ und der D2. \_\_\_\_\_ (1995 und Januar sowie August 2001) als Gesamtheit zu verstehen und diese Assoziationsvereinbarung wegen Nichterfüllung aufzulösen sei.

Für den Fall, dass das Gericht die Verträge wider Erwarten nicht als Gesamtheit qualifizieren sollte, machen sie eventuell als "Hauptbegründung 2" geltend, dass die Verträge von Januar und August 2001 wegen Täuschung nichtig zu erklären und jene aus dem Jahr 1995 wegen Nichterfüllung aufzulösen seien.

Sollte das Gericht die Täuschung als nicht gegeben erachten, so machen die Kläger subeventuell als "Hauptbegründung 3" die Auflösung der einzelnen Verträge wegen Nichterfüllung geltend.

Als Folge der Vertragsnichtigkeit bzw. eventuell wegen Vertragsauflösung verlangen die Kläger Schadenersatz, dieser sei bei beiden Varianten der gleiche. Er setze sich zusammen aus dem Verlust der Investitionen und unnützen Ausgaben 1995, dem Verlust der Investitionen samt unnützen Ausgaben Januar und August 2001, der Tragung eines Teils der Kosten des Sozialplans der G1. \_\_\_\_\_, den Mietkosten Flugsimulator, dem Imageschaden und dem Verlust einer Chance (Klagebegründung, act. 44 S. 323 und 324 f.).

### 2.1.2. "Eventualbegründung"

Als "Eventualbegründung 1" (eigentlich subsubeventuell) machen die Kläger Schadenersatz wegen Verletzung der Verträge von 1995 und vom Januar und August 2001 geltend.

Die Kläger stützen in der "Eventualbegründung 2" (eigentlich subsubsubeventuell) ihre Ansprüche auf Täuschung und Culpa in contrahendo im Rahmen der Verhandlungen der Verträge von Januar und August 2001, was deliktische Haftung gemäss Art. 1382 CC darstelle.

Der Schaden unterscheide sich gegenüber demjenigen der Hauptbegründung nur dadurch, dass die Verluste der Investitionen aus dem Jahr 1995 und die Kosten der Vertragsverhandlungen von 1995 nicht geltend gemacht würden (Klagebegründung, act. 44 S. 323 ff., siehe als Zusammenfassung des Ganzen Replik, act. 77, Anhang C).

### 2.2. Gemäss Beklagten

Die Beklagten legen Wert auf die konsequente Unterscheidung zwischen ihnen und bestreiten ein Rechtsschutzinteresse des belgischen Staates (Klageantwort, act. 67 S. 39 f.). In der Hauptbegründung bringen sie vor, dass keine Verletzung des AU.\_\_\_\_\_ Agreements vorliege. Diese "Hauptbegründung" bezieht sich auf eine Subeventualbegründung der Kläger und impliziert, dass die Beklagten die klägerische Hauptsichtweise einer Vertragsgesamtheit – abgesehen vom Zusammenhang zwischen STA und SA Januar 2001 – ebenso wie die Eventualbegründung der Nichtigkeit wegen Täuschung ablehnen, welche Konkretisierungen aber erst ganz am Ende der Klageantwort erfolgen (act. 67 S. 198 ff.).

Bezüglich des AU.\_\_\_\_\_ Agreements (AUA) sei keine Täuschung gegeben, so dass daraus weder eine Nichtigkeit desselben, noch Schadenersatz folge (act. 67 S. 217 ff.). Ebenso sei – da die Pflicht zur Zahlung von EUR 258 Mio. an G1.\_\_\_\_\_ gemäss Art. 2 des AUA mit der Anerkennung der von G1.\_\_\_\_\_ in diesem Umfang geltend gemachten Forderung im jeweiligen Nachlassverfahren der Beklagten erfüllt worden sei – keine Nichterfüllung gegeben, so dass weder die

Auflösung des AUA noch Schadenersatz daraus geltend gemacht werden könne (act. 67 S. 219 ff.). Auch eine diesbezügliche deliktische Haftung sei nicht gegeben (act. 67 S. 226). Da sie das AUA rechtsgültig sowie mängelfrei abgeschlossen und erfüllt hätten, seien die Beklagten von allfälligen Verpflichtungen aus früheren Verträgen befreit (act. 67 S. 228). Das Gesagte gelte im Übrigen auch für die im Januar 2001 geschlossenen Verträge, welche rechtsgültig und mängelfrei abgeschlossen und – soweit in Kraft getreten – entweder vollumfänglich erfüllt oder durch das AUA aufgehoben worden seien (Klageantwort, act. 67 S. 228-237). Wiederum das Gleiche gelte für das Term Sheet April 2000 und die Verträge von 1995 (Ebenda, S. 238 f. und S. 239-244).

### 3. Vertragsgesamtheit: Assoziierungsvereinbarung oder Vertragsgruppe?

#### 3.1. Kläger

Die Hauptbegründung der Kläger geht wie dargetan darauf, bei den zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen handle es sich um eine Assoziierungsvereinbarung, bestehend insbesondere aus dem Shareholders and Management Agreement (SMA), dem Supplementary Agreement (SupA), dem Share Transfer Agreement (STA), dem Shareholders Agreement (SA) und dem AU.\_\_\_\_\_ Agreement (AUA), welche zufolge Nichterfüllung insgesamt rückwirkend aufzulösen sei (Klagebegründung, act. 44 S. 326).

#### 3.2. Beklagte

Die Beklagten wenden sich relativ ausführlich gegen die Annahme einer Assoziierungsvereinbarung oder einer Vertragsgruppe. Sie argumentieren insbesondere, mit der Aufnahme einer so genannten "des quatre coins"-Klausel hätten die Parteien zum Ausdruck gebracht, dass sie die jeweiligen Verträge als in sich geschlossene Einheit betrachten würden. Mit Ausnahme des AU.\_\_\_\_\_ Agreements, welches sämtliche vorgängig zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge ersetzt bzw. aufgehoben habe, hätten alle zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge eine solche Klausel enthalten (act. 67 S. 198 ff.).

### 3.3. Replik

Die Stellungnahme der Kläger in der Replik legt Wert auf die Feststellung, dass STA, SA sowie SupA lediglich Anpassungen und Ergänzungen des im SMA begründeten Rechtsverhältnisses gewesen seien (Replik, act. 77 S. 35). Das AUA habe zwar vorgesehen, dass STA und SupA vollumfänglich aufgehoben würden, doch hätten gewisse Bestimmungen des SMA weiter gelten sollen, so dass dieses ebenfalls lediglich eine Anpassung und Ergänzung gewesen sei. Sodann sei das AUA nie in Kraft getreten, weil die Bedingung in Ziff. 6.7 AUA nicht erfüllt worden sei (Replik, act. 77 S. 36). Anderes folge entgegen den Ausführungen der Beklagten und des Tribunal de Commerce de Bruxelles auch nicht aus dem Umstand, dass ein Teil der Verträge eine so genannte Entire-Agreement-Klausel enthalte. Aus den faktischen Umständen, dem chronologischen Ablauf und dem regulatorischen Umfeld (Luftverkehrsabkommen zwischen der EU und der Schweiz) habe sich vom SMA bis zum AUA eine untrennbar verbundene Vertragskaskade gebildet, die für die rechtliche Gesamtbeurteilung nicht auseinander gerissen werden dürfe. Von der Natur des Vertrages her handle es sich am ehesten um einen Aktionärsbindungsvertrag. Nach dem schweizerischen Recht seien diese als einfache Gesellschaft zu qualifizieren, was direkte Folgen auf die von den Beklagten begangenen Vertragsverletzungen hätte (act. 77 S. 37). Wesentlich sei daher, dass Aktionärsbindungsverträge unter dem vorliegend anwendbaren belgischen materiellen Recht niemals als Gesellschaftsverhältnisse zu qualifizieren seien, sondern sowohl nach Literatur als auch Rechtsprechung schuldrechtlicher Natur seien (act. 77 S. 38).

In der detaillierten Stellungnahme fügen die Kläger an, ob es sich technisch nach belgischem Recht um eine Assoziierungsvereinbarung, eine Vertragsgruppe oder etwas Drittes handle, sei nicht massgeblich. Entscheidend sei einzig, dass die verschiedenen Verträge einheitlich behandelt würden und das gleiche rechtliche Schicksal erlitten. Die von den Beklagten behaupteten vier Voraussetzungen für eine Vertragsgruppe würden bis auf eine bestritten. Vorausgesetzt ist gemäss Klägerschaft objektiv ein gemeinsames Ziel und subjektiv der Parteiwille, dass die mehreren Verträge eine Vertragsgruppe bilden. Für diesen Willen genüge es,

wenn die Verträge unter Berücksichtigung der anderen Verträge geschlossen worden seien und die Parteien "dies" wollten. Deshalb teilten Verträge, die mit Blick auf andere verbundene Verträge geschlossen worden seien, dasselbe rechtliche Schicksal. Die beklagte Darstellung, dass eine "des quatre coins"-Klausel das Vorliegen einer Vertragsgruppe ausschliesse, sei falsch. Nach belgischem Recht diene eine solche Klausel vielmehr dazu, sicher zu stellen, dass die schriftlich getroffene und unterzeichnete Vereinbarung Vorrang gegenüber jedwelter Einigung habe, die aus der vorvertraglichen Korrespondenz der Parteien abgeleitet werden könnte. Eine solche Klausel stehe daher der Tatsache, dass sämtliche zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge ein einheitliches Rechtsverhältnis bildeten, nicht entgegen. Richtig sei allerdings, dass in Belgien das Prinzip des "isolationisme contractuel" gelte, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart hätten. Ein solcher Wille könne sich auch aus den Umständen und dem Sinn und Zweck der Verträge ergeben. Eine Abhängigkeit zwischen den einzelnen Verträgen habe das erstinstanzliche Gericht in Belgien in seinem Urteil vom 20. November 2003 bestätigt (Replik, act. 77 S. 302 ff.).

#### 3.4. Gerichtliche Beurteilung

Unabhängig davon, ob zwischen den früheren Verträgen eine Assoziierungsvereinbarung oder zumindest Vertragsgruppe nach belgischem Recht gegeben ist, muss zunächst geprüft werden, ob das AUA für sich allein oder in Zusammenhang mit früheren Vereinbarungen der Parteien steht. Das AUA ist insofern schlüssig, als es ja gerade zumindest die früheren Vereinbarungen vom Januar 2001 ausser Kraft setzt und somit noch deutlicher als eine "des quatre coins"-Klausel den übereinstimmenden Willen der Parteien enthält, dieses als aus sich selbst schlüssige Vereinbarung zu interpretieren. Dies schliesst nicht aus, dass allenfalls Verpflichtungen aus früheren Verträgen – insbesondere für den Abschluss – noch zu beachten waren. Da die Klägerschaft geltend macht, ein dem von ihnen anerkanntem Grundsatz des "isolationisme contractuel" entgegenstehender Wille zur Verknüpfung verschiedener Verträge könne sich auch aus den Umständen und dem Sinn und Zweck der Verträge ergeben, sei nachfolgend der entscheidende Wortlaut des AUA wiedergegeben:

"7.2. The future relations of the Parties as shareholders of G1.\_\_\_\_\_ shall be based on constructive cooperation and continuous dialogue and, if and when subsection 6.1 has become effective pursuant to subsection 6.7, shall *mutatis mutandis* be governed by certain surviving provisions of the Shareholders' and Master Agreement dated May 4, 1995. These provisions are limited to sections 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 (subject to Article 8 of G1.\_\_\_\_\_ 's articles of association), 7.2, 7.4, 7.5, 7.9 and 7.12, it being understood that, in case of any conflict or inconsistency, the terms of this Agreement shall prevail.

The aforesaid provisions of the Shareholders' and Master Agreement shall be brought up to date and supplemented by properly calibrated provisions to ensure high standards of corporate governance and to strengthen the accountability of G1.\_\_\_\_\_ 's management. These combined provisions shall be set forth in a restated shareholders' agreement. D1.\_\_\_\_\_ shall instruct its legal advisors to produce a first draft of this agreement by October 1, 2001." (act. 45/51 Ziff. 7.2).

Aus diesem Wortlaut kann ein Wille der Parteien auf Verknüpfung nicht abgeleitet werden. Vielmehr wurden die Teile des SMA, welche als Ausnahme und im Sinne einer Übergangslösung weiterhin Geltung haben sollten, einzeln aufgezählt. Sodann wurde auf den 1. Oktober 2001, also auf den Zeitpunkt der ersten Rate der Kapitalerhöhung, der Entwurf einer Neuformulierung des Shareholders Agreement vorgesehen. Ausserdem wurde der Vorrang des AUA bei irgendwelchen Konflikten oder Widersprüchen mit dem SMA festgehalten.

Unter diesem Umständen kann die von den Klägern als stillschweigende Vereinbarung behauptete Verknüpfung mit den früheren Verträgen der Parteien nicht bejaht werden. Aber auch Sinn und Zweck des AUA sprechen eine andere Sprache. Nachdem der Kläger 1 eine Klage gegen die Beklagten angestrengt hatte und die G1.\_\_\_\_\_ dieser beigetreten war, bedeutete der Abschluss des AU.\_\_\_\_\_ Agreements eine Bereinigung insofern, als damit die Verpflichtungen auf Grund der veränderten Verhältnisse neu realistisch formuliert werden und die früheren Verpflichtungen im Gegenzug entfallen sollten. Es war das Ziel der Klägerschaft, zur Bereinigung des vor Gericht gebrachten Streites eine Vertragslösung zu fin-

den, welche realistische Verpflichtungen mit hoher Erfüllungswahrscheinlichkeit beinhaltete, statt an einer Vertragslösung festzuhalten mit hohen Leistungen, aber wenig wahrscheinlicher Erfüllung. Vor allem sollte der Streit beendet werden über die Frage, ob die Beklagten lediglich berechtigt oder verpflichtet seien, ihren Aktienanteil auf 85% zu erhöhen und ob sich die Beklagten zur Gewährleistung der Liquidität der Klägerin verpflichtet hatten.

Die Klägerschaft bestreitet, dass es sich beim AUA um einen "blossen Vergleich" handelt, weil darin die weitere Zusammenarbeit und das Verhältnis als Aktionäre geregelt worden seien (Replik, act. 77 S. 108). Auch die Kläger haben aber das AUA als Vergleichsvertrag bezeichnet (Klagebegründung, act. 44 S. 107) und es ist unbestritten, dass darin von ihrer Seite substantielle Zugeständnisse gemacht wurden, insbesondere auf weitere finanzielle Mittel seitens der Beklagten verzichtet und damit das Verhältnis auf eine ganz neue Basis gestellt wurde (act. 77 S. 107). Dass die Vereinbarung vom 2. August 2001 einen Philosophiewechsel darstellte, entspricht somit der Darstellung der Klägerschaft. Zwar sollten noch immer die Liquiditätsbedürfnisse der G1. \_\_\_\_\_ gedeckt werden, doch ging es nunmehr nicht mehr um die Erhöhung der Beteiligung, sondern um den von AH. \_\_\_\_\_ am 3. April 2001 kommunizierten "kontrollierten Ausstieg". Wie bereits beim Sachverhalt dargestellt, war die Ablehnung der Suche nach einem Drittinvestor durch AL. \_\_\_\_\_ im Schreiben vom 30. Mai 2001 keineswegs eine absolute gewesen. Mithin ging es gemäss den Klägern im AUA um die Sicherstellung der Liquidität bis zum Zeitpunkt, in dem realistischweise ein Drittinvestor gefunden werden konnte, weshalb das AUA Zahlungen des D1. \_\_\_\_\_-Konzerns im Rahmen der Kapitaleinlage von EUR 258 Mio. bis zum 2. April 2003 vorsah.

Das erstinstanzliche belgische Gericht entschied in seinem Urteil vom 20. November 2003 – trotz eines gewissen Zusammenhangs zwischen den einzelnen Verträgen – nicht auf eine Assoziierungsvereinbarung. Die Klägerschaft zielt diesbezüglich allerdings unvollständig mit:

" les différentes conventions conclues entre parties sont indiscutablement liées entre elles dès lors qu'elles tendent à la réalisation d'un ob-

jectif à savoir la prise de participation majoritaire par D1.\_\_\_\_\_/D2.\_\_\_\_\_ dans le capital de G1.\_\_\_\_\_"

weiter heisst es nämlich im zitierten Urteil:

" Qu'il ressort toutefois des contrats en cause que les parties entendaient atteindre l'objectif fixé par étapes, chaque contrat ou groupe des contrats (conventions de janvier 2001) évoluant en fonction de différentes circonstances dont notamment la situation extérieure de G1.\_\_\_\_\_;

Que ces contrats entretiennent des relations entre eux sans qu'il ne soit toutefois démontré que la défaillance dans l'une des conventions doive nécessairement entraîner la résolution de toutes les autres et qu'il faille donc déroger au principe de *'l'isolationisme contractuel'*.

Attendu qu'il convient partant d'analyser les différents manquements allégués par rapport à chacun des contrats en cause, la logique imposant d'entamer cet examen par le plus récent, les contrats dont la résolution est demandée ayant un caractère évolutif" (act. 45/1 S. 25).

Mit anderen Worten stellte das belgische erstinstanzliche Gericht nicht nur einen gewissen Zusammenhang zwischen den Verträgen fest, sondern machte klar, dass ausser der Vertragsgruppe vom Januar 2001 die verschiedenen Verträge aufgrund der sich ändernden äusseren Umstände evolutiv entstanden seien und damit nicht belegt sei, dass der Ausfall des einen Vertrages notwendigerweise die Auflösung aller anderen Verträge nach sich ziehe. Mithin sei auch nicht vom Prinzip der eigenständigen Verträge abzuweichen. Bei der Prüfung der geltend gemachten Mängel im Einzelnen sei somit logischerweise aufgrund des sich entwickelnden Charakters der Verträge beim Neuesten zu beginnen.

Eine das AUA umfassende Assoziierungsvereinbarung oder Vertragsgruppe ist mithin zu verneinen. Damit kommt eine Aufhebung sämtlicher Verträge als Vertragsgruppe ("ensemble de contrats"), wie dies die Klägerschaft im Hauptantrag 1 verlangt, nicht in Betracht.

#### 4. Ausserkraftsetzen sämtlicher früherer Vereinbarungen durch das AUA?

##### 4.1. Systematik der Parteien

Stimmt die beklagtische These, wonach das AUA sämtliche früheren Vereinbarungen ersetzt bzw. aufhob (Klageantwort, act. 67 S. 201), so ist die klägerische Systematik der "Hauptanträge 2a und 2b" falsch, welche zunächst die Auflösung der Verträge von 1995 und dann erst die Nichtigkeit der Verträge von Januar 2001 und August 2001 zusammen prüft (Klagebegründung, act. 44 S. 328 f. und Replik, act. 77 S. 32 ff. sowie Anhang C). Diesfalls wäre nämlich zunächst nur der Bestand des AU.\_\_\_\_\_ Agreements zu prüfen.

##### 4.2. Vergleichsvertrag

Wie bereits erwähnt haben auch die Kläger das AUA als einen "Vergleichsvertrag" (aber keinen "blossen Vergleich", act. 77 S. 108) bezeichnet, weil das AUA die direkte Folge der von den Klägern am 3. Juli 2001 in Belgien eingereichten Klage war (Klagebegründung, act. 44 S. 107 f.). Diese Qualifikation als Vergleichsvertrag legt auch Ziff. 6.6 nahe (act. 45/51 S. 11), wonach:

" The foregoing shall constitute a full and final settlement between the Parties, within the meaning of Article 2044 of the Belgian Civil Code ('Code Civil'), of all of the Parties' mutual claims under the aforesaid Share Transfer Agreement and Supplementary Agreement dated January 25, 2001, or in relation to the proceedings referred to in subsections 6.2 or matters referred to in subsection 6.3".

Das Vorhergehende soll also ein voller und endgültiger Vergleich im Sinne von Art. 2044 CC sein bezüglich aller gegenseitigen Klagen aus STA und SupA oder bezüglich der in Ziff. 6.2 und 6.3 behandelten Themen.

Art. 2044 CC lautet:

" La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit."

Art. 2044 CC definiert also den Vergleichsvertrag als den schriftlich zu schliessenden Vertrag, mit dem die Parteien eine bereits eingereichte Klage beenden oder eine Klage verhindern, genau das, was die Parteien des AUA statuierten.

Für den Vergleichsvertrag gelten nach belgischem Recht besondere Regeln. Insbesondere sind sie letztinstanzlichen Urteilen gleich zu setzen und können gemäss Art. 2052 CC weder wegen Rechtsirrtum noch wegen Verletzung in Frage gestellt werden.

#### 4.3. Bedingung und Wortlaut

##### 4.3.1. Allgemein

Die Kläger machen aber geltend, die Annullierung des STA und des SupA sowie der Verzicht auf die Rückzahlung des an AB.\_\_\_\_\_ gewährten Darlehens im Umfang von 50% des Kapitalbetrages seien wie auch der Rückzug der Klage und der Verzicht auf weitere rechtliche Schritte (Verantwortlichkeit) unter der Bedingung gestanden, dass die vorgesehene Zeichnung der neuen G1.\_\_\_\_\_ -Aktien und die Liberierung der ersten Tranche von 51.16% fristgerecht erfolgten (Klagebegründung, act. 44 S. 109). Dies entspricht der beklagtischen Darstellung, welche ebenfalls von der Bedingung der korrekten Zeichnung der Aktien und Partizipations-scheine durch die Beklagten spricht (Klageantwort, act. 67 S. 256 i.V.m. S. 32).

##### 4.3.2. Wortlaut der Bedingung

Der Wortlaut der fraglichen Vereinbarung AUA 6.7 lautet (act. 45/51 S. 11):

" Subsections 6.1 through 6.6 shall become effective only upon the firm and unconditional subscription by D2.\_\_\_\_\_ or D1.\_\_\_\_\_, at the extraordinary shareholders' meeting of G1.\_\_\_\_\_ to be held on or about October 1, 2001, of all of the shares of common stock and/or participation certificates of G1.\_\_\_\_\_ which D2.\_\_\_\_\_ or, failing D2.\_\_\_\_\_, D1.\_\_\_\_\_ is required to subscribe for pursuant to section 2, and upon the payment thereof to the extent of 51,16% of the issue price.

Pending fulfillment of this condition, the State, the Public Institutions and G1.\_\_\_\_\_ shall request the Commercial Court of Brussels to refer the matters referred to in subsection 6.2 to the docket of the Court ("renvoi au rôle")...".

Ziffern 6.1 bis 6.6 sollen also nur wirksam werden, auf die feststehende und unbedingte, anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung der Aktionäre G1.\_\_\_\_s am oder um den 1. Oktober 2001 von D2.\_\_\_\_ oder D1.\_\_\_\_ gemäss Ziffer 2 AUA zu leistende Unterschrift und die Zahlung von 51,16% des Ausgabepreises hin. Während des Schwebezustands sollen die Kläger beim Gericht verlangen, dass die Klage beim Handelsgericht Brüssel auf dem Kanzleischiff pending gehalten wird.

#### 4.3.3. Nichterfüllung der Bedingung gemäss Wortlaut

Dass diese Bedingung gemäss Wortlaut erfüllt worden wäre, behaupten auch die Beklagten nicht (Klageantwort, act. 67 S. 56 f.).

#### 4.3.4. Positionen der Parteien: unzulässiges konkursrechtliches Vorrecht oder zulässige Suspensivbedingung

Vielmehr machen die Beklagten geltend, diese Bedingung stelle eine auf die Insolvenz zielende Klausel dar, welche als konkursrechtliches Vorrecht den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verletze und als Gesetzesumgehung unzulässig sei. Da das AUA im Übrigen erfüllt worden sei (durch die Kollokation der Forderung im vollen Umfang), müsse der Haftungsausschluss gemäss Ziffern 6.1 bis 6.6 seine volle Wirkung entfalten (act. 67 S. 56 f.).

Die Kläger bestreiten dies und argumentieren ihrerseits, bei der fraglichen Bedingung handle es sich um eine Suspensivbedingung (Replik, act. 77 S. 148). Letzteres steht in Übereinstimmung mit dem Urteil des Handelsgerichts Brüssel, welches im Zusammenhang mit der fraglichen Klausel des AUA ebenfalls von einer aufschiebenden Bedingung (bzw. "condition suspensive"; act. 45/1 S. 26) spricht.

#### 4.3.5. Gerichtliche Behandlung

##### a) Differenz zwischen Vergleichsvertrag und Bedingung

Es fällt auf, dass sich die Definition als Vergleichsvertrag nach dem Wortlaut des Vertrages auf "the foregoing", also das Vorgehende oder Voranstehende be-

zieht. Da diese Bestimmung in Ziffer 6.6 erfolgt, werden dadurch alle Vorstehenden Ziffern erfasst und ist auch die Rekapitalisierung (Ziff. 2) und die Verpflichtung zur Abnahme von neun Airbus Flugzeugen (Ziff. 5) Gegenstand des Vergleichs, ebenso wie der Businessplan (Ziff. 1), die Umwandlung der Partizipations-scheine (Ziff. 3) und die Fortsetzung der kommerziellen Zusammenarbeit (Ziff. 4).

Demgegenüber bezieht sich die Bedingung lediglich auf die Ziffern 6.1 bis 6.6.

Gemäss Art. 1156 CC ist allerdings die gemeinsame Intention der Parteien für die Auslegung eines Vertrages massgebender als der Wortlaut. Also ist nach den Umständen auf den Zweck des Vertrags und den Willen der Vertragsparteien zu schliessen.

Diesbezüglich haben die Kläger nicht bestritten, dass die Gegenleistung für die Aufhebung der Januarverträge und die Verzichtserklärung der G1.\_\_\_\_\_ auf Geltendmachung jeglicher Verantwortlichkeitsansprüche von den Parteien mit einer Geldleistung von EUR 258 Mio. und dem Wert der Übernahme der neun Airbus-Flugzeuge beziffert wurde (Klageantwort, act. 67 S. 32 und Replik, act. 77 S. 108). Sie bringen lediglich vor, das AUA sei kein blosser Vergleich, mit dem die Geschäftsbeziehungen der Parteien im Wesentlichen beendet würden, sondern das AUA enthalte Bestimmungen zur weiteren Zusammenarbeit der Parteien. Dies trifft zu, ändert aber nichts daran, dass der Vergleichsvertrag nach dem Gesagten nicht nur die Ziffer 6 umfasst, sondern alle vorstehenden Ziffern.

Diese dargestellte Differenz zwischen Bedingung und Vergleichsvertrag hat zur Folge, dass ein Teil des Vergleichs bei Nichteintritt der Bedingung nicht in Kraft treten würde, ein anderer Teil aber schon.

#### b) Analyse der Beziehung zwischen Bedingung und Vergleichsvertrag

Die vorliegend massgebliche Bedingung (ein unsicheres künftiges Ereignis) ist insofern speziell, als sie nicht rein aufschiebend ist. Vielmehr entfaltete der (Vergleichs-) Vertrag schon seine Wirkungen, indem die diesem Vergleich zu Grunde liegende Klage beim Tribunal de Commerce bis anfangs Oktober 2001, wenn sich

zeigen würde, ob die Beklagten rechtzeitig zeichnen und zahlen würden, pendent gehalten werden sollte.

Bemerkenswert ist sodann, dass die nicht rechtzeitige und sonst wie mangelhafte Erfüllung der Rekapitalisierungs-Verpflichtung nicht nur zum Dahinfallen des Klagerückzugs, sondern auch zum Dahinfallen der Gegenleistung Aufhebung Januerverträge und Verzicht auf die Geltendmachung jeglicher Verantwortlichkeitsansprüche führen soll.

### c) Die Suspensivbedingung nach belgischem Recht

Suspensivbedingungen sind im belgischen Recht in Art. 1181 und 1182 CC geregelt. Art. 1181 CC unterscheidet zwischen unsicherem künftigem Ereignis und einem bereits eingetretenen, aber den Parteien nicht bekannten Ereignis. Beim unsicheren künftigen Ereignis wird die Ausübung der entsprechenden vertraglichen Verpflichtung auf nach dem Eintreten des Ereignisses aufgeschoben, beim unsicheren bereits eingetretenen Ereignis wirkt die Obligation ab Vertragsabschluss.

Art. 1182 CC lautet:

" Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts."

Wenn also die Obligation unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde, verbleibt der Vertragsgegenstand beim Schuldner, welcher nur im Falle des Eintretens der Bedingung zu liefern verpflichtet ist.

Geht die Sache völlig ohne Verschulden des Schuldners unter, erlöscht die Verpflichtung.

Verschlechtert sich die Sache ohne Verschulden des Schuldners, so hat der Gläubiger die Wahl, entweder die Verpflichtung aufzulösen, oder die Lieferung der Sache im Zustand, in dem sie sich befindet, ohne Preisminderung zu verlangen.

Hat sich die Sache aufgrund Verschulden des Schuldners verschlechtert, so hat der Gläubiger das Recht, entweder die Auflösung des Vertrages oder die Lieferung der Sache im Zustand, in dem sie sich befindet, mit Schadenersatz zu verlangen.

#### d) Der Vergleichsvertrag nach belgischem Recht

Art. 2052 CC lautet:

" Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion."

Vergleichsverträge haben somit den Charakter von letztinstanzlichen Entscheidungen. Sie können nicht wegen Verletzung angefochten werden. Unter diesen Umständen fragt es sich, ob eine Suspensivbedingung, welche in der richtigen Erfüllung der Hauptleistung des Vergleichsvertrages besteht, nicht eine Umgehung der Bestimmung von Art. 2052 CC darstellt. Interessanterweise wurde diese Frage von keiner der Parteien aufgeworfen. Es fällt aber auf, dass die Klägerschaft die vollumfängliche Auflösung des AUA wegen Nichterfüllung erst als "Hauptbegründung 3" und damit eigentlich als Subeventualbegründung beantragt (Klagebegründung, act. 44 S. 323 i.V.m. S. 330 ff. und Replik, act. 77 Anhang C).

Indem die Parteien die richtige Erfüllung der Hauptleistung Rekapitalisierung des Vergleichsvertrags zur aufschiebenden Bedingung für die Hauptgegenleistung des Vergleichs machten, haben sie nach Ansicht des erkennenden Gerichts die Bestimmung von Art. 2052 CC verletzt. Diese verbietet eine Anfechtung wegen Vertragsverletzung und will von der ratio legis her gesehen den Bestand eines

einmal geschlossenen Vergleichs sichern. Wie aufgezeigt erfolgt die Bestandesicherung erst noch auf eine sehr qualifizierte Weise, indem der Vergleich einem letztinstanzlichen Urteil gleichgestellt wird und nicht einmal wegen Rechtsirrtum angefochten werden kann. Das Gesetz hat somit zum Ziel, den in einem Vergleich erledigten oder vermiedenen Prozess nicht wieder aufleben zu lassen. Die Parteien haben vorliegend die richtige Erfüllung der einen Hauptleistung zur aufschiebenden Bedingung für den Kern des Vergleichs, nämlich die Erledigung der hängigen Klage und die Vermeidung von prozessualer Inanspruchnahme wegen Verantwortlichkeit, gemacht. Damit wird nach Meinung des erkennenden Gerichts der Bestimmung von Art. 2052 CC zuwidergehandelt. Die logische Folge solchen Verhaltens muss entsprechend der Regelung von Art. 2052 CC gerade nicht das Dahinfallen, sondern der Weiterbestand des Vergleichs sein.

Zumindest jedoch kann die Vertragsleistung dadurch nicht der Regelung des Art. 1182 CC entzogen werden. Mit anderen Worten gelten bei einer Gleichsetzung von Suspensivbedingung und Vertragsleistung für letztere dennoch die nach Verschulden abgestuften Rechtsfolgen des Art. 1182 CC. Entsprechend muss der Gläubiger gemäss Absatz 3 und 4 dieser Bestimmung bei einer Verschlechterung der Sache ohne Verschulden des Schuldners die Wahl haben, entweder die Verpflichtung aufzulösen (bzw. im Falle eines suspensiv bedingten Vergleichs dann eben nicht zustande kommen zu lassen), oder die Lieferung der Sache im Zustand, in dem sie sich befindet, ohne Preisminderung zu verlangen bzw. bei Verschulden mit Schadenersatz. Diese Wahl muss schon darum möglich sein, weil nach dem Willen des belgischen Gesetzgebers Art. 2052 CC ein zustande gekommener Vergleich trotz Vertragsverletzung Bestand haben soll. Woraus ohne Weiteres gefolgert werden darf, dass im Falle eines suspensiv bedingten Vergleichs vom belgischen Gesetzgeber auch dessen Zustande kommen gefördert wird.

4.3.6. Auswirkung des Bestehens auf Erfüllung des AUA durch die Hauptgläubigerin G1.\_\_\_\_\_

a) Kein Vertrag zugunsten Dritter

G1.\_\_\_\_\_ ist wie die Prozessparteien Partei des AUA (act. 45/51 S. 1). Es handelt sich somit nicht um einen Vertrag zugunsten eines Dritten, definiert doch das belgische Recht gemäss zutreffenden Ausführungen der Kläger den Vertrag zugunsten eines Dritten als Ausnahme vom Grundsatz, dass Verträge nur zwischen den Parteien wirken (Art. 1165 und 1121 CC; Klagebegründung, act. 44 S. 294 ff.).

G1.\_\_\_\_\_ ist sogar Hauptgläubigerin des AUA, indem sie eben durch die Kläger und die Beklagten rekapitalisiert werden sollte. Die Leistung der Beklagten hat an sie zu erfolgen und kann wohl nach dem Willen der Parteien sowohl von ihr als auch von den Klägern als Aktionären verlangt und eingeklagt werden. Das heisst aber, dass die Erfüllung der Rekapitalisierungsforderung bezüglich G1.\_\_\_\_\_ den Anspruch der Kläger untergehen lässt. Und dass das Bestehen der G1.\_\_\_\_\_ auf Erfüllung auch für die Kläger verbindlich ist.

b) Forderung der G1.\_\_\_\_\_

Es ist unbestritten, dass die G1.\_\_\_\_\_ im Kollokationsverfahren die Erfüllung der Zahlungspflicht gemäss AUA verlangt hat (Klagebegründung, act. 44 S. 344). Aus dem Parallelprozess FB060046 G1.\_\_\_\_\_ gegen die Beklagte 1 (D2.\_\_\_\_\_) – und dies darf als der Klägerschaft bekannt vorausgesetzt werden – ergibt sich, dass G1.\_\_\_\_\_ in ihrer Eingabe im Nachlassliquidationsverfahren der Beklagten 1 in der Tat die Bezahlung von EUR 258 Mio. (in CHF zum Kurs von 1.5410) "vertraglichen Schadenersatz wegen Nichterfüllung auf Grund der gerichtlichen Auflösung der Vereinbarungen vom 22./25. Januar 2001 und 2. August 2001" unter dem Titel "entgangener Gewinn" (act. 3/8 S. 45 in Proz. Nr. FB060046) bzw. denselben Betrag "wegen Nichteinhaltung der Art. 2.1 und 2.3 des Vertrages vom 2. August 2001" (neben der Gesamtheit der Passiven von G1.\_\_\_\_\_ von CHF 3'852'500'000 unter Abzug des obgenannten Betrages "als Schadenersatz wegen Verletzung der Vereinbarungen vom 22./25. Januar 2001 und 2. August 2001, eventuell in Anwendung von Artikel 530 des belgischen Gesellschaftsrechtes, subeventuell

als Schadenersatz für unerlaubte Handlungen") verlangt hat (act. 3/8 S. 52 f. in Proz. Nr. FB060046).

c) Folge

Wenn G1.\_\_\_\_\_ als Hauptgläubigerin unter den aufgezeigten Möglichkeiten weiterhin die Erfüllung des AUA verlangt, so muss dies nach dem Gesagten auf Grund von Art. 1182 CC (als Subsidiärbegründung zu derjenigen mit Art. 2052 CC) bedeuten, dass der Vergleichsvertrag inklusive der Ziffern 6.1 bis 6.6 zustande gekommen ist.

Die Kläger führen diesbezüglich zunächst lediglich an, im Falle, dass der Gläubiger die Erfüllung verlange, sei Realerfüllung die Regel. Sei diese jedoch unmöglich geworden, oder wenn die Geltendmachung der Realerfüllung geradezu rechtsmissbräuchlich wäre, könne der Gläubiger die sogenannte "exécution par équivalent" verlangen. Diese bestehe darin, dass der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ersetze, indem er den Gläubiger soweit als möglich so stelle, wie wenn er den Vertrag erfüllt hätte (Klagebegründung, act. 44 S. 292).

Die Kollokation schafft zwar, wie die Kläger zutreffend dartun, über das Nachlassverfahren hinaus keine Rechtskraft. Die vorliegende Klage erfolgt aber gerade im Rahmen des Nachlassverfahrens. Rechtsgültig ist aber in jedem Fall – auch wenn sie im Kollokationsverfahren abgegeben wird – die Erklärung von G1.\_\_\_\_\_, auf Erfüllung bestehen zu wollen. Dabei handelt es sich nämlich um die Ausübung eines Gestaltungsrechts, welches im Gegensatz zu blossen Behauptungen Auswirkungen in anderen Prozessen hat. Wenn G1.\_\_\_\_\_ auf Erfüllung des AUA besteht, muss zwangsläufig das Synallagma Klagerückzug usw. – sofern es nicht zu verrechnen ist, was bisher von keiner Seite geltend gemacht wurde – Bestand haben. Davon unabhängig ist die Frage, ob die Klägerschaft allenfalls – wie sie es vorliegend tut – ihren Anspruch auf Dahinfallen des AUA zwar nicht auf Art. 1184 CC (wogegen Art. 2052 CC spricht), sondern auf Täuschung und ausservertraglichen Schadenersatz stützen kann. Nachdem die Hauptgläubigerin G1.\_\_\_\_\_ auf Erfüllung des AUA besteht, sind nach dem oben analysierten Sinn und Zweck des

AUA bzw. auf Grund der Regelung von Art. 1182 CC trotz des etwas engeren Wortlauts von Ziff. 6.7 des AUA auch die Unterabschnitte 6.1 bis 6.6 in Kraft getreten und für die Klägerschaft verbindlich.

#### 4.3.7. Fortsetzung des Verfahrens in Belgien

##### a) Zustimmung Beklagte zur Fortsetzung des belgischen Verfahrens?

Bestritten ist sodann die Behauptung der Kläger, die Beklagten hätten der Fortsetzung des belgischen Verfahrens zugestimmt. Die Beklagten betonen, sie hätten nicht nur die Zuständigkeit des belgischen Gerichts – auch auf Grund der Meditationsklausel in den relevanten Verträgen – stets bestritten, sondern sich gegen die Wiederaufnahme des Verfahrens gewehrt. Mit der von den Beklagten unerwünschten Fortsetzung des Verfahrens in Belgien hätten diese jedenfalls weder implizit noch explizit eine Verpflichtung gegenüber den Klägern oder Dritten anerkannt (Klageantwort, act. 67 S. 287 Rz 1022). Da die Kläger eine Zustimmung der Beklagten behaupten und daraus Rechte ableiten, wäre es laut Art. 8 ZGB entgegen ihren Ausführungen an ihnen gelegen, diese Tatsache substantiiert zu behaupten, was sie nicht getan haben (Replik, act. 77 S. 380 ad 1022), so dass sie daraus nichts ableiten können.

##### b) Klageerweiterung Nichterfüllung AUA

Die zweite Klage vom November 2001 im belgischen Verfahren umfasst das AUA. Die Klageerweiterung, mit welcher die Kläger selber – wie bereits im Sachverhalt erwähnt – Schadenersatz wegen Nichterfüllung des AUA verlangen, wurde mit der bereits hängigen Klage vereinigt (Klagebegründung, act. 44 S. 82 f. und 337 f. sowie act. 45/108 S. 1). Zumindest dieser Akt schafft nun ohne Weiteres Rechtsgültigkeit für die Kläger, verlangen sie doch darin sogar explizit die Erfüllung der in Ziff. 6.5 AUA enthaltenen Klausel bezüglich Dahinfallen der Hälfte des Darlehens von BEF 4 Mia. Mithin kann aus der Fortsetzung des Verfahrens ohnehin nicht darauf geschlossen werden, dass das Dahinfallen der früheren Vereinbarungen nicht damit einher geht.

4.3.8. Rechtsfolge bezüglich Zustandekommen des AUA und Gültigkeit der Ziffern 6.1 bis 6.6

a) Unzulässigkeit der Auflösung des AUA

Die aufschiebende Bedingung muss nach Art. 2052 CC ungültig taxiert werden und sowohl die G1.\_\_\_\_\_ als auch die Kläger verlangen selber die Erfüllung des AUA. G1.\_\_\_\_\_ hat durch Kollokation der entsprechenden Forderung ein Erfüllungssurrogat aus dem AUA erhalten. Unter diesen Umständen sind die Kläger auf Grund von Art. 1182 CC auch nicht mehr befugt, die Auflösung des AUA mit Schadenersatzfolge zu verlangen. Denn die Auflösung des AUA hätte zur Folge, dass bereits erfüllte Leistungen zurückzuerstatten wären (so auch die Kläger in act. 44 S. 299).

b) Verbindlichkeit des Entscheids G1.\_\_\_\_\_ für Kläger

Im Übrigen hätten die Kläger sich das Verhalten der Mitgläubigerin G1.\_\_\_\_\_ selbst dann anrechnen zu lassen, wenn sie selber in Belgien nicht die Erfüllung des AUA verlangen würden. Wie erwähnt waren sowohl die Kläger als auch die G1.\_\_\_\_\_ Parteien des AUA (act. 45/51 S. 1). Entgegen den Klägern liegt also zumindest diesbezüglich kein Vertrag zu Gunsten Dritter vor (Klagebegründung, act. 44 S. 294 ff.). G1.\_\_\_\_\_ als Hauptgläubigerin bezüglich der Kapitalerhöhung hatte es somit in der Hand, den Entscheid nach Art. 1182 CC zu fällen. Die Kläger müssen sich umso mehr darauf behaften lassen, als der von ihnen geltend gemachte Schaden praktisch ausschliesslich (nämlich mit Ausnahme der EUR 1 für Imageschaden) bei der G1.\_\_\_\_\_ entstandene Vermögensverminderung darstellt. Die Kläger leiten ihre vorliegend geltend gemachten Schäden von der Mitgläubigerin G1.\_\_\_\_\_ ab. Sie müssen sich unter diesem Umständen die Äusserungen G1.\_\_\_\_\_s im gleichen Kollokationsverfahren (dessen Fortsetzung sowohl der vorliegende Prozess als auch der Parallelprozess sind) entgegenhalten lassen.

c) Streitgenossenschaft Kläger mit G1.\_\_\_\_\_ im belgischen Prozess

Die Kläger verschweigen, dass sie in Belgien mit G1.\_\_\_\_\_ zusammen die Klägerschaft bilden (act. 44 S. 83 bzw. act. 45/108 S. 1). Diese Streitgenossenschaft spricht ebenfalls dafür, dass sie sich die Position der G1.\_\_\_\_\_ anrechnen lassen

müssen und sich unter diesen Umständen nicht mehr auf die nicht eingetretene Bedingung Erfüllung seitens den Beklagten gemäss AUA berufen können.

d) Folgerungen

Somit ist festzustellen, dass das einen Vergleich nach Art. 2044 CC darstellende AUA zustande gekommen und entsprechend auch die Ziffern 6.1 bis 6.6 Gültigkeit erlangt haben, mithin u.a. STA und SupA zwischen den Parteien hinfällig geworden sind.

e) Verbleibende Möglichkeit gemäss Klageschema der Kläger

Damit steht fest, dass die Kläger wegen der von G1.\_\_\_\_\_ verlangten Erfüllung nicht die Auflösung des AUA wegen Nichterfüllung verlangen können ("Hauptbegründung 3" resp. Subeventualbegründung). Nach dem oben wiedergegebenen Klageschema der Kläger verbliebe somit nur noch die Möglichkeit, den Vertrag vom August 2001, sprich das AUA, wegen Täuschung (nach belgischem Recht) nichtig zu erklären (wobei diesfalls ebenfalls zu prüfen wäre, ob das AUA als Vergleich einerseits gegenüber G1.\_\_\_\_\_, nicht aber gegenüber den Klägern Bestand haben könnte). Allein bei der Nichtigerklärung des AUA wegen Täuschung wäre noch auf die früheren Verträge zurückzukommen, ansonsten bleibt es beim Dahinfallen dieser früheren Verträge.

f) Irrelevanz der Frage des unzulässigen konkursrechtlichen Vorrechts

Unter diesen Umständen braucht die von den Beklagten aufgeworfene Frage, ob es sich bei der fraglichen Bedingung um eine unzulässiges konkursrechtliches Vorrecht handle, nicht mehr behandelt zu werden.

5. Nichtigerklärung des AUA wegen Täuschung?

5.1. Irreführung gemäss Klägerschaft

Die Kläger machen geltend, die Beklagten hätten sie mit buchhalterischen Machenschaften und mit einer irreführenden Kommunikationspolitik über deren wahre finanzielle Situation irregeführt, die tatsächlich bestehende, katastrophale fi-

nanzielle Situation bei den Verhandlungen des Term Sheet vom 26. April 2000, der Verträge von Januar 2001 und des AU. \_\_\_\_\_ Agreement verschwiegen und nie die Absicht gehabt, diese Verträge zu erfüllen. Dies erfülle den Tatbestand von Art. 1116 CC (Klagebegründung, act. 44 S. 257 ff.).

## 5.2. Wortlaut von Art. 1116 CC

Art. 1116 CC lautet:

" Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.  
Il ne se présume pas, et doit être prouvé".

Die absichtliche Täuschung ist also ein Nichtigkeitsgrund für die Vereinbarung, wenn die praktizierten Machenschaften der einen Partei dergestalt sind, dass die andere Partei den Vertrag ohne diese Manöver nicht abgeschlossen hätte. Dies wird nicht vermutet, sondern muss bewiesen werden.

Die klägerische Version: "Wenn ein Mangel beim Vertragsschluss vorsätzlich verursacht wird mit der Absicht, die andere Partei zum Vertragsschluss zu verleiten, stellt dies eine absichtliche Täuschung ('Dol') dar und bedeutet, dass es auf Seiten des Getäuschten am Konsens fehlt." (Klagebegründung, act. 44 S. 305) entstammt einem Kommentar und ist insofern nicht ganz präzise. Wesentlich ist aber ohnehin neben dem Gesetzestext die zugehörige Literatur und Rechtsprechung.

## 5.3. Täuschungshandlung

### 5.3.1. Belgisches Recht gemäss Klägerschaft

Jede Irreführung, die im Rahmen des Abschlusses von Rechtsgeschäften begangen wird, stellt gemäss den Klägern eine absichtliche Täuschung dar. Eine einfache Lüge genüge, gleiches gelte für das Verschweigen einer Tatsache. Grundsätzlich müsse aber die absichtliche Täuschung von einer Vertragspartei verübt werden, bzw. müsse sich die Vertragspartei bei der Täuschung durch einen Dritten daran beteiligen. Diese Verübung oder Beteiligung werde nicht vermutet, son-

dem könne durch sämtliche vom Gesetz zur Verfügung stehenden Mittel nachgewiesen werden (act. 44 S. 305 f.).

#### 5.3.2. Belgisches Recht gemäss Beklagten

Die Beklagten legen Wert auf die Feststellung, dass das belgische Recht je nach Täuschung unterschiedliche Rechtsfolgen kennt. Abhängig von der Wesentlichkeit der Täuschung sei die Rechtsfolge entweder Nichtigkeit des Vertrages oder blosser Schadenersatz. Fahrlässigkeit, auch grobe Fahrlässigkeit, reiche für die Bejahung der Täuschungshandlung jedenfalls nicht aus (Klageantwort, act. 67 S. 284).

#### 5.3.3. Substanziierung gemäss Kläger

Die Kläger substantiieren die Täuschungshandlung dahingehend, die Beklagten hätten "mit buchhalterischen Machenschaften und mit einer irreführenden Kommunikationspolitik über ihre wahre finanzielle Situation" irreführt, die tatsächlich bestehende, katastrophale finanzielle Situation bei den Verhandlungen des AU.\_\_\_\_\_ Agreements verschwiegen und nie die Absicht gehabt, diese Verträge zu erfüllen (Klagebegründung, act. 44 S. 329).

#### 5.3.4. Stellungnahme der Beklagten

Die Beklagten bestreiten und verweisen auf ihre eigene Sachdarstellung (Klageantwort, act. 67 S. 286).

#### 5.3.5. Gerichtliche Beurteilung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vermischung der Vertragsabschlüsse nach dem früher Gesagten nicht angeht. Vielmehr ist aufgrund des im AUA vereinbarten Dahinfallens der früheren Verträge (zunächst) einziger Prüfgegenstand, ob beim Abschluss des AU.\_\_\_\_\_ Agreements eine Täuschung gemäss Art. 1116 CC erfolgte. Nur in diesem Fall wären überhaupt die früheren Verträge wieder von Belang und damit Gegenstand der rechtlichen Betrachtung.

Zweifellos waren die Kläger über den Zustand der Beklagten nicht vollumfänglich informiert. Die Beklagten verweisen aber zu Recht darauf, dass sie nach belgischem Recht nicht verpflichtet waren, beim Vertragsschluss über jede Tatsache von sich aus zu informieren.

Massgeblich für die Beurteilung des Abschlusses des AU. \_\_\_\_\_ Agreements – und das verkennen die Kläger, wenn sie die Verhandlungen des Term Sheet April 2000, der Januarverträge 2001 und des AUA in einen Topf werfen wollen – war der Informationsstand von 16. Juli 2001 bzw. 2. August 2001, als sich AH. \_\_\_\_\_ und eine Delegation der belgischen Regierung im Hotel AU. \_\_\_\_\_ in H. \_\_\_\_\_ trafen und das AUA im Wesentlichen aushandelten bzw. als dieses unterzeichnet wurde.

Zu diesem Zeitpunkt war der kritische Zustand der Beklagten, wie aus der Sachverhaltsschilderung hervorgeht, weitestgehend bekannt, und zwar auch in Belgien. Einerseits war die ursprüngliche Absicht, die G1. \_\_\_\_\_ alleine durch die Beklagten refinanzieren zu lassen, auf Grund der Finanzlage des D1. \_\_\_\_\_ - Konzerns revidiert worden und mussten die Kläger sich notgedrungen gemäss den Verträgen aus dem Januar 2001 ebenfalls daran beteiligen. Nachdem bereits im März 2001 in drei belgischen Zeitungen über den Verlust von über cirka CHF 2,5 Mia. der D1. \_\_\_\_\_ berichtet worden war, hatte "AJ. \_\_\_\_\_" am tt. Juni 2001 "Situation financière alarmante pour D1'. \_\_\_\_\_ Group" getitelt. Die im April 2001 publizierte Konzernrechnung wies gar einen Verlust von CHF 2,884 Mia. aus (Klageantwort, act. 67 S. 217). Im Bericht wurde ausgeführt, D1. \_\_\_\_\_ gebe auf die Frage nach Konkursgerüchten jedes Mal die selbe Antwort: "Wir kommentieren keine spekulativen Gerüchte". Der Bericht verwies zudem auf einen Leitkommentar der ... Zeitung "BC. \_\_\_\_\_" vom tt. Juni 2001 mit dem Titel: " D1'. \_\_\_\_\_ : chronique d'une morte annoncée". Im Bericht sei darauf hingewiesen worden, dass die Gruppe völlig überschuldet sei und es sich nicht mehr erlauben könne, ihre "Problem-Filialen", in diesem Fall die belgische Gesellschaft G1. \_\_\_\_\_, welche neue Liquidität beanspruchten, flottzumachen (act. 67 S. 160). Bezüglich des Berichts in AJ. \_\_\_\_\_ wenden die Kläger lediglich ein, darin seien auch positive Aspekte geschildert worden, wie die Betonung von genügenden finanziellen Mit-

keln, der Solvenz und der Verbesserung im nächsten Jahr. Ein Analyst habe es sodann für undenkbar gehalten, dass die Beklagten nicht auf erhebliche institutionelle Unterstützung zählen könnten, falls der entsprechende Zeitpunkt kommen würde. Ausserdem sei von den Beklagten stets auf die angeblich zugesagte Kreditlinie von CHF 1 Mia. verwiesen worden. Der Bericht der BC. \_\_\_\_\_ wird demgegenüber von den Klägern in keiner Weise bestritten (Replik, act. 77 S. 258 f.).

An diesem Punkt ist ebenfalls darauf hinzuweisen, dass die Parteien zumindest dahingehend einig sind, dass im Zeitraum Mai bis Juli 2001 bereits Drittinvestoren gesucht wurden.

Wenn die Parteien vor diesem Hintergrund und dem bereits eingeleiteten Prozess einen Vergleichsvertrag schlossen, dann konnte dieser nur die Meinung haben, die auf Grund der Ereignisse unrealistisch gewordenen Verpflichtungen der Beklagten mit neuformulierten, erfüllbaren Verpflichtungen an die Realität anzupassen. Die Kläger hätten ohne Weiteres, wenn dies für sie wesentlich gewesen wäre, weitere Erkundigungen über die finanzielle Situation der Beklagten einholen können. Aber das war auch ihnen in jenem Zeitpunkt offensichtlich nicht so wesentlich wie das Ziel, zur Bereinigung des vor Gericht gebrachten Streites eine Vertragslösung zu finden, welche realistische Verpflichtungen mit hoher Erfüllungswahrscheinlichkeit beinhaltete. Dies anstelle an einer Vertragslösung mit hohen Verpflichtungen, aber wenig realistischer Erfüllung festzuhalten. Vor allem aber den Streit zu beenden über die Frage, ob die Beklagten lediglich berechtigt oder verpflichtet seien, ihren Aktienanteil auf 85% zu erhöhen sowie, ob und in welcher Form sich die Beklagten zur Gewährleistung der Liquidität der G1. \_\_\_\_\_ verpflichtet hatten. Dies kommt denn auch zum Ausdruck in den

" WHEREAS lit. G:

the Parties wish to put an end to the uncertainties created by disputes and legal actions over the scope of certain contractual and other commitments, although none of the Parties acknowledges any commitment or responsibility in respect thereof" (act. 45/51 S. 2)

Die Parteien wollten also den durch Diskussionen und rechtliche Schritte hervorgerufenen Unsicherheiten bezüglich gewisser vertraglicher und anderer Verbind-

lichkeiten ein Ende setzen, auch wenn keine der Parteien eine Verpflichtung oder Verantwortlichkeit einräumt. Eine (absichtliche) Täuschung bezüglich des finanziellen Zustandes muss unter den gegebenen Verhältnissen verneint werden.

Was die Informationen AH.\_\_\_\_s über den Milliardenkredit anbelangt, so hat der Strafprozess lediglich ein "fahrlässiges, zivilrechtlich einklagbares Verhalten" (einstweilen, das Urteil ist diesbezüglich noch nicht rechtskräftig) festgestellt, weil wahrheitswidrig suggeriert worden sei, der Kredit sei bereits verfügbar. Der Vorsatz einer Täuschung wurde hingegen nicht bewiesen (AK.\_\_\_\_ vom tt. November 2009).

Nach der diesbezüglich massgebenden schweizerischen Börsengesetzgebung (Ad hoc Publizitätsregeln) sind zwar Tatsachen von "erheblicher Kursrelevanz" sofort zu veröffentlichen, sofern sie der Unternehmung bekannt sind. Doch trägt die Börsengesetzgebung der schwierigen Situation eines Unternehmens in der Krise dennoch Rechnung, indem sie als Ausnahme den Aufschub von Informationen toleriert, wenn die sofortige Publikation eines Firmenplans (wie zum Beispiel eine Fusion oder ein Teilverkauf) geeignet ist, dem Unternehmen zu schaden. Ein Rettungspaket darf unter dieser Voraussetzung geheim gehalten werden.

#### 5.4. Absicht

Eine solche Absicht, beim Getäuschten einen Irrtum hervorzurufen, so die Kläger knapp, muss vorhanden sein (Klagebegründung, act. 44 S. 306).

Die Beklagten bestreiten eine solche Absicht und führen zudem aus, die Kläger hätten die vom belgischen Recht geforderte Bösgläubigkeit nicht nachgewiesen (Klageantwort, act. 67 S. 218). Die Kläger kontern, als innere Tatsache könne die Täuschungsabsicht nur mit Indizien nachgewiesen werden. Immerhin ergebe sich diese auch aus einem Verwaltungsratsprotokoll vom 20. August 2001. Aus diesem sei ersichtlich, dass der VR der D1.\_\_\_\_ entschieden hatte, die G1.\_\_\_\_-Beteiligung von 49,9% umgehend – und in diametralem Widerspruch zum AUA – zu deinvestieren bzw. weiter zu reduzieren (Replik, act. 77 S. 320). Abgesehen davon, dass dieser Zeitpunkt nach dem Entscheidenden liegt, handelt es sich dabei

um eine Absichtserklärung, welche mit dem Ziel des kontrollierten Ausstiegs in Übereinstimmung steht und nicht gegen die Erfüllungsbereitschaft der Beklagten bezüglich des AUA spricht.

Es ist allgemein bekannt, dass der auf Seiten der Beklagten die Verhandlungen über das AUA führende AH. \_\_\_\_\_ wie ein Löwe um das Überleben der Beklagten kämpfte. Was den von den Klägern monierten fehlenden Erfüllungswillen angeht, so lässt sich dies ausschliessen, ist doch allgemein bekannt, dass die Organe von D1. \_\_\_\_\_ und D2. \_\_\_\_\_ – allenfalls ungeschickt aber doch mit allen Mitteln – um das Überleben der beiden Gesellschaften kämpften und insbesondere auch mit Hilfe der schweizerischen Eidgenossenschaft die Erfüllung der Verpflichtungen sichern wollten. Wie die Kläger selber einbrachten, durften die Beklagten im Moment des Abschlusses des AUA noch davon ausgehen, dass sie schlimmstenfalls mit Hilfe der Eidgenossenschaft rechnen konnten, wurde doch damals noch – was gerichtsnotorisch ist – sowohl in Belgien als auch in der Schweiz der Betrieb einer nationalen Fluglinie teils aus nationalökonomischen, teils aus Prestige Gründen als von sehr hohem Interesse angesehen.

#### 5.5. Irrtum auf Seiten des Geschädigten und Kausalität für den Vertragsabschluss

Grundlage für eine Nichtigkeit ist auch gemäss den Klägern nur gegeben, wenn der Vertragspartner den Vertrag ohne die Täuschung nicht abgeschlossen hätte. Die Täuschung muss also für den Vertragsabschluss ausschlaggebend gewesen sein. Allenfalls ist Schadenersatz geschuldet, wenn der Vertrag anders abgeschlossen worden wäre. Der absichtlich Täuschende könne nicht einwenden, der Getäuschte habe unvorsichtig oder gar fahrlässig gehandelt bzw. solche Unvorsicht oder Fahrlässigkeit mache die Täuschung nicht entschuldbar und dispensiere nicht von der Leistung von Schadenersatz (Klagebegründung, act. 44 S. 306).

Aus einem von den Klägern selber eingereichten Artikel des AJ. \_\_\_\_\_ vom tt. Juni 2001 ergibt sich, dass Minister AL. \_\_\_\_\_ bereits damals die Frage nach einer Liquidation der G1. \_\_\_\_\_ ablehnte mit der Bemerkung, dies sei kein Szenario. Weiter heisst es aber:

" En vérité, le gouvernement n'écarte pas du tout l'idée d'une liquidation ou en tout cas d'un concordat, et c'est bien pour cela que la pression monte de plus en plus au cabinet de AL. \_\_\_\_\_ " (act. 45/37 S. 1)

In Tat und Wahrheit lehnt die Regierung also die Idee einer Liquidation oder einer Nachlassstundung keineswegs ab und dies ist auch der Grund, warum der Druck auf das Kabinett AL. \_\_\_\_\_ ständig zunimmt. Mit anderen Worten wurde offensichtlich bei der Klägerschaft schon rund sechs Wochen vor der Unterzeichnung des AUA die Alternative Liquidation der G1. \_\_\_\_\_ in Belgien öffentlich debattiert.

Unter den gegebenen Umständen kann ausgeschlossen werden, dass die Kläger das AU. \_\_\_\_\_ Agreement nicht abgeschlossen hätten, wenn sie im Juli / August 2001 (noch) genauer um den finanziellen Zustand der Beklagten gewusst hätten. Vielmehr war der Zustand der G1. \_\_\_\_\_ bereits zu jenem Zeitpunkt so, dass bewusst die einzig mögliche Rettungsalternative einer relativ schnellen (Übergangs-) Kapitalisierung durch die Beklagten bis zum Einstieg des für den weiteren Horizont neu zu findenden Investors (allenfalls mit Liquidationslösung) gewählt wurde.

#### 5.6. Schlussfolgerung bezüglich Nichtigerklärung AUA zufolge absichtlicher Täuschung

Nach dem Gesagten kommt eine Nichtigerklärung des AUA wegen massgeblicher Täuschung und Absicht nicht in Betracht. Damit bleibt es beim Dahinfallen der Verträge von 1995 und Januar 2001. Folglich ist nur noch die Variante Schadenersatz in Bezug auf die Nichterfüllung des AUA in Betracht zu ziehen, wie sie die Kläger subeventuell geltend machen.

### 6. Schadenersatz wegen Nichterfüllung des AUA

#### 6.1. Gemäss Klägern

Die Kläger stützten ihren diesbezüglich Anspruch in ihrer "Eventualbegründung 1" resp. Subsubeventualbegründung auf Art. 1146 ff. CC. Schadenersatz ist gemäss diesen Bestimmungen geschuldet, wenn der Schuldner verschuldeterweise nicht erfüllt und deswegen ein kausal damit zusammenhängender Schaden eintritt. Die Nichterfüllung könne nach belgischem Recht darin liegen, dass eine Vertragspar-

tei ihre Vertragspflichten nicht, nicht vollständig, nicht rechtzeitig oder schlecht erfülle (Klagebegründung, act. 44 S. 307 und Replik, act. 77 Anhang C).

Auf die Ausführungen zu Schaden, Verschulden und Kausalzusammenhang wird zurückzukommen sein.

## 6.2. Gemäss Beklagten

Die Beklagten bestreiten zunächst grundsätzlich eine Nichterfüllung des AU. \_\_\_\_\_ Agreements, wie auch Schaden, Verschulden und Kausalzusammenhang (Klageantwort, act. 67 S. 219 ff.). Weiter führen sie zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung vertraglicher Pflichten in allgemeiner Hinsicht aus, dieser berechne sich nach den Art. 1149-1151 CC. Die Ausführungen der Kläger zum immateriellen Schaden und zum eigenen Schaden des belgischen Staates seien nicht relevant, weil diesem im fraglichen Zusammenhang kein Rechtsschutzinteresse zukomme und er daher keine Ansprüche geltend machen könne (Klageantwort, act. 67 S. 284). Dass auch die nicht rechtzeitige Erfüllung eine Vertragsverletzung darstellt, bestreiten sie allerdings zu Recht nicht konkret.

Wiederum werden die Ausführungen zu Verschulden und Kausalzusammenhang soweit erforderlich in der gerichtlichen Beurteilung abgehandelt.

## 6.3. Gerichtliche Beurteilung

### 6.3.1. Wortlaut von Art. 1146 und Art. 1147 CC

Die Grundlage des von den Klägern verlangten Schadenersatzes lautet:

Art. 1146 CC:

" Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer."

Art. 1147 CC:

" Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."

Vorausgesetzt für einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung – so auch die Kläger zusammenfassend – ist also eine Nichterfüllung, ein Schaden, ein Verschulden und ein Kausalzusammenhang (Klagebegründung, act. 44 S. 307).

### 6.3.2. Nichterfüllung

Diese liegt – entgegen den Beklagten, welche eine solche generell bestreiten – in der jedenfalls zu späten Erfüllung (mittels Kollokation des entsprechenden Betrages) sowie allenfalls auch noch in einem gewissen Fehlverhalten beim Vertragsabschluss, welches aber aus vor- und nachstehenden Gründen offen bleiben kann.

### 6.3.3. Verschulden

Diesbezüglich führen die Kläger an, bei der vertraglichen Haftung wegen Nichterfüllung sei ein Verschulden immer dann gegeben, wenn keine Fremdersache ("cause étrangère") vorliege (Klagebegründung, act. 44 S. 317 und S. 333). Falls die von den Liquidatoren behaupteten schweizerischen Rechtsnormen einer Zahlung des vertraglich vereinbarten Betrages von EUR 258 Mio. tatsächlich entgegengestanden hätten, wäre einzig nach belgischem Recht zu beurteilen, ob diese ein Verschulden der Beklagten ausschliessen könnten. Die Voraussetzungen der Fremdersache ("cause étrangère") bzw. der "force majeure" in Form des Hoheitsaktes ("fait du prince") seien entgegen der Verfügung der Liquidatoren nicht gegeben (act. 44 S. 340).

Die Beklagten machen wie bereits erwähnt geltend, die zwingend anwendbaren schweizerischen Rechtsnormen stellten einen Fall der "force majeure" bzw. des darunter zu subsumierenden "fait du prince" dar (Klageantwort, act. 67 S. 288 und S. 205 f.) bzw. es sei in diesem Punkt zwingend schweizerisches Recht anwendbar (act. 67 S. 41 ff.).

Es wurde bereits einleitend dargetan, dass eine Beurteilung des Verschuldens nach belgischem Recht keinen Sinn macht, wenn dieser Beurteilung dann im Nachhinein im Rahmen von Art. 17 und 18 IPRG die Anerkennung versagt werden muss. Ebenfalls wurde abgehandelt, dass die Nichtzahlung am 3. Oktober 2001, also zwei Tage nach öffentlicher Ankündigung, einen Tag vor Einreichung des Gesuches und zwei Tage vor Anordnung der provisorischen Nachlassstundung den Beklagten im Rahmen des daraus resultierenden Kollokationsverfahrens keinesfalls zum Verschulden gereichen kann, sondern im Gegenteil die zivilrechtlich verbotene Gläubigerbevorzugung mit grösster Wahrscheinlichkeit zu strafrechtlichen Konsequenzen nach Art. 168 StGB geführt hätte.

Die kollokationsweise Zusprechung von Schadenersatz an die Kläger scheitert mithin schon an einem Verschulden der Beklagten.

#### 6.3.4. Schaden

##### a) Klägerische Ausführungen zum belgischen Recht

Grundsätzlich besteht der Schaden gemäss den Klägern in der Verminderung des Vermögens gemäss der Differenztheorie. Dieser muss bestimmt, tatsächlich und ein eigener sein, sei er nun materieller oder immaterieller Natur. Ersatzfähig seien sowohl entstandener Schaden als auch entgangener Gewinn, was sich aus Art. 1149 CC ergebe.

Die Kläger unterscheiden in der Folge materiellen und immateriellen Schaden. Der Geschädigte müsse so gestellt werden, wie wenn die Verletzungshandlungen nie begangen worden wären, das Opfer dürfe keinerlei Verlust erleiden. Der Geschädigte werde dabei nicht wie bei Anwendung von Art. 1184 CC in die Situation unmittelbar vor dem Abschluss des Vertrages versetzt, sondern in jene, in der er sich befinden würde, wenn die Verletzungshandlungen nicht stattgefunden hätten. Folglich sei das Vermögen des Geschädigten nach der Verletzungshandlung zu vergleichen mit jenem, das er ohne Verletzungshandlung gehabt hätte.

Als Imageschaden werde juristischen Personen des öffentlichen Rechts von den Gerichten oft nur ein symbolischer Euro als Ersatz für den aufgrund einer Verletzung ihres Rufs erlittenen immateriellen Schaden zugesprochen.

Zum Erfordernis der Bestimmtheit des Schadens betonen die Kläger, ein bestimmter Schaden könne pauschal entschädigt werden, wenn es unmöglich sei, diesen konkret zu bestimmen.

Die "perte d'une chance" umfasse nicht nur den sicheren Verlust eines erhofften Gewinns oder Profits, sondern auch den Verlust der Möglichkeit, einen Schaden zu vermeiden, sofern sie reell sowie ernsthaft und nicht nur theoretischer Natur sei. Bei dessen Berechnung sei die Wahrscheinlichkeit eines positiven Ausgangs im Zeitpunkt des Verlusts mit dem Wert des verlorenen Vorteils oder des am Ende vorhandenen Schadens zu multiplizieren. Liefere das Opfer nicht genügend Hinweise zur Ermittlung des Werts der "perte d'une chance", so spreche der Richter den Schadenersatz ex aequo et bono zu.

Entschädigt werde gegenwärtiger Schaden, ebenso künftiger, wenn er im Zeitpunkt der Anspruchserhebung angelegt und bestimmbar sei.

Es spiele keine Rolle, dass der Staat Belgien als Staatsgewalt handle, wofür die Kläger Urteile zur Haftbarkeit des Staates anführen. Daraus schliessen sie, es müsse das Umgekehrte ebenfalls gelten. Der Staat, der sowohl als Subjekt des Privatrechts als auch als solches des öffentlichen Rechts handle, könne einen persönlichen Schaden erleiden. Eine dabei erlittene materielle oder immaterielle Verletzung sei anderer Natur als eine durch einen Rechtsverstoss verursachte Verletzung der politischen Rechte des Staates. Als Verletzung des Privatrechts gebe sie Anlass zur Zusprechung von Schadenersatz. Der Cour de Cassation habe wiederholt zugelassen, dass der Staat Ersatz eines in der Schmälerung seines Vermögens bestehenden materiellen Schadens gefordert habe, obwohl er diesen Schaden in Ausübung seiner öffentlich-rechtlichen Funktion erlitten hätte. Ebenso könne der Staat auch Ersatz für den immateriellen Schaden, der ihm zugefügt worden sei aufgrund einer Verletzung seiner Ehre, seines Ansehens im In- und Ausland, seiner Sicherheit oder seiner Unabhängigkeit verlangen.

Gemäss Art. 1150 CC sei nur der voraussehbare oder vorhersehbare Schaden ersatzfähig, wobei sich die Vorhersehbarkeit gemäss Praxis der Cour de Cassation auf den Eintritt des Schadens und nicht dessen Ausmass beziehen müsse. Bei Täuschung – im Gegensatz zur reinen Fahrlässigkeit – gelte die Beschränkung der Vorhersehbarkeit nicht.

Die Beschränkung des Art. 1151 CC auf die direkte Folge ("suite immédiate et directe") werde vom Kassationshof dahingehend verstanden, dass der Schaden notwendige Folge der Nichterfüllung des Vertrags sei, weshalb nicht ausgeschlossen sei, dass sowohl der direkte als auch der indirekte (Folge-) Schaden geltend gemacht werden könne. Erforderlich sei lediglich ein Kausalzusammenhang zwischen Nichterfüllung und Schaden (Klagebegründung, act. 44 S. 308 ff. mit umfangreichen Zitaten).

#### b) Beklagtische Ausführungen zum belgischen Recht

Die Beklagten entgegnen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen berechne sich nach den allgemeinen Regeln zur Vertragsverletzung und Schadensberechnung gemäss Art. 1149-1151 CC. Entgegen den klägerischen Ausführungen gälten diese Grundsätze auch für die Berechnung des ergänzenden Schadenersatzes bei der Vertragsauflösung (Klageantwort, act. 67 S. 284). Der Gläubiger müsse das Bestehen und den Umfang seines angeblichen Schadens beweisen und den geforderten Betrag rechtfertigen. Gemäss Art. 1149 CC könne der Gläubiger für den entstandenen Schaden und für den entgangenen Gewinn entschädigt werden. Unter Vorbehalt der Regelung in Art. 1150 und 1151 CC sei der Gläubiger voll zu entschädigen. Diese Grundsätze fänden auch auf den ergänzenden Schadenersatz im Falle der Auflösung eines synallagmatischen Vertrages Anwendung (act. 67 S. 210 unter Berufung auf Art. 1184 CC mit Zitaten der belgischen Rechtsprechung). Nur der voraussehbare Schaden ("dommage prévisible") könne entgolten werden. Dieser umfasse den Schaden, der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorausgesehen worden sei oder hätte vorausgesehen werden können. Zudem müsse der Schaden gemäss Art. 1150 CC eine unmittelbare und direkte Folge der Nichterfüllung des Vertrages sein (Ebenda).

Die Grundsätze eines ersatzfähigen Schadens seien die folgenden: Der Schaden ergebe sich aus dem Vergleich zwischen der Vermögenslage des Opfers nach der Vertragsverletzung einerseits und der (vermutlichen) Vermögenslage des Opfers ohne Vertragsverletzung andererseits. Laut der belgischen Cour de Cassation solle die Entschädigung den Geschädigten in dieselbe Situation versetzen, in der er gewesen wäre, wenn die Vertragsverletzung nicht begangen worden wäre. Um den ersatzfähigen Schaden zu eruieren, müsse somit das Vermögen des Opfers vor und nach der behaupteten Vertragsverletzung verglichen werden. Der Schaden müsse gewiss sein. Das Vermögen des Opfers sei vor und nach der Vertragsverletzung zu vergleichen, wobei dieses nachträgliche Vermögen in concreto beurteilt werden müsse. Jede pauschale oder abstrakte Schätzung sei verboten. Stelle der Richter fest, dass sich das Opfer auch ohne Schadensursache in derselben Lage befunden hätte, müsse er zum Schluss kommen, dass kein Schaden gegeben sei. Der Schaden müsse aktuell und persönlich sein. Ein Schadenersatzanspruch müsse gerechtfertigt ("légitime") sein. Wenn der beantragte Schaden nicht alle diese kumulativen Voraussetzungen erfülle, sei er nicht ersatzfähig. Dementsprechend sei der Ersatzanspruch eines solchen Schadens unbegründet (Klageantwort, act. 67 S. 210 f. mit Zitaten).

c) Die Schadenspositionen im Zusammenhang mit den Januarverträgen 2001

Diese sind schon darum nicht ersatzpflichtig, weil diesbezüglich nach dem oben Gesagten gemäss AUA vom vertraglichen Dahinfallen der Januarverträge 2001 auszugehen ist.

d) Unnütze Ausgaben August 2001

Dabei geht es um Anwalts- und Beratungskosten im Zusammenhang mit dem AUA (im Betrag von gesamthaft EUR 892'920.45 bzw. CHF 1'374'115.28; Klagebegründung, act. 44 S. 273 und S. 275). Die Beklagten machen geltend, diese könnten im Rahmen der Rückabwicklung wegen Vertragsauflösung zufolge Nichterfüllung nicht geltend gemacht werden, weil sie nicht zum "pristin état" gehörten (act. 67 S. 208).

Im Rahmen der hier abzuwickelnden Erfüllung des Vertrages haben diese Kosten aber ohnehin keine Berechtigung zum Ersatz, sind doch die Kläger so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. In diesem Falle aber wären ihnen die Anwaltskosten ebenfalls zur Tragung verblieben.

e) Kosten des Sozialplans

Bezüglich der Tragung eines Teils dieser Kosten machen die Beklagten in Bezug auf den Kläger 1 geltend, dieser habe gar kein zivilrechtliches Eigeninteresse, weil kein ziviles Recht des Staates verletzt worden sei, sondern allenfalls dessen Rechte in seiner Eigenschaft als politisches Organ. Als öffentlich-rechtliche Körperschaft könne der belgische Staat somit keine auf zivilrechtlichen Grundsätzen basierenden Ansprüche geltend machen (Klageantwort, act. 67 S. 196 f.). Die Kläger führen dagegen an, das Rechtsschutzinteresse richte sich vorliegend nach dem anwendbaren Prozessrecht, also nach Schweizer Recht bzw. nach der ZPO des Kantons Zürich (Replik, act. 77 S. 299).

Weil gemäss unbestrittener Behauptung der Beklagten die Massnahmen erst durch den Erlass eines entsprechenden Gesetzes (Art. 166 der "loi programme" vom 30. Dezember 2001) und eines entsprechenden königlichen Beschlusses möglich wurden ("arrêté royal" vom 13. März 2002, act. 67 S. 197; die Bestreitung in act. 77 S. 301 f. ist ungenügend), fehle es bezüglich eines Schadens bei den Klägern auch an der Vorhersehbarkeit.

Die Bestreitung eines öffentlichen Interesses durch die Kläger erfolgt unsubstanziert (act. 77 S. 301 f.). Entsprechend ist das Rechtsschutzinteresse des Klägers 1 gestützt auf § 51 ZPO/ZH zu verneinen, stützt dieser doch seinen Anspruch auf Art. 1154 CC und damit auf privatrechtliche Regeln.

Neben den von Belgien in den Sozialplan eingebrachten EUR 25 Mio. wurde AB.\_\_\_\_\_ mit königlichen Beschlüssen beauftragt, insgesamt EUR 60 Mio. in den entsprechenden Fond einzubringen (Klagebegründung, act. 44 S. 274). Diesbezüglich machen die Beklagten (abgesehen von der Bestreitung des Kausalzusammenhangs, siehe dazu unten) geltend, die entsprechenden Kosten stellten

ebenfalls keinen Schaden dar, da diese auf Grund einer freiwilligen Zahlung bzw. eines nachträglich speziell für diesen Fall geschaffenen Erlasses entstanden seien (act. 67 S. 222).

In der Tat muss der für den Sozialplan geltend gemachte Schaden als nach den allgemeinen Grundsätzen nicht ersatzfähig taxiert werden. Wenn nämlich die entsprechende Rechtsgrundlage erst geschaffen werden musste (was unbestritten blieb in act. 77 S. 301 f.), so war ein solcher Schaden für die Beklagten nicht voraussehbar, wie es Art. 1150 CC mit "dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir " verlangt.

f) Miete eines Flugsimulators

Für diese etwas weniger gewichtigen Kosten zugunsten der Weiterbildung der Piloten mit EUR 189'628 bzw. CHF 291'818.98 (Klagebegründung, act. 44 S. 268) gilt das Gleiche. Diese sind unter den nämlichen Aspekten wie die Kosten des Sozialplans nicht ersatzfähig.

g) "perte d'une chance"

Schliesslich machen die Kläger bzw. Kläger 1 unter dem Titel "perte d'une chance" den symbolischen Betrag von EUR 1, entsprechend CHF 1.54 geltend. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Beklagten für den Verlust der Investitionen des belgischen Staates verantwortlich seien. In Tat und Wahrheit sei der erlittene Schaden weit grösser. Alleine in den Jahren 1991 und 1992 hätten die Investitionen direkt durch den Staat Belgien oder indirekt durch von diesen gehaltene Gesellschaften rund EUR 872'585'200 ausgemacht. Es gehe aber nicht um den Verlust der Investitionen, sondern lediglich um den Verlust der Gelegenheit, die getätigten Investitionen zu retten (Klagebegründung, act. 44 S. 269 f.).

Die Beklagten bestreiten, dass Belgien bei rechtzeitiger Kenntnis der finanziellen Schwierigkeiten die G1.\_\_\_\_\_ und damit die getätigten Investitionen hätte retten können. Vielmehr habe sie diese bewusst fallen gelassen und in die Nachfolgesellschaft G3.\_\_\_\_\_ investiert. Im Übrigen sei G1.\_\_\_\_\_ schon vor dem Einstieg der Beklagten kurz vor dem Konkurs gestanden (Klageantwort, act. 67 S.

277, unter Verweis auf die S. 60 geltend gemachten Verluste G1.\_\_\_\_s). Die Kläger machen geltend, G1.\_\_\_\_ sei erst in Konkurs gegangen, als dieser unvermeidlich gewesen sei (Replik, act. 77 S. 375). Darauf ist unten zurückzukommen. Die Verluste G1.\_\_\_\_s vor dem Einstieg der Beklagten werden von den Klägern unsubstantiiert bestritten (act. 77 S. 152 f.). Angesichts der von den Beklagten für jedes Jahr einzeln aufgeführten Zahlen hätte eine substantiierte Bestreitung konkrete Gegenbehauptungen für die einzelnen Jahresergebnisse enthalten müssen, welche die Kläger als Hauptaktionäre der G1.\_\_\_\_ ohne Weiteres hätten produzieren können. Mithin ist von den seitens der Beklagten geltend gemachten erheblichen Verlusten G1.\_\_\_\_s auszugehen, welche entgegen der Meinung der Kläger unter dem Titel "perte d'une chance", aber auch bei der Frage der Konkursursache, sehr wohl eine Rolle spielen. Denn wo keine Chance besteht, getätigte Investitionen zu retten, kann dieser Chance auch nicht verlustig gegangen werden. Die Beklagten führen in der Klageantwort sämtliche Nettojahresergebnisse der G1.\_\_\_\_ zwischen 1961 und 1995 auf. Mit Ausnahme der Jahre 1983 bis 1989 und des Jahres 1991 sind sie alle negativ, 1990 etwa mit BEF 7,4 Mia. und 1993 mit BEF 4,5 Mia. Total resultieren über die 35 Jahre Verluste von BEF 43 Mia., entsprechend rund CHF 1'720 Mio. (Klageantwort, act. 67 S. 60). Sie führen weiter aus, auch in den Jahren 1983 bis 1989 sowie 1991 wären die Resultate negativ gewesen, wenn sie auf Gruppenstufe konsolidiert worden wären (Ebenda, S. 61).

Auf Grund des oben Gesagten zum Charakter des AUA als Vergleichsvertrag mit Aufhebung aller früheren Verträge kommt aber ohnehin eine Abgeltung von noch früheren Investitionen nicht in Frage. Mithin muss nicht geprüft werden, ob diese Investitionen beim Einstieg der Beklagten überhaupt noch vorhanden waren.

#### h) Imageschaden

Der Kläger 1 macht zudem einen Imageschaden von EUR 1 bzw. CHF 1.54 geltend. Die diesem Verfahren zu Grunde liegenden Geschehnisse seien in den internationalen Medien breit geschlagen und der Staat Belgien mit massiven Vorwürfen konfrontiert worden, wie er habe sich manipulieren lassen und sei nicht in

der Lage gewesen, den Niedergang der nationalen Airline zu verhindern. Dafür seien die Beklagten verantwortlich (Klagebegründung, act. 44 S. 271).

Die Beklagten verneinen unter Verweis auf Art. 17 des belgischen Code Judiciaire ("L'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former") ein Rechtsschutzinteresse des belgischen Staates, da sich dieser auf ein Gemeininteresse stütze. Unter Berufung auf den belgischen Staatsanwalt führen sie aus, die Ehre des belgischen Staates stütze sich nicht auf Zivilrecht (act. 67 S. 197). Ausserdem bezeichnen sie den Imageschaden des belgischen Staates als unsubstantiiert und bestreiten ihn (act. 67 S. 277). Zu Letzterem nehmen die Kläger in der Replik gar nicht mehr Stellung (Replik, act. 77 S. 375).

Der Ansicht der Beklagten ist zu folgen. Das Image des belgischen Staates stützt sich primär auf öffentliches Recht. Davon ein finanzwertes zivilrechtliches Image abzuspalten erscheint als spitzfindig und rechtlich nicht zulässig. Wenn der Kläger 1 aus der Rechtsprechung des belgischen Kassationshofes zu den juristischen Personen (Klagebegründung, act. 44 S. 309 f.) etwas anderes ableiten will, so vernachlässigt er den entscheidenden Aspekt des Gemeinwohls.

### 6.3.5. Kausalzusammenhang

#### a) Bedeutung

Nachdem ein Verschulden der Beklagten verneint und die geltend gemachten Schadenspositionen allesamt als nicht geschuldet taxiert werden mussten, kommt der Prüfung der Kausalität nur noch als allfällige dritte selbständige Alternativbegründung Bedeutung zu.

Im Gegensatz zu den Parallelprozessen G1. \_\_\_\_\_ gegen die Beklagte 1 und gegen die Beklagte 2 geht es vorliegend allerdings nicht um den Konkurschaden und damit nicht um die Kausalität der Nichtzahlung zum Eintritt des Konkurses und diesem Schaden, sondern um die Kausalität zwischen Nichtzahlung der Beklagten und den oben geltend gemachten Schäden. Dennoch ist – da die oben geltend gemachten und behandelten Schäden zumindest zum Teil mit dem Kon-

kurs im Zusammenhang stehen – insofern auch die Frage der Konkursursache von Bedeutung.

b) Belgisches Recht der Kausalität gemäss Klägern

Das belgische Recht setze im Gegensatz zum Schweizer Recht nicht voraus, dass der Kausalzusammenhang adäquat sei. Vielmehr werde der Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten und dem eingetretenen Schaden nach der Äquivalenztheorie beurteilt. Jede Bedingung, jedes Tatbestandselement oder jeder Umstand, ohne die der Schaden nicht so, wie er konkret eingetreten sei, entstanden wäre, sei als Ursache des gesamten Schadens anzusehen. Eine Mehrheit von Schadensursachen entbinde nicht vom Ersatz des ganzen Schadens (act. 44 S. 314).

Eine Ausnahme im Sinne einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs sei nur gegeben, wenn ein eigener juristischer Rechtsgrund wie etwa eine obligatorische oder gesetzliche Verpflichtung zwischen die schädigende Handlung und den Schaden trete und dieser für sich allein ausreiche, um eine Haftung entstehen zu lassen (Klagebegründung, act. 44 S. 315 mit weiteren Details).

Hat der Geschädigte ebenfalls eine Vertragsverletzung begangen, so finde in der Praxis eine Aufteilung der Haftung zwischen Schädiger und Geschädigtem statt. Die Reduktion des dem Geschädigten zu bezahlenden Schadenersatzes sei ausgeschlossen, wenn eine Vorsatztat vorliege (act. 44 S. 316).

Gemäss dem Cour de Cassation sei ein Schaden unter dem Titel "perte d'une chance" zu ersetzen, wenn die schädigende Handlung *conditio sine qua non* gemäss belgischer Äquivalenztheorie gewesen sei (act. 44 S. 317).

c) Belgisches Recht der Kausalität gemäss Beklagten

Die Beklagten entgegnen darauf, im belgischen Recht sei die "*conditio sine qua non*"-Formel für die Frage des Kausalzusammenhangs anzuwenden. Nur wenn sich ergebe, dass ohne das schädigende Ereignis auch der Schaden selbst wegfallen würde, könne ein Kausalzusammenhang bejaht werden. Komme der Rich-

ter zum Schluss, dass der Schaden ohne die geltend gemachte Nichterfüllung eingetreten wäre, so sei der Kausalzusammenhang zu verneinen (Klageantwort, act. 67 S. 284 f.).

Die Kläger bestreiten diese Darstellung (Replik, act. 77 S. 379 und S. 315), doch erweist sich die Bestreitung als unsubstantiiert. Im wesentlichen Punkt, wonach es sich bei der fraglichen Tatsache um eine *conditio sine qua non* handeln muss, sind sich die Parteien jedenfalls einig.

#### d) Gerichtliche Beurteilung

##### 1) Beweislast

Die Beweislast für die Frage der Kausalität zwischen Verschulden und geltend gemachtem Schaden liegt auch nach belgischem Recht bei der Partei, die den Schaden geltend macht (Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Bruxelles, P.U.B., 1998-1999, T. III, S. 1985/643 = act. 50/18 in Proz. Nr. FB060046). Die Klägerschaft konzidiert die Anwendbarkeit der Äquivalenztheorie. Wie weiter oben aufgezeigt wurde bzw. zum Teil weiter unten noch aufgezeigt wird, ist aus rechtlichen Gründen davon auszugehen, dass die Kläger nur die Erfüllung des AU.\_\_\_\_ Agreements (AUA), nicht aber zusätzlich diejenige der Januarverträge 2001 verlangen kann. Die (hypothetische) Frage lautet demnach, ob bei vertragsgemässer Zahlung (gemäss AUA) der Beklagten dennoch der Konkurs G1.\_\_\_\_s bzw. die hier geltend gemachten Schäden der Klägerschaft resultiert hätten. Oder anders (nämlich die Beweislast einbeziehend) formuliert: Die Klägerschaft hat zu beweisen, dass bei vertragsgemässer Zahlung (gemäss AUA) der Konkurs bzw. die von ihr unabhängig vom oder im Zusammenhang mit dem Konkurs geltend gemachten Schäden nicht entstanden wären.

##### 2) Entscheidende Fragehypothese

Die entscheidende Frage im Rahmen der Äquivalenzprüfung ist nach dem oben Gesagten, ob der Verwaltungsrat der G1.\_\_\_\_ bzw. die Klägerschaft ebenfalls auf Stundung bzw. Konkurs entschieden hätte, wenn sie mit der Zahlung von EUR 132 Mio. per 3. Oktober 2001 (und den späteren weiteren vertraglichen Zah-

lungen von drei Mal EUR 42 Mio., total EUR 126 Mio., insgesamt EUR 258 Mio.) hätte rechnen können bzw. diese Zahlung erfolgt wäre. Auch wenn davon auszugehen ist, dass G1.\_\_\_\_\_ aufgrund der vorgehenden Äusserungen AH.\_\_\_\_\_s mit der Nichtleistung der vereinbarten Zahlungen des D1.\_\_\_\_\_ -Konzerns rechnen musste, so erscheint es doch fraglich, ob dies für den Entscheid auf Konkurs massgebend war.

Die Kläger wären also – würde die Nichtzahlung der Beklagten als verschuldet und die geltend gemachten Schäden als gegeben und ersatzberechtigt gewertet – beweispflichtig dafür, dass in diesem Fall nicht auf Stundung bzw. Konkurs entschieden worden wäre.

### 3) Belgisches Konkursrecht

Um zu entscheiden, ob der am 7. November 2001 ausgesprochene Konkurs Folge des Verhaltens der Beklagten im Sinne einer *conditio sine qua non* war, ist das Wesen des Konkurses gemäss belgischem Recht in Betracht zu ziehen:

Gemäss Art. 2 Abs. 1 des belgischen Konkursgesetzes ist neben der Kreditwürdigkeit die Zahlungseinstellung von wesentlicher Bedeutung. Die Einstellung aller Zahlungen ist dabei nicht erforderlich, sondern eine Einstellung der wesentlichen Zahlungen gemäss Klägerschaft genügend. Allerdings müssen die beiden Voraussetzungen kumulativ gegeben sein, also gleichzeitig der Verlust der Kreditwürdigkeit. "Ein Schuldner, der kein Vertrauen seiner Gläubiger mehr geniesst, aber weiterhin seine Ausstände begleicht, ist nicht konkurs". Die umgekehrte Hypothese, wonach ein Schuldner seine Zahlungen einstellt, obwohl seine Kreditwürdigkeit unangetastet ist, sei "theoretischer Natur" (Replik, act. 77 S. 279).

Das Konkursverfahren kann vom Handelsgericht entweder auf Antrag (Geständnis) des betreffenden Schuldners oder auf Ladung eines oder mehrerer Gläubiger, der Staatsanwaltschaft, des vom Gericht bestimmten vorläufigen Verwalters oder eines Konkursverwalters im Falle eines internationalen Partikularverfahrens in der europäischen Union eröffnet werden (Art. 6 Konkursgesetz). Das Gericht

kann das Konkursverfahren nicht mehr von Amtes wegen eröffnen. Das sogenannte Geständnis des Kaufmanns bzw. der Handelsgesellschaft gemäss Art. 9 des belgischen Konkursgesetzes muss erst binnen einem Monat nach Zahlungseinstellung beim zuständigen Gericht abgegeben werden. Gemäss Art. 10 Konkursgesetz fügt der Schuldner seinem Antrag eine Bilanz, die Bücher, das Personalregister und ein Verzeichnis mit Namen und Anschriften von Kunden und Lieferanten bei. Das Datum der Zahlungseinstellung wird vom Gericht im Konkursurkenntnis festgelegt, kann bis zu sechs Monaten vor dem Konkursurkenntnis liegen (!) und ist für sechs Monate ab dem Konkursurkenntnis auch noch veränderlich (vgl. Art. 12 Konkursgesetz; eine inoffizielle konsolidierte deutsche Übersetzung kann auf dem Stand der Gesetzesänderungen vom 18. Juli 2008 als Microsoft-Word-Datei von der Homepage der "Zentralen Dienststelle für deutsche Übersetzungen" des belgischen "Föderalen Öffentlichen Dienstes Inneres" heruntergeladen werden, siehe auch: [http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_bel\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_bel_de.htm); bis zum Vorliegen anderer Behauptungen ist davon auszugehen, dass dies dem Stand Oktober 2001 entspricht).

#### 4) Parallele "BD. \_\_\_\_\_" und "BE. \_\_\_\_\_"

Es ist offensichtlich, dass sich das belgische Model "BD. \_\_\_\_\_" auf das schweizerische Model "BE. \_\_\_\_\_" bezieht, mit welchem die D1. \_\_\_\_\_ trotz der theoretisch gangbaren Alternative Weiterführung D3. \_\_\_\_\_ angesichts der gesamten Umstände (bereits bestehende Überschuldung und auf Grund der Ereignisse des 11. September 2001 zu erwartende Einbrüche) ebenfalls auf die Lösung Liquidation kam. Eine Liquidation (mit Übertragung der überlebenschfähigen Teile in eine neue Gesellschaft) wie sie mit den Modellen "BE. \_\_\_\_\_" und "BD. \_\_\_\_\_" praktiziert wurde, kann (zumindest betriebs-, nicht unbedingt volkswirtschaftlich) verschiedene Vorteile haben, z.B. nicht zuletzt den Abbau von Arbeitsplätzen.

Die Kläger erklären bezüglich des schliesslich zur Ausführung gelangten Projektes "BD. \_\_\_\_\_" lediglich, der von den Beklagten erwähnten Zusammenfassung der belgischen Strafuntersuchung (in welcher sich ergeben habe, dass die belgischen Aktionäre bereits ab Mitte September 2001 unter dem Namen "BD. \_\_\_\_\_" einen neuen Businessplan vorbereiteten mit der Übertragung des Flugbetriebes

auf die Tochtergesellschaft G3.\_\_\_\_\_ und dem Konkurs der G1.\_\_\_\_\_) lasse sich nicht entnehmen, ab welchem Zeitpunkt dieses diskutiert wurde, was dessen genauer Inhalt gewesen sei, ob bzw. ab welchem Zeitpunkt es umgesetzt worden sei und ob der Plan dem Businessplan 2001-2005 entgegengelaufen sei (Replik, act. 77 S. 272). Denn die Kläger hätten es als dem Sachverhalt nähere Partei in der Hand, die von ihnen gestellten Fragen zu beantworten und ihre Darstellung entsprechend zu substantiieren, wozu sie entsprechend der Beweislast verpflichtet sind. Sie müssen sich entgegenhalten lassen, dass im Parallelprozess der G1.\_\_\_\_\_ gegen die D2.\_\_\_\_\_ die entsprechende Behauptung der Beklagten, aus der belgischen Strafuntersuchung ergebe sich, dass die belgischen Aktionäre bereits ab Mitte September 2001 unter dem Namen "BD.\_\_\_\_\_" einen neuen Business Plan vorbereiteten mit Übertragung des Flugbetriebes auf die Tochtergesellschaft G3.\_\_\_\_\_ und Konkurs G1.\_\_\_\_\_ (act. 48 S. 152 in Proz. Nr. FB060046) nicht bestritten wurde, sondern die Klägerin G1.\_\_\_\_\_ diesen dem Plan "BE.\_\_\_\_\_" mit D5.\_\_\_\_\_ entsprechenden Plan als Vorbereitung von Alternativen erklärte (act. 82 S. 243 in Proz. Nr. FB060046). Immerhin kann der Plan noch nicht sehr konkret gewesen sein, wenn in der VR-Sitzung vom 15. Oktober 2001 dem belgischen Gericht vier verschiedene Szenarien präsentiert wurden.

##### 5) Frühere Liquidationsüberlegungen

Die Kläger bestätigen die Vermutung der Beklagten, dass das Stundungsgesuch bereits länger vorbereitet worden war. Aufgrund der Schwierigkeiten mit den Beklagten sei bereits seit einiger Zeit ein Stundungsgesuch vorbereitet worden, was die Beklagten gewusst hätten. Die schwierige finanzielle Situation der G1.\_\_\_\_\_ habe dazu geführt, dass diese bereits ab Dezember 2000 ein Stundungsgesuch vorbereitet habe. Sämtliche Szenarien vor Oktober 2001 seien aber davon ausgegangen, dass die Beklagten ihrer Rolle als faktische Konzernobergesellschaften weiterhin nachkommen würden (Replik, act. 77 S. 274 f.). Eine erneute Prüfung habe vor der Generalversammlung der G1.\_\_\_\_\_ vom 21. Februar 2001 stattgefunden für den Fall, dass die Gewerkschaften dem Plan "BF.\_\_\_\_\_" nicht zustimmen würden und/oder die Kapitalerhöhung nicht zustande kommen würde. Danach sei das Stundungsszenario im Mai/Juni 2001 wieder aufgenommen wor-

den mit dem Businessplan 2001-2005 und der Weigerung der Beklagten, gemäss Januarverträgen 2001 die notwendige Liquidität zur Verfügung zu stellen. Ebenso sei dieses Szenario besprochen worden anlässlich der VR-Sitzung vom 3. Juli 2001. Nach dem Abschluss des AUA sei die Weiterverfolgung nicht mehr nötig gewesen. Auch nach den Ereignissen vom 11. September 2001 und deren Konsequenzen auf das Passagieraufkommen sei eine gerichtliche Stundung für den Fall thematisiert worden, dass sich die finanzielle Lage weiter verschlechtern sollte (act. 77 S. 275 f.).

Diese Ausführungen wurden von den Beklagten nicht bestritten bzw. als irrelevant bezeichnet (Duplik, act. 95 S. 154), so dass sie als anerkannt zu gelten haben. Immerhin bestätigen die Kläger mit dieser Darstellung, dass sowohl die Haltung der Gewerkschaften bereits im Februar 2001 als auch der 11. September 2001 – unabhängig von den Beklagten – zur Stundung hätten führen können. Gemäss Protokoll der Verwaltungsratssitzung G1.\_\_\_\_\_ vom 3. Juli 2001 fanden im Juni 2001 verschiedene Treffen zwischen VRP AO.\_\_\_\_\_ und CEO AP.\_\_\_\_\_ mit der Präsidentin des Handelsgerichts Brüssel statt und bestätigte CEO AP.\_\_\_\_\_ weiter, dass G1.\_\_\_\_\_ seit Dezember 2000 für die judicial composition (Concordat judiciaire) bereit war (act. 78/330 S. 3).

Die belgische Seite rechnete bei der Abwägung der Alternativen (u.a. Liquidation und "Concordat judiciaire") gemäss einem (von ihr selber eingereichten und offensichtlich gut recherchierten) Bericht der Zeitung AJ.\_\_\_\_\_ vom tt. Juni 2001 mit einer Strafzahlung von BEF 20 Mia. seitens der Beklagten. Noch wesentlicher war aber die Frage, ob diese Strafzahlung als private Rekapitalisierung nach EU-Recht verstanden werden konnte, was dem belgischen Staat nach den EU-Richtlinien ebenfalls eine Unterstützung erlaubt hätte. Über diesen Punkt waren sich die angefragten Juristen offenbar uneinig. Die wohl damals massgebliche EU-Transportministerin BG.\_\_\_\_\_ liess sich dazu gemäss der genannten Zeitung jedenfalls wie folgt verlauten: "une amende n'est pas une recapitalisation" (act. 45/97 S. 2). Es erscheint als naheliegend, dass diese Meinung in Zusammenhang mit den Ereignissen des 11. September 2001 letztlich ebenfalls ein Grund war für die später bezüglich G1.\_\_\_\_\_ eingeschlagene Liquidationslösung.

Immerhin erwähnen auch die Kläger, die belgische Regierung sei während des ganzen Jahres 2001 mehrfach mit der EU-Kommission und insbesondere mit der zuständigen Kommissarin BG.\_\_\_\_\_ und ihrem Stab wie auch mit der Generaldirektion für Energie und Transporte in Kontakt gewesen. Dabei sei offensichtlich geworden, dass der Spielraum für finanzielle Interventionen von Seiten des belgischen öffentlichen Sektors extrem limitiert gewesen sei (Klagebegründung, act. 44 S. 79).

Die Kläger bestreiten aber, dass sie bereits im September 2001 davon ausgingen, dass die G1.\_\_\_\_\_ nicht mehr zu retten war, zu diesem Schluss seien sie erst anfangs November 2001 gelangt. Ebenso wird von Klägerseite bestritten, dass der Konkurs der G1.\_\_\_\_\_ durch die Attentate vom 11. September 2001 und durch Streiks bei der G1.\_\_\_\_\_ (mit-) verursacht worden sei (Replik, act. 77 S. 328). Der Transfer der Heathrow-Slots habe erst stattgefunden, nachdem die Beklagten das AUA verletzt hätten und während der Stundung kein neuer Investor habe gefunden werden können (Replik, act. 77 S. 283).

#### 6) Betragsmässige Dimension der Fragehypothesen zur Kausalität

Als vierten Punkt behandelte die VR-Sitzung der G1.\_\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2001 die Liquidität, welche sich leicht besser präsentiere als vorhergesagt. Wobei ohne den Kredit des belgischen Staates die Verbindlichkeiten von Ende November nicht erfüllt werden könnten (act. 78/334 S. 4). Unter Punkt neun ergibt sich, dass abgesicherte Wertschriften von insgesamt EUR 110 Mio. unverzüglich zu flüssigem Geld gemacht werden könnten (Ebenda, S. 5). Die Klägerschaft spricht zudem von einer Kreditlinie von EUR 173 Mio. bei der G2.\_\_\_\_\_ SA (act. 77 S. 280). Und macht geltend, bei Erfüllung des AUA durch die Beklagten hätte G1.\_\_\_\_\_ Ende Dezember 2001 noch über EUR 146 Mio. verfügt (Ebenda, S. 281). Daraus ergibt sich nach Abzug der von den Beklagten zu leistenden EUR 132 Mio. noch immer ein Betrag von EUR 14 Mio. per Ende 2001.

Nicht zugestimmt werden kann den Beklagten, wenn sie argumentieren, die von ihnen angeführten EUR 205 Mio. in Form von 80 Mio. für die Slots und 125 Mio. Überbrückungskredit hätten die nicht erfolgte Zahlung von EUR 220 Mio. (recte

EUR 132 Mio.) vom 3. Oktober 2001 substituieren können. Weil im Rahmen der hypothetischen Kausalität die Entwicklung mit Zahlung mit dem Zustand ohne die Zahlung verglichen werden muss, lautet die richtige hypothetische Frage vielmehr, ob sich die G1.\_\_\_\_\_ auch bei der Bezahlung von EUR 132 Mio. zuzüglich den EUR 125 Mio. Überbrückungskredit und den EUR 80 Mio. von P.\_\_\_\_\_ für die Heathrow-Slots, den flüssigen Wertschriften von insgesamt EUR 110 Mio. sowie allenfalls dem oben erwähnten Kredit von EUR 173 Mio., also mit insgesamt EUR 447 Mio. oder gar EUR 610 Mio. im Jahre 2001 und Aussicht auf weitere Zahlungen von jeweils EUR 42 Mio. halbjährlich in der Folge, ebenfalls in Konkurs begeben hätte bzw. hätte begeben müssen. In diesem Fall hätten der G1.\_\_\_\_\_ wohl zumindest genügend Mittel zur Verfügung gestanden, um einen neuen Investor als Ersatz für den D1.\_\_\_\_\_ -Konzern zu suchen, sofern sich ein solcher unter den gegebenen Umständen überhaupt noch hätte finden lassen.

#### 7) Zwischenwürdigung

Die Kläger argumentieren, die Ankündigung der Beklagten, sich an der Kapitalerhöhung der G1.\_\_\_\_\_ vom 3. Oktober 2001 trotz bestehenden Vertragspflichten nicht zu beteiligen, habe derart fatale Auswirkungen auf die Kreditwürdigkeit der G1.\_\_\_\_\_ gehabt, dass diese umgehend ein Gesuch um gerichtliche Stundung habe stellen müssen und diese Ankündigung sei unmittelbare Ursache des Konkurses (Replik, act. 77 S. 279). Gleichzeitig machen die Kläger aber selber geltend, G1.\_\_\_\_\_ habe am 8. November 2001 noch Liquidität gehabt, indem sie eine entgegenstehende Behauptung der Beklagten bzw. das Gutachten der AV.\_\_\_\_\_ bestreiten (Ebenda). Wenn die G1.\_\_\_\_\_ aber am 8. November 2001 noch Liquidität hatte (wie oben gesehen sogar noch bis Ende November auch ohne Darlehen des belgischen Staates von EUR 125 Mio., ohne möglichen Erlös aus den Heathrow-Slots von EUR 80 Mio. und ohne sofort einbringliche Positionen von EUR 110 Mio. und einer Kreditlinie von EUR 173 Mio.), dann war die Nichtzahlung von EUR 132 Mio. der Beklagten jedenfalls nicht die unmittelbare Ursache des Konkurses der G1.\_\_\_\_\_.

8) Streik als Mitursache: Aussage G1. \_\_\_\_\_ CEO AP. \_\_\_\_\_ und Feststellung  
Parlamentarische Untersuchungskommission

Vielmehr muss auf Grund der vorhandenen Liquidität einstweilen vermutet werden, der Konkurs sei ein bewusster Entscheid angesichts der aufgrund der Ereignisse vom 11. September 2001 zu erwartenden massiven Einbrüche des Luftverkehrs (wie erwähnt datiert der Auftrag zur Abklärung der Stundung vom 17. September 2001) sowie der neuerlich laufenden Pilotenstreiks (gemäss AK. \_\_\_\_\_ vom tt. Oktober 2001 S. ... "... " [am 2. Oktober 2001] "[...]. Sie hatten die Arbeit aus Protest gegen den jüngsten Sanierungsplan ... niedergelegt und den Rücktritt ... AP. \_\_\_\_\_s gefordert"). Gemäss einer von den Beklagten eingereichten Beilage äusserte CEO AP. \_\_\_\_\_ am tt. September 2001 im "BH. \_\_\_\_\_": "**een staking kan het einde van G1. \_\_\_\_\_ zijn**" (act. 69/162, also: ein Streik kann das Ende der G1. \_\_\_\_\_ sein; Hervorhebung durch das hiesige Gericht).

Im von den Klägern selber eingereichten Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) heisst es dazu ebenfalls, der Streik der Piloten vom September 2001 habe schädliche Folgen gehabt (act. 45/13 S. 258).

Gemäss AK. \_\_\_\_\_ vom tt. Oktober 2001 S. ... "..., nachdem sie die Arbeit aus Protest gegen den jüngsten Sanierungsplan ... niedergelegt und den Rücktritt ... AP. \_\_\_\_\_s gefordert hatten". Aufgrund dieser Umstände (die Aussage AP. \_\_\_\_\_s erfolgte vor der Einreichung des Stundungsgesuchs) und aufgrund der Beweislast ist vom Naheliegendsten auszugehen, dass nämlich die G1. \_\_\_\_\_ sich auch dann in Konkurs (denn das Ende ist nicht das Concordat judiciaire, sondern der Konkurs) begeben hätte, wenn die Zahlung erfolgt wäre.

9) Arbeitsplätze in der Flugzeugindustrie nach 9/11

Dass Arbeitsplätze eine entscheidende Rolle für das Überleben von Fluggesellschaften nach dem 11. September 2001 hatten, entspricht der Meldung der AK. \_\_\_\_\_ in ihrer ... vom tt./tt. Januar 2002, wonach das Internationale Arbeitsamt (ILO) in einer Studie zum 11. September 2001 konstatierte, dass die Aviatik-Branche durch diese Gewaltakte in die schwerste Krise seit dem 2. Weltkrieg gestürzt wurde (AK. \_\_\_\_\_ ... vom tt./tt. Januar 2002, S. ..., act. 87). Der Redimensi-

onierungsprozess – dessen Ende nicht abzusehen sei – habe zu diesem Zeitpunkt bereits 400'000 Arbeitsplätze gekostet. Jedes im Einsatz stehende Flugzeug schaffe durchschnittlich 200 direkte und ebenso viele indirekte Arbeitsplätze. Die Terroranschläge vom 11. September 2001 hätten die bereits vorher sichtbaren Rezessionsspuren derart beschleunigt, dass den betroffenen Unternehmen gar nichts anderes übrig geblieben sei, als einerseits beim Staat Hilfe nachzusuchen und andererseits zu ungewöhnlich harschen Massnahmen zu greifen. In diesem Zusammenhang würden mehrfach die Beispiele D3.\_\_\_\_\_ und G1.\_\_\_\_\_ erwähnt, die allerdings keine Ausnahme bildeten. Ein ähnliches Schicksal habe auch die australische Bl.\_\_\_\_\_, die kanadische BJ.\_\_\_\_\_ sowie die amerikanische BK.\_\_\_\_\_ und in abgeschwächter Form Brasiliens viertgrösste Fluglinie BL.\_\_\_\_\_ erreicht. Es bestehe (zu diesem Zeitpunkt rund vier Monate nach dem 11. September 2001) kein Zweifel, dass sich die Liste der "verstorbenen" Fluglinien in Zukunft verlängern werde.

Unter diesen Aspekten – die grundsätzlich für die Entscheidungsgremien der Klägerseite durchaus vorhersehbar waren bzw. wie bereits gezeigt und noch zu zeigen sein wird auch von möglichen Investoren eingebracht wurden – kann der Konkurs der G1.\_\_\_\_\_ nicht als kausal auf die Beklagten zurückzuführendes Ereignis angesehen werden.

#### 10) Konkurserkennntnis vom 7. November 2001

Aus den belgischen Gerichts-Entscheiden geht hervor, dass der Grund des Konkurses in einem bewussten Entscheid der G1.\_\_\_\_\_ lag und diese am 6. November 2001 (Übertragung aller Slots, Vergabe des Kredits an G3.\_\_\_\_\_) Tatsachen geschaffen hatte, welche das Handelsgericht Brüssel als Konkursgericht am 7. November 2001 zu den Äusserungen veranlasste:

" ... que le sursis provisoire qui a été accordé à la S.A. G1.\_\_\_\_\_ n'a pas servi à élaborer un plan de redressement, ni davantage à permettre la réalisation d'un transfert d'activité au sens de l'art 41 de la loi sur le concordat, mais a été mis à profit pour permettre à la S.A. G1.\_\_\_\_\_ d'organiser sa faillite sous le couvert du concordat et donc à l'abri de ses créanciers; ...

... que l'on peut certes se demander si un tel scénario rencontre les objectifs du concordat, ou s'il ne fait pas plutôt de celui-ci l'anti-chambre de la faillite'; que la question ne se pose plus pour l'heure" (act. 45/55 S. 3).

Das Konkordat habe weder dazu gedient, einen Sanierungsplan auszuarbeiten, noch zur Übertragung von Aktiven im Sinne von Art. 41 des Gesetzes über das Konkordat, sondern nur dazu, den Konkurs unter der Decke des Konkordates geschützt vor den Gläubigern zu organisieren. Die Frage stelle sich (wenn auch nicht zur Stunde), ob ein solches Szenario mit dem Ziel der Stundung in Übereinstimmung stünde, oder nicht daraus vielmehr das Vorzimmer des Konkurses mache. Dies, nachdem auf der vorigen Seite des Entscheids geschildert worden war, wie die **Hauptschwierigkeit der G1. \_\_\_\_\_ während der Stundung gewesen sei, dass diese von den Interessenten nicht mit den Passiven, insbesondere den sozialen Passiven übernommen worden sei und dass darum die Flugaktivitäten samt Flugzeugen und Piloten auf G3. \_\_\_\_\_ übertragen worden seien** (Hervorhebung durch das hiesige Gericht; act. 45/55 S. 2). Dass die G1. \_\_\_\_\_ und der Staat Belgien die Verantwortung übernommen hätten, dass der Transfer der Slots zum Vorteil von G3. \_\_\_\_\_ nicht vergleichbar sei mit einer Übertragung von Aktiven im Sinne des Art. 41 des Gesetzes über die Stundung, sondern "bewahrend im Sinne einer durchgezogenen Geschäftsführung, welche keine Einwilligung des Gerichtes erfordere" (act. 45/55 S. 2). Entsprechend hält der Bericht der belgischen parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) fest, Madame BM. \_\_\_\_\_ habe in ihrem Gerichtsentscheid zum Konkurseingeständnis vom 7. November 2001 festgehalten, das "concordat judiciaire" sei missbräuchlich benutzt worden, um den Konkurs vorzubereiten (act. 45/13 S. 229).

Dabei wusste dieses Gericht am 7. November 2001 noch gar nichts davon, dass der G1. \_\_\_\_\_ für die Heathrow-Slots EUR 80 Mio. geboten worden war. Im Rahmen eines Bestätigungsentscheids vom 30. Juni 2003 stellte das nämliche Gericht fest, dass es bei Wissen um diese Tatsache, welche ihm hätte mitgeteilt werden müssen (aber erst im Dezember 2001 im Rahmen der angeordneten curatel bekannt wurde), den Konkurs jedenfalls am 7. November 2001 ohne eine

Zusammenkunft unter Einbezug der P.\_\_\_\_\_ nicht eröffnet hätte (act. 69/177 S. 4).

Wie erwähnt spielt die Liquidität im Rahmen des belgischen Konkursrechtes gegenüber der Zahlungseinstellung lediglich eine beschränkte Rolle. Immerhin kann damit bereits hier festgestellt werden, dass jedenfalls die Liquidität nicht der Grund für die Zahlungseinstellung der G1.\_\_\_\_\_ war.

#### 11) Zeitliche Eingrenzung des Entscheides zum Konkurs

Die Äusserungen des Handelsgerichts Brüssel, G1.\_\_\_\_\_ habe das "concordat judiciaire" zur Vorbereitung des Konkurses missbraucht, indiziert, dass der Konkursentscheid schon vor der Einleitung des concordats gefallen sein könnte. Die Klägerin im Parallelprozess hat denn auch nicht bestritten, einerseits, dass bereits seit Mitte September 2001 die Alternative "BD.\_\_\_\_\_" mit dem Konkurs der G1.\_\_\_\_\_ ins Auge gefasst worden war und andererseits, dass aus den Akten der belgischen Strafuntersuchung hervorgeht, dass die Führung von G1.\_\_\_\_\_ und der belgische Staat bereits vor dem Gesuch um gerichtliche Stundung (also vor dem 2. Oktober 2001: Klageantwort, act. 67 S. 175 und Replik, act. 77 S. 276) entschieden hatten, dass G1.\_\_\_\_\_ in Konkurs fallen würde.

Aus den von den Klägern erst mit der Replik eingereichten Unterlagen ergeben sich ebenfalls einige Neuigkeiten: Gemäss Protokoll der Konzernleitungssitzung vom 18. September 2001 hatte der Verwaltungsrat der G1.\_\_\_\_\_ am 17. September 2001 (also sechs Tage nach den Attentaten) bei den Anwälten der G1.\_\_\_\_\_ ein Memorandum über alle Konsequenzen eines gerichtlichen Nachlassverfahrens in Auftrag gegeben (act. 78/333). Dies bestätigt die Anerkennung der Klägerin im Parallel-Verfahren. Dabei wird in diesem Protokoll der Grund für den Auftrag nicht genannt und auch das Protokoll der Sitzung vom 17. September 2001 nicht eingereicht. Aus dem Protokoll der vom belgischen Stundungsrichter geforderten VR-Sitzung der G1.\_\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2001 (die Protokolle der Sitzungen vom 2. und 3. Oktober 2001 werden wiederum vorenthalten) ergibt sich, dass der dem Handelsgericht Brüssel mit dem Stundungsgesuch eingereichte Businessplan vom Sachverständigen der Stundung BN.\_\_\_\_\_ in der Anhörung

vom 3. Oktober 2001 als "peu consistant", also als wenig gehaltreich, bezeichnet worden war. CEO AP.\_\_\_\_\_ habe dem Richter den Grund des Stundungsgesuch genannt mit der Unmöglichkeit der zwei Hauptaktionäre, diesen Businessplan zu finanzieren, so dass seit dem 1. Oktober 2001 erst 48 Stunden für einen neuen Plan zur Verfügung gestanden hätten. Der neue Plan sei im Entstehen und habe einen Businessplan für eine **neue Fluggesellschaft** zum Inhalt, ein Verkaufsprogramm für Aktivitäten und Aktiven und einen durch die belgische Regierung ausgearbeiteten Sozialplan (act. 78/334 S. 2). In der Folge wurde von AP.\_\_\_\_\_ ein "Update" des Businessplans für die neue G1.\_\_\_\_\_ präsentiert. Die Rede ist dabei auch von drei Interessenten für die Aktivitäten, Aktiven, Routen und Slots von G1.\_\_\_\_\_. Neben dem Zeitfaktor und der Finanzausstattung sei der **Sozialplan für die nicht übernommene Arbeitnehmerschaft der G1.\_\_\_\_\_ eine Haupt-herausforderung** (Hervorhebungen durch das hiesige Gericht). Da die Gründung einer neuen Gesellschaft zwischen sechs und neun Monaten dauere, sei wohl eine bereits bestehende Airline mit Zertifikat als Plattform für eine neue Gesellschaft die bessere Lösung. In der Folge wurden vier Szenarien vorgestellt (act. 78/334 S. 3).

In den Akten wird die Anerkennung der Klägerin des Parallelprozesses, der Entscheidung zum Konkurs sei schon vor der Einleitung des concordat gefallen (genauer muss wohl aufgrund der gesamten Umstände gesagt werden: jedenfalls ins Auge gefasst worden), ebenfalls bestätigt. So heisst es im bereits zitierten Bericht der belgischen PUK, am 8. Oktober 2001, drei Tage nach dem Gesuch concordat judiciaire, habe die belgische Regierung bereits einen grundsätzlichen Entscheid betreffend Finanzierung eines Sozialplans getroffen. In diesem Moment habe also die Regierung die Möglichkeit eines Konkurses in Betracht gezogen (act. 45/13 S. 281). Bekanntlich brauchen Regierungsentscheide aber eine gewisse Vorbereitungszeit, so dass der Konkurs schon vor dem 8. Oktober 2001 zumindest ins Auge gefasst worden sein muss.

Bestätigt wird durch die PUK auch, dass letztlich der Entscheid auf Nichtverlängerung des concordat bzw. auf Konkurs darauf zurückzuführen ist, dass während des concordat kein anderer Aufkäufer oder Übernehmer habe gefunden werden

können: "Aucun repreneur n'a été trouvé durant la période du concordat judiciaire. Prolonger le concordat ne se justifiait dès lors pas" (act. 45/13 S. 282).

Insofern muss also die Zugabe der Kläger bzw. die Äusserung der präsidierenden Richterin präzisiert werden: Zwar fasste man auf jeden Fall schon vor dem concordat einen Konkurs ins Auge. Möglicherweise fiel dieser Entscheid aber erst, als sich die Hoffnung, doch noch einen Übernehmer oder eine Investorin auf der Basis G1.\_\_\_\_\_ zu finden, als unrealistisch erwies.

## 12) Übertragung der Slots und Nichtverlängerung Stundung

Die Übertragung sämtlicher Slots an die G3.\_\_\_\_\_ war schon in der VR-Sitzung der G1.\_\_\_\_\_ vom 23. Oktober 2001 beschlossen, und am 6. November 2001, also am Vorabend des Konkurses, trotz des erwähnten Angebots der P.\_\_\_\_\_ vom 5. November 2001, vollzogen worden (Klageantwort, act. 67 S. 180 und Replik, act. 77 S. 283 ff.).

Die Slots seien gegenüber P.\_\_\_\_\_ (P.\_\_\_\_\_) als Lockvogel eingesetzt worden und hätten bei G3.\_\_\_\_\_ lediglich parkiert werden sollen, um ihrer als konkursite Gesellschaft nicht verlustig zu gehen. Die GBP 50 Mio. der P.\_\_\_\_\_ seien kein festes Angebot, sondern lediglich eine Einladung zu Verhandlungen gewesen (Replik, act. 77 S. 283 f.). Insbesondere habe die Zusicherung bezüglich historischer Rechte nicht sofort geliefert werden können und entsprechend das Geld nicht sofort zur Verfügung gestanden. Sodann sei die zur Beurteilung zuständige EU-Kommission der Meinung gewesen, ein solcher Übertrag könne nicht gültig an eine Gesellschaft in einem anderen EU-Land vorgenommen werden (act. 77 S. 285).

Dass die Kläger verschiedene Gründe für diesen Entscheid anführen, ändert nichts daran, dass es gemäss Handelsgericht Brüssel ein bewusster Entscheid der G1.\_\_\_\_\_ und des Staates Belgien war, dem Gericht eine wesentliche Tatsache zu verschweigen und stattdessen die Verantwortung zu übernehmen, dass diese den Konkurs erst erforderlich machende Transaktion der gesamten Slots nicht gegen Art. 41 des Stundungsgesetzes verstosse und entsprechend bewusst

in den Konkurs zu gehen, statt eine durchaus mögliche Verlängerung der Stundung zu beantragen (act. 45/55 S. 2). Eine solche wäre für eine Dauer bis zu sechs Monaten möglich mit einer weiteren Verlängerungsmöglichkeit von drei Monaten; einem Sanierungsplan würde gemäss geltendem Recht zwei Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit um ein Jahr Zeit zugestanden (Le concordat judiciaire: Une solution souple pour assurer la continuité de l'entreprise en difficulté? Luc Bihain et Christine Lhoste, Avocats Claeys & Engels, 15. November 2004; [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/verviers/faillites/BIHAIN.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviers/faillites/BIHAIN.pdf)).

### 13) Subventionsbedarf des nationalen Prestigeobjektes

Offensichtlich ist, dass die Nationen im damaligen Zeitpunkt das Betreiben einer nationalen Fluggesellschaft noch als Prestigeobjekt betrachteten. Für die Schweiz und die D3.\_\_\_\_\_ lässt sich dies mit Allgemeinkundigkeit bzw. -notorietät sagen, für Belgien und die G1.\_\_\_\_\_ geht es schon daraus hervor, dass der Staat Belgien EUR 1 einklagt für den Imageschaden, der ihm erwachsen sei daraus, dass er sich "von den Beklagten habe manipulieren lassen" und dafür, nicht in der Lage gewesen zu sein, "den Niedergang der nationalen Airline zu verhindern" (Klagebegründung, act. 44 S. 271).

Die Beklagten führen in der Klageantwort sämtliche Nettojahresergebnisse der G1.\_\_\_\_\_ zwischen 1961 und 1995 auf. Mit Ausnahme der Jahre 1983 bis 1989 und des Jahres 1991 sind sie alle negativ, 1990 etwa mit BEF 7'460 Mio. und 1993 mit BEF 4'580 Mio. Total resultieren über die 35 Jahre Verluste von BEF 43'000 Mio., entsprechend rund CHF 1'720 Mio. (Klageantwort, act. 67 S. 60). Sie führen weiter aus, auch in den Jahren 1983 bis 1989 sowie 1991 wären die Resultate negativ gewesen, wenn sie auf Gruppenstufe konsolidiert worden wären (Ebenda, S. 61). Die Kläger erwiderten: "Bestritten und irrelevant." Zudem liege die Beweislast für die Richtigkeit der Zahlen bei den Beklagten und diese lieferten keine Belege für die Zahlen (Replik, act. 77 S. 152 f.).

Diese Bestreitung der von den Beklagten einzeln substantiierten Defizite von G1.\_\_\_\_\_ ist völlig ungenügend. Die Kläger als tatsachennähere Partei (nämlich als die mit G1.\_\_\_\_\_ in Belgien eine Streitgenossenschaft bildende) hätte ohne

Weiteres die Möglichkeit und damit die Obliegenheit, die einzeln angeführten Resultate eines jeden Jahres zwischen 1961 und 1995 substantiiert zu bestreiten. Wenn sie dies nicht getan hat, so müssen die von den Beklagten angeführten ständigen und teilweise massiven Verluste als anerkannt gelten.

Damit stimmt überein, dass bei der Restrukturierung 1991 der belgische Staat bedingte Schuldforderungen von insgesamt BEF 16,2 Mia. in das Kapital der G1.\_\_\_\_\_ einbrachte, das Kapital um BEF 10 Mia. aufstockte, eine Kapitalherabsetzung mit Eliminierung gewöhnlicher Anteile in Höhe von BEF 30,2 Mia. grösstenteils zur Verlusttilgung akzeptierte und erst noch in einer zweiten Stufe der Neukapitalisierung weitere BEF 9 Mia. einbringen wollte (act. 45/103 S. 1).

#### 14) Keine Restrukturierungshilfe bis 2005 gemäss EU-Recht

Es lässt sich somit nur mit Prestigeüberlegungen (und den Arbeitsplätzen) erklären, dass eine Airline, welche laufend Verluste schrieb, über lange Jahre mit immer neuen Finanzspritzen in Schwung gehalten wurde. Nicht nur der D1'.\_\_\_\_\_ - Konzern hatte ein Problem (dasjenige der Verwirklichung der "O.\_\_\_\_\_"-Strategie mittels des Zugangs auf den europäischen Markt) mit der neuen EU-Gesetzgebung, sondern auch die belgische Seite: Sie brauchte einen privaten Investor, um weitere eigene Unterstützungszahlungen rechtfertigen zu können, weil die EU-Richtlinien solche Unterstützung nur in Form einer Restrukturierungshilfe oder als Investition der öffentlichen Hand zulassen. Restrukturierungshilfe war Belgien gemäss eigenen Angaben, da eine frühere Restrukturierung offenbar 1991 bewilligt, aber erst 1995 abgeschlossen worden war, erst im Jahre 2005 wieder möglich (Klagebegründung, act. 44 S. 80). Für eine Investition der öffentlichen Hand hätte, wiederum gemäss eigenen Angaben, auf Grund des inhärenten hohen Risikos im Bereich des Luftverkehrs nur mit einer sehr hohen Renditeaussicht von 20% davon ausgegangen werden können, dass es sich nicht um Staatshilfe handelt (Ebenda). Es sei klar, so die Kläger, dass eine solche Rendite im Fall der G1.\_\_\_\_\_ im Jahre 2000 oder 2001 niemals hätte realisiert werden können.

Eine Ausnahme wurde nach der gefestigten Rechtsprechung der EU-Kommission nur gemacht, wenn die Kapitaleinlage der öffentlichen Hand von einer signifikan-

ten Kapitaleinlage eines Privatinvestors zu denselben Bedingungen begleitet gewesen sei, nur in diesem Fall sei angenommen worden, dass das Kriterium der marktwirtschaftlichen Investition erfüllt sei (act. 44 S. 80 f. und act. 45/103 S. 6).

Mit diesen Angaben liefert die Klägerschaft eigentlich selber die Erklärung dafür, warum sie nach 1995 zur Aufrechterhaltung ihres Prestigeobjektes und der Arbeitsplätze der nationalen Fluglinie G1.\_\_\_\_\_ einen privaten Investor benötigte: Nur so konnte sie in der Zeit bis 2005 weiterhin staatliche Unterstützung leisten. Im Entscheid der EWG-Kommission 1991 betreffend Refinanzierung G1.\_\_\_\_\_ findet sich denn auch "die Verpflichtung, die für die zweite Phase des Restrukturierungsplans" (nämlich ab 1995) "vorgesehene Kapitalaufstockung nur unter der Bedingung mitzufinanzieren, dass sich ein Wirtschaftspartner in erheblichem Umfang an dieser Kapitalaufstockung beteiligt" (act. 45/103 S. 1).

Mehr noch: Mit diesen Erklärungen wird im Gesamtzusammenhang ein wesentlicher Grund klar, warum Belgien bei der offensichtlich schon im Juni 2001 vorgenommenen Abwägung der Alternativen Liquidation oder Fortführung der G1.\_\_\_\_\_ zwar zunächst noch die Vergleichslösung des AU.\_\_\_\_\_ Agreements wählte (siehe Klagebegründung, act. 44 S. 81: "Dieselbe Logik der öffentlichen/privaten Mitfinanzierung lag auch dem Vertrag vom 2. August 2001 zugrunde").

#### 15) Gerichtsnotorischer Arbeitskräfteabbau von G1.\_\_\_\_\_ zu G3.\_\_\_\_\_

Der Schlüssel in Form des wichtigsten Grundes für den Konkursentscheid und der definitive antizipierte (Gegen-) Beweis dafür, dass die Nichtzahlung der Beklagten vom 3. Oktober 2010 kein notwendiger Grund für den Entscheid zur Konkurslösung war, findet sich in einem Bericht der AK.\_\_\_\_\_ vom tt. November 2001, also rund einen Monat nach dem "Concordat judiciaire"-Gesuch beim Gericht und einen (!) Tag nach Anordnung des Konkurses (act. 86). Daraus ergibt sich, dass in Belgien zu jenem Zeitpunkt bereits 15 Investoren Beiträge von insgesamt EUR 200 Mio. in Aussicht gestellt hatten und sich die Mitarbeiter von G1.\_\_\_\_\_ zu G3.\_\_\_\_\_ von 7'600 auf "höchstens 2'500" reduzierten bzw. Minister AL.\_\_\_\_\_ zu

jenem Zeitpunkt davon ausging, dass 5'000 bis 6'000 Mitarbeiter durch die Aktion ihren Job verlieren würden.

#### 16) Unverzichtbarkeit des Arbeitskräfteabbaus für Investoren

Damit wird offensichtlich, dass es sich beim Entscheid, mit G1.\_\_\_\_\_ in Konkurs zu gehen, um einen bewussten Entscheid handelte, für den die Nichtzahlung der Beklagten keine notwendige Grundlage darstellte. Schliesslich stand zu befürchten, die Ereignisse des 11. September 2001 würden massive weitere Einbussen beim Flugverkehr und damit Verluste verursachen. Somit konnten neue Investoren nur gewonnen werden, indem der Flugbetrieb G1.\_\_\_\_\_s kostengünstiger wurde. Diese Kostenreduktion wollte man mit einem massiven Personalabbau auf lediglich noch einen Drittel erreichen. Gleichzeitig konnten so die immer wieder in Streiks ausartenden Probleme mit den Mitarbeitern "gelöst" werden. Unter diesen Umständen – und es darf mit Sicherheit gesagt werden, nur unter diesen – waren die neuen Investoren offensichtlich bereit, einen den bisherigen Investoren aus dem AU.\_\_\_\_\_ Agreement vom 2. August 2001 im Umfang von EUR 258 Mio. bis April 2003 annähernd vergleichbaren Investitionsbetrag von offenbar EUR 200 Mio. zu leisten.

Dies erhellt zusätzlich zum bereits Ausgeführten aus dem Briefing von CEO AP.\_\_\_\_\_ an Minister AL.\_\_\_\_\_ und VRP AO.\_\_\_\_\_ vom 20. Oktober 2001, worin es heisst: "NewCo will have a cost base that is competitive with other European airlines", also: Die neue Fluggesellschaft wird eine mit den anderen europäischen Fluggesellschaften konkurrenzfähige Kostenbasis haben (act. 78/335).

Ebenso wird dies bestätigt durch die von der PUK veranlasste Expertise über die Personalkosten der G1.\_\_\_\_\_: Demnach waren deren Personalkosten in der Vergleichsgruppe mit BO.\_\_\_\_\_, BP.\_\_\_\_\_ und BQ.\_\_\_\_\_ lediglich geringer als diejenigen von BO.\_\_\_\_\_ (was nicht weiter erstaunt, weil bekanntermassen dort die Streikbereitschaft und die Zurückhaltung, Arbeitsplätze abzubauen, noch grösser als in Belgien waren). Bezüglich der am ehesten vergleichbaren BP.\_\_\_\_\_ und BQ.\_\_\_\_\_ aber waren die Kosten schon vor dem 11. September 2001, nämlich für den Zeitraum 1978-2000, höher (act. 45/13 S. 153).

### 17) Beantwortung der hypothetischen Frage

Damit lässt sich der Schluss der getätigten Überlegungen zur Kausalität nochmals mit anderen Worten zusammenfassen: Die G1.\_\_\_\_\_ wäre zwar bei Erhalt des von den Beklagten vertraglich geschuldeten Beitrags allenfalls nicht am 7. November 2001, aber doch mit Sicherheit später mit den entsprechenden Schäden in Konkurs gegangen. Weil der Weiterbestand des Flugbetriebs von G1.\_\_\_\_\_ spätestens nach dem 11. September 2001 unverzichtbar auf eine massive Personalreduktion angewiesen war. Die Nachfolgerin der G3.\_\_\_\_\_ namens BR2.\_\_\_\_\_ bzw. BR1.\_\_\_\_\_ SA/NV ist inzwischen offenbar zu 45% von R.\_\_\_\_\_ übernommen worden, mit der Möglichkeit, die restlichen 55% nach Sicherung der Flugrechte ab 2011 mittels Option zu erwerben, hat also dank der durch den Personalabbau wesentlich verbesserten Kostenbasis überlebt (... [Internetadresse]). Die Unverzichtbarkeit dieser massiven Personalreduktion ist wie bereits erwähnt auch dadurch belegt, dass gemäss Entscheid des Handelsgerichts Brüssel vom 7. November 2001 kein Interessent G1.\_\_\_\_\_ mit diesem – offensichtlich fürs erfolgreiche Überleben der Gesellschaft massiv überdotierten – Personalbestand übernehmen wollte (act. 45/55 S. 3), aber für die auf der Basis von G3.\_\_\_\_\_ gefundene Lösung dennoch bereits am 7. November 2001 oder noch früher Investoren mit Beträgen bereitstanden, welche den vom D1.\_\_\_\_\_ -Konzern geschuldeten vergleichbar sind.

Dies bestätigen die Kläger indirekt, führen sie doch aus: Der Überbrückungskredit von EUR 125 Mio. habe der G1.\_\_\_\_\_ erlauben sollen, die operationellen Kosten des Flugbetriebes während der gerichtlichen Stundung zu decken und sei von der EU-Kommission am 17. Oktober 2001 als mit europäischem Recht vereinbar taxiert worden (Replik, act. 77 S. 281 f.). In den Tagen nach dem Gesuch um gerichtliche Stundung (also am 3. Oktober 2001) habe G1.\_\_\_\_\_ unter grosser Anstrengung nach neuen Partnern und Investoren gesucht. Doch hätten **weder P\_\_\_\_\_, noch BS.\_\_\_\_\_ noch die BT.\_\_\_\_\_ für eine Partnerschaft gewonnen werden können**, so dass nur noch die Konkurseröffnung geblieben sei. **Dagegen hätten sich verschiedene belgische Investoren bereit erklärt, der G3.\_\_\_\_\_**, einer Tochtergesellschaft der G1.\_\_\_\_\_, die deren regionale Fluglinien betrieben

habe, **Risikokapital in der Höhe von EUR 200 Mio. zur Verfügung zu stellen.** Dieser Betrag habe jedoch nicht ausgereicht, um das Überleben der G3.\_\_\_\_\_ und damit die Aufrechterhaltung des Flugbetriebes sicherzustellen. Aus diesem Grund sei am 7. November 2001 der vom belgischen Staat über die AB.\_\_\_\_\_ gesprochene Überbrückungskredit ausschliesslich für die operationellen Kosten der G3.\_\_\_\_\_ gewährt worden (act. 77 S. 282; Hervorhebungen durch das hiesige Gericht).

Wie dargetan machen die Kläger selber geltend, G1.\_\_\_\_\_ habe damals noch Liquidität gehabt und argumentieren, es sei die Ankündigung der Beklagten, sich an der Kapitalerhöhung der G1.\_\_\_\_\_ vom 3. Oktober 2001 trotz bestehenden Vertragspflichten nicht zu beteiligen, welche derart fatale Auswirkungen auf die Kreditwürdigkeit der G1.\_\_\_\_\_ gehabt habe, dass diese umgehend ein Gesuch um gerichtliche Stundung habe stellen müssen. Diese Ankündigung sei unmittelbare Ursache des Konkurses gewesen (act. 77 S. 279). Sowohl die bisherige als auch die noch folgenden Überlegungen zeigen aber, dass nicht die Nichtzahlung der Beklagten, sondern vielmehr die sozialen Passiven der G1.\_\_\_\_\_ mögliche Investoren von einer Investition in G1.\_\_\_\_\_ abhielten und diese möglichen Investoren aus wirtschaftlich naheliegenden Gründen in jenem Zeitpunkt nur noch bereit waren, in den Flugbetrieb der G1.\_\_\_\_\_ ohne bzw. mit massiv reduzierten sozialen Passiven d.h. deutlich reduzierten Arbeitsplätzen zu investieren.

18) Wirtschaftliche Betrachtung: Konkurs G1.\_\_\_\_\_ als (bewilligungsfreie) Subventionierung des nationalen Prestigeobjekts Fluggesellschaft

Wirtschaftlich betrachtet lässt sich sagen, dass die Entlassung von rund 5'000 Mitarbeitern der G1.\_\_\_\_\_ und deren Abgeltung mit einem Sozialplan eigentlich die bestmögliche Subventionierung des nationalen Prestigeunternehmens belgische Fluggesellschaft war. Sie befreite die Fluggesellschaft von den "sozialen Passiven", nämlich den notorischen Streiks bei der G1.\_\_\_\_\_ und den nicht mehr benötigten Arbeitskräften, mit denen kein neuer Investor zu finden und somit auch kein Überleben möglich war. Diese indirekte Subventionierung bedurfte erst noch keiner Bewilligung der EU. In der Gesamtwürdigung muss dies als der wahre und einzig massgebliche Grund für den Konkurs der G1.\_\_\_\_\_ gewertet werden. Die

Nichtzahlung der Beklagten stellt unter den angeführten Umständen jedenfalls keine notwendige Ursache im Sinne des belgischen Kausalitätsbegriffs dar. Auf Grund der angeführten Begründungen lässt sich Schadenersatz der Beklagten an die Kosten des Sozialplans und die weiteren von den Klägern geltend gemachten Folgeschäden des Konkurses von G1. \_\_\_\_\_ juristisch jedenfalls aus vertragsrechtlichen Gründen unter dem Titel AUA nicht rechtfertigen.

## 7. Ausservertragliche Haftung

### 7.1. Belgisches Recht gemäss Klägern

#### 7.1.1. Art. 1382 ff. CC

Vorausgesetzt sei gemäss dieser Bestimmung eine "faute aquilienne", umfassend eine Verletzungshandlung und ein Verschulden, sodann einen Schaden und einen Kausalzusammenhang (Klagebegründung, act. 44 S. 317).

#### 7.1.2. "Faute aquilienne"

##### a) Allgemein

Dieser Fehler sei definiert als Fehlverhalten, welches einer vorsichtigen und aufmerksamen Person nicht unterlaufen würde. Es genüge, wenn im konkreten Fall tatsächlich ein Schaden entstanden und dieser voraussehbar und vermeidbar gewesen sei. Selbst ein leichtestes Verschulden reiche dabei aus für den Ersatz des ganzen Schadens (Klagebegründung, act. 44 S. 318).

##### b) Culpa in contrahendo

Culpa in contrahendo sei ein Verhalten im Vorfeld des Vertragsschlusses. Nach belgischem Recht beschlage das Fehlverhalten einer Partei im Rahmen der Vertragsverhandlungen ausschliesslich die ausservertragliche Haftung. Eine Ausnahme werde nur gemacht, wenn den Verhandlungen ein Vorvertrag zugrunde gelegen sei und das Fehlverhalten von einer vom Vorvertrag gedeckten Verpflichtung erfasst werde (act. 44 S. 318).

### c) Täuschung als Verschulden

Gestützt auf den durch die Täuschung verursachten Willensmangel könne der Getäuschte die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen, andererseits auch unter dem Titel Culpa in contrahendo Schadenersatz verlangen (act. 44 S. 319).

#### 7.1.3. Schaden

Für den Schaden gelte grundsätzlich das Gleiche wie für den vertraglichen Schaden, dieser müsse bestimmt, gegenwärtig und eigen sein. Die Voraussetzung der Vorhersehbarkeit des Schadens finde bei der ausservertraglichen Haftung keine Anwendung. Soweit ein Kausalzusammenhang gegeben sei, müsse auch der indirekte Schaden ersetzt werden (act. 44 S. 320).

#### 7.1.4. Kausalzusammenhang

Es gelte das Gleiche wie bei der vertraglichen Haftung, auch hier sei nach belgischem Recht also keine Adäquanz verlangt (act. 44 S. 320).

#### 7.1.5. Verhältnis zur vertraglichen Haftung

##### a) Grundsatz

Es gelte der Grundsatz, dass die Existenz eines Vertrages zwischen den Parteien die deliktische Haftung nicht ausschliesse. Damit sich die Frage der Konkurrenz überhaupt stellen könne, bedürfe es einer gemischten Verletzungshandlung, die sowohl eine Vertragsverletzung wie auch ein deliktisches Verhalten darstellen könne. Diesfalls könne nach der Praxis des Cour de Cassation eine Vertragspartei nur dann ausservertraglich haftbar gemacht werden, wenn nicht bloss die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, sondern diejenige einer generellen Sorgfaltpflicht vorliege und dadurch ein anderer als der durch die Schlechterfüllung resultierende Schaden verursacht werde (Klagebegründung, act. 44 S. 320 f.).

##### b) Nach Pflichten

In Frage kämen die Verletzung einer Gesetzesvorschrift oder einer vom Vertrag unabhängigen Verhaltenspflicht. Dabei schliesse die Tatsache, dass die Verlet-

zungshandlung gleichzeitig ein Verstoss gegen die vertragliche Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben sei, eine ausservertragliche Haftung nicht aus. Die Verletzung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht und der allgemeinen Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben sowie zur Loyalität insbesondere im Rahmen einer absichtlichen Täuschung eröffneten dem Geschädigten die ausservertragliche Haftung, ohne dass sich der Täuschende einer vertraglichen Haftung entschlagen könnte oder umgekehrt (act. 44 S. 321 f.).

### c) Nach Schaden

Allerdings dürfe der Schaden nicht rein vertraglicher Natur sein, also nicht ausschliesslich im Verlust eines Vorteils bestehen, der bei richtiger Erfüllung des Vertrags nach gerechtfertigter Erwartung der Parteien entstanden wäre (act. 44 S. 322).

### 7.2. Belgisches Recht gemäss Beklagten

Gemäss belgischem Recht bestünden für Vertragsparteien eigene Informationspflichten. Eine Vertragspartei müsse also, wenn sie eine Haftung aus Culpa in contrahendo geltend machen wolle, nachweisen, dass sie in sorgfältiger Art und Weise sämtliche Massnahmen zur Beschaffung der für sie relevanten Informationen getroffen habe (Klageantwort, act. 67 S. 213 und S. 285).

Die Beklagten bestreiten die Möglichkeit zur gleichzeitigen Geltendmachung von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen (act. 67 S. 285). Es bestehe eine ständige belgische Gerichtspraxis, wonach die vertragliche Haftung diejenige auf deliktischer und quasi-deliktischer Grundlage weitgehend ausschliesse. Eine Ausnahme, dass sich also eine Partei gegenüber einem mit ihr vertraglich verbundenen Anspruchsgegner auf ausservertragliche Anspruchsgrundlagen stützen könne, sei nur unter den zwei kumulativen Voraussetzungen gegeben, dass (1) die der ausservertraglichen Haftung zugrundeliegenden Fakten keine Vertragsverletzung begründeten, sondern eine Verletzung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 1382 CC und (2) der dadurch erlittene Schaden ein anderer sei als derjenige, welcher durch die Vertragsverletzung begründet worden sei. Der An-

wendungsbereich der Anspruchskonkurrenz sei demnach sehr klein und praktisch auf den Fall beschränkt, in dem die Schädigung durch strafbares Verhalten erfolge, was vorliegend unbestritten nicht zutrefte (act. 67 S. 214 f.). Der belgische Cour des Cassation habe ausdrücklich festgehalten, dass die Verletzung der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben gerade keine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten nach Art. 1382 CC darstelle (act. 67 S. 285).

### 7.3. Subsumtion gemäss Klägern

Die Beklagten hätten die Kläger absichtlich getäuscht indem sie mit buchhalterischen Machenschaften und mit einer irreführenden Kommunikationspolitik eine Irreführung bewirkt und keine Absicht zur Vertragserfüllung gehabt hätten. Die Kläger hätten daher im Sinne einer zweiten Eventualbegründung (eigentlich eine Subsubsub-Eventualbegründung) gestützt auf Art. 1116 CCC oder zufolge Culpa in contrahendo nach Art. 1382 CC, nämlich mit einem Verschulden nicht rein vertraglicher Natur, wiederum die Schäden des Jahres 2001 zu gut.

Hätten die Kläger die wahren Umstände, über die sie von den Beklagten absichtlich getäuscht worden seien, gekannt, so hätten sie die Verträge nie abgeschlossen (Klagebegründung, act. 44 S. 334). Und selbst wenn das Gericht wider Erwarten die absichtliche Täuschung durch die Beklagten verneinen sollten, wäre das Verhalten der Beklagten als Culpa in contrahendo zu qualifizieren: Die Beklagten hätten es unterlassen, die Kläger im Rahmen der Verhandlungen der fraglichen Verträge über die schlimme finanzielle Lage zu informieren. Das Verschulden der Beklagten sei nicht rein vertraglicher Natur, was schon daraus folge, dass es den Vertragsschluss betreffe. Obwohl die gleichen Schäden geltend gemacht würden (act. 44 S. 335), seien diese nicht rein vertraglicher Natur, da sie nicht ausschliesslich im Verlust eines Vorteils bestünden, der bei richtiger Erfüllung des Vertrags nach gerechtfertigter Erwartung der Parteien entstanden wäre (act. 44 S. 335 i.V.m. S. 322). Das Verschulden und der damit zusammenhängende Schaden wären auch gegeben, wenn Art. 2.13 SMA nicht existierte (act. 44 S. 335).

#### 7.4. Stellungnahme der Beklagten

Die Beklagten weisen zutreffend darauf hin, dass die Kläger selbst behaupteten, der unter dem Titel ausservertragliche Haftung geltend gemachte Schadenersatz sei "identisch mit demjenigen, für den die Kläger den Ersatz gestützt auf die Vertragsverletzungen verlangen" (Klageantwort, act. 67 S. 287 unter Verweis auf act. 44 S. 285). Für den Fall, dass trotzdem eine alternative Konkurrenz angenommen werde, würden sowohl Täuschungshandlung als auch culpa in contrahendo, Schaden und Kausalzusammenhang bestritten (act. 67 S. 227).

#### 7.5. Beurteilung durch das Gericht

Die Kläger schreiben in der Klagebegründung selbst, der ausservertraglich verlangte Schadenersatz sei "identisch mit demjenigen, für den die Kläger den Ersatz gestützt auf die Vertragsverletzungen verlangen" (act. 44 S. 285). Sie anerkennen in der Replik zudem, gemäss Praxis der belgischen Cour de Cassation müsse ein anderer als der durch die Schlechterfüllung resultierende Schaden verursacht worden sein (Replik, act. 77 S. 317). Damit muss eine ausservertragliche Haftung schon aus diesem Grund verneint werden.

Im Übrigen treffen die bei der vertraglichen Haftung gemachten Ausführungen in weiten Teilen auch für die ausservertragliche Haftung zu. Dies gilt insbesondere für das fehlende Verschulden, aber desgleichen für fehlende Schäden und den fehlenden Kausalzusammenhang.

Damit ergibt sich keine Haftung der Beklagten aus Art. 1382 ff. CC.

#### 8. Schlussfolgerung

Aus den angeführten Gründen sind die Klagen vollumfänglich abzuweisen.

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO/ZH). Der Streitwert entspricht bei der Kollokationsklage grundsätzlich dem mit der Klage höchstens erzielbaren Prozessgewinn, also dem Betrag der mutmasslichen Nachlassdividende. Dabei ist das mutmassliche Treffnis, welches gemäss Kollokationsplan der durch die Klage betroffenen Forderung zufallen würde, wenn die Klage nicht erhoben würde, jenem Betreffnis gegenüberzustellen, das nach erfolgreicher Klage dieser Forderung zukommen dürfte, mit anderen Worten hat die Berechnung der Dividende unter Einbezug der strittigen Forderung zu erfolgen (BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Aufl., N 49 zu Art. 250; Brunner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl., Bern 2002, S. 55). Die Kolliquidatoren bzw. der Liquidator, welche sich an diese Berechnungsweise halten, beziffern die maximalen Nachlassdividenden im neuesten Zirkular Nr. 1 vom mm.2010 bei der Beklagten 1 auf 20,6% und im Zirkular Nr. 2 vom mm.2010 bei der Beklagten 2 auf 16,4% (... [Internetadresse]). Damit liegt der Streitwert der hier eingeklagten Forderungen auf CHF 7'985'450 bei der Forderung des Klägers 1 gegen die Beklagte 1, auf CHF 93'793'830 bei der Forderung der Klägerin 2 gegen die Beklagte 1 und auf CHF 52'046'344 für die Forderung der Klägerin 3 gegen die Beklagte 1 sowie auf CHF 6'357'349 bei der Forderung des Klägers 1 gegen die Beklagte 2, auf CHF 74'670'816 bei der Forderung der Klägerin 2 gegen die Beklagte 2 und auf CHF 41'434'954 bei der Forderung der Klägerin 3 gegen die Beklagte 2.

Total ergibt sich ein Streitwert von CHF 276'288'743. Dem entspricht nach der massgeblichen Verordnung des Obergerichts eine Gerichtsgebühr von CHF 1'452'194. Anteilsmässig auf die sechs Forderungen aufgeteilt ergeben sich Gerichtsgebühren von jeweils CHF 41'972 für die Forderung des Klägers 1 gegen die Beklagte 1, CHF 492'987 für die Forderung der Klägerin 2 gegen die Beklagte 1, CHF 273'559 für die Forderung der Klägerin 3 gegen die Beklagte 1, CHF 33'415 für die Forderung des Klägers 1 gegen die Beklagte 2, CHF 392'475 für die Forderung der Klägerin 2 gegen die Beklagte 2 und CHF 217'785 für die Forderung der Klägerin 3 gegen die Beklagte 2. Dies ergibt Gerichtsgebühren für

den Kläger 1 von total abgerundet CHF 75'000, für die Klägerin 2 CHF 885'000 und für die Klägerin 3 von CHF 491'000, total CHF 1'451'000.

Die ordentliche Prozessentschädigung von CHF 1'437'844 ist auf Grund der Praxis der zürcherischen Gerichte (ZR 96 [1997] S. 236 mit weiteren Hinweisen, u.a. auf Art. 3 des Tarifs über die Entschädigung an die Gegenpartei für das Verfahren vor Bundesgericht [SR 173.119.1]) für die Kolidatoren bzw. den Liquidator als Organe der Beklagten auf 75%, mithin auf CHF 1'078'383 (ohne Mehrwertsteuer) festzusetzen. Mit einem Zuschlag von 30% für die Duplik ergibt sich ein Betrag 97,5% der ordentlichen Prozessentschädigung, entsprechend CHF 1'401'898. Die Kläger sind anteilmässig zu deren Bezahlung an die entsprechenden Beklagten zu verpflichten.

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Die Klagen werden abgewiesen soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'451'000.
3. Die Gerichtsgebühr wird den Klägern wie folgt auferlegt:  
Kläger 1 CHF 75'000, Klägerin 2 CHF 885'000 und Klägerin 3 CHF 491'000.
4. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten Prozessentschädigungen wie folgt zu bezahlen: Der Kläger 1 an die Beklagte 1 CHF 40'518, die Klägerin 2 an die Beklagte 1 CHF 475'913, die Klägerin 3 an die Beklagte 1 CHF 264'085, der Kläger 1 an die Beklagte 2 CHF 32'257, die Klägerin 2 an die Beklagte 2 CHF 378'882 und die Klägerin 3 an die Beklagte 2 CHF 210'242.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Rückschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Der Einzelrichter

Die Gerichtschreiberin

lic. iur. F. Ziltener

lic. iur. F. Kunz