

ZH_KASSATIONSGERICHT AA070022 vom 15. November 2007

Zh Kassationsgericht, 2007-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070022

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070022 du 15 novembre 2007

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070022 del 15 novembre 2007

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerdegegnerin hatte der Beschwerdeführerin im Jahre 1999 einen Blankokredit mit einer Limite von Fr. 100 Mio. gewährt. Der Kredit wurde voll ausgeschöpft. Im August und September 2001 erfolgten Rückzahlungen von insgesamt Fr. 80 Mio., nämlich zweimal Fr. 30 Mio. (21.8.2001 und 5.9.2001) und einmal Fr. 20 Mio. (27.9.2001) (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 20. Juni 2003 bestätigte der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich (Nachlassrichter des Bezirkes Zürich) einen von der Beschwerdeführerin ihren Gläubigern vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung (HG act. 3/7). In der Folge forderte der Liquidator der Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 288 SchKG diese Fr. 80 Mio. zurück (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 2).

E. 2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe dabei verschiedene von ihr aufgestellte Behauptungen und von ihr eingereichte Belege nicht berücksichtigt und/oder sei im Urteil nicht darauf eingegangen. Dadurch habe die Vorinstanz ihren Gehörsanspruch verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 15 - 19). Ferner habe die Vorinstanz ihren Anspruch auf ein Beweisverfahren verletzt, insbesondere ihren Anspruch auf abschliessende Nennung von Beweismitteln

- 8 - nach Erlass eines Beweisaufgabebschlusses (Beschwerde KG act. 1 S. 19 - 25). Überdies habe sie unzulässige antizipierte Beweiswürdigungen vorgenommen (Beschwerde KG act. 1 S. 22 oben, S. 23 oben, S. 24 Rz 51). Sodann behauptet die Beschwerdeführerin Aktenwidrigkeiten (Beschwerde KG act. 1 S. 26 - 31) und willkürliche tatsächliche Annahmen (Beschwerde KG act. 1 S. 31 - 34). Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung klaren materiellen Rechts (Beschwerde KG act. 1 S. 34 - 37).

E. 3

Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde (von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO). Das angefochtene Urteil unterliegt auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 28. Die Beschwerdeführerin reichte beim Bundesgericht eine solche bereits ein; vgl. KG act. 6). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich,

BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95). Auf solche Rügen kann deshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (vgl. auch Kass.-Nr. AA070023 vom 2.3.2007 Erw. 3.c, Kass.-Nr. AA070025 vom 4.6.2007 Erw. II.2, Kass.-Nr. AA070045 vom 5.6.2007 Erw. II.2.b). Es ist nicht ersichtlich, dass sich bezüglich der bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts durch das BGG bei der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG eine Änderung im Vergleich zur Kognition bei der früheren Berufung nach Art. 43 ff. OG (vgl. insbesondere Art. 63 Abs. 3 OG) ergeben hätte. Die im Rahmen der Berufung nach Art. 43 ff. OG entwickelte Rechtsprechung zur bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts kann auch unter dem Geltungsbereich des BGG angewandt werden.

- 9 -

E. 4

Mit der Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 288 SchKG (Beschwerde KG act. 1 S. 34 - 37). Dabei handelt es sich um Bundesrecht. § 285 ZPO geht § 281 ZPO vor. Auf diese Rüge kann nach dem Gesagten nicht eingetreten werden (vgl. Kass.-Nr. AA070023 vom 2.3.2007 Erw. 3.c, Kass.-Nr. AA070025 vom 4.6.2007 Erw. II.2., Kass.-Nr. AA070045 vom 5.6.2007 Erw. II.2.b).

E. 5

Das gilt aber auch für die übrigen Rügen:

E. 5.1

Die Vorinstanz wies die Klage "wegen Verneinung des Erkennens bzw. Erkennensollens einer Schädigungsabsicht" ab und liess deshalb offen, ob auf Seiten der Schuldnerin eine Schädigungsabsicht bestanden habe. Dabei hielt die Vorinstanz explizit fest, dass diese Abweisung auf den dem Gericht als im Verhältnis der Parteien relevant erscheinenden, konkret vorgetragenen Umständen beruhe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27 Erw. VII.5).

E. 5.2

Sowohl aus der Formulierung "des Erkennens bzw. Erkennensollens" zusammen mit dem Offenlassen einer Schädigungsabsicht der Schuldnerin als auch aus den dieser Formulierung vorangehenden Erwägungen zeigt sich, dass die Vorinstanz nicht in tatsächlicher Hinsicht feststellte, dass die Beschwerdegegnerin tatsächlich keine Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin erkannte (bzw. dass die Beschwerdegegnerin bei der Entgegennahme der Fr. 80 Mio. tatsächlich der Meinung war, dass die Beschwerdeführerin keine Schädigungsabsicht hatte). Vielmehr ging die Vorinstanz davon aus, dass aus den von den Parteien vorgetragenen Umständen eine allfällige Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin (selbst wenn diese eine solche gehabt hätte) für die Beschwerdegegnerin nicht erkennbar war, oder m.a.W. dass die Beschwerdegegnerin aus den von den Parteien vorgetragenen Umständen eine allfällige Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin (selbst wenn sie eine solche gehabt hätte) nicht hätte erkennen müssen. Nur aus dieser fehlenden Erkennbarkeit (und nicht etwa als tatsächliche Feststellung der Kenntnis von Organen/Vertretern der Beschwerdegegnerin) verneinte die Vorinstanz auch das Erkennen seitens der Beschwerdegegnerin einer allfälligen Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin. So erklärte diese denn auch, sich in der Beschwerde auf Rügen zu

- 10 - beschränken, welche im Bereich des Tatbestandsmerkmals der Erkennbarkeit gemäss Art. 288 SchKG relevant seien (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Rz 8).

E. 5.3

Die Frage der Erkennbarkeit resp. die Frage, ob aus bestimmten Umständen auf eine Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG geschlossen werden muss, ist eine Frage des Bundesrechts (Kass.-Nr. 2002/291 vom 10.7.2003 Erw. II.4.2.a; vgl. auch Erw. II.4.2.c, II.4.2.d und II.4.2.e). Dabei handelt es sich nicht um aus Beweisverfahren resultierende tatsächliche Feststellungen, sondern um die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung. Diese wird vom Bundesgericht wie Rechtssätze ebenfalls frei überprüft (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 95 f., mit Verweisungen). Ebenfalls eine Frage der Anwendung des Bundesrechts ist, welche von der Beschwerdeführerin (bzw. den Parteien) vor Vorinstanz vor- gebrachten Umstände für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht von Relevanz sind. Das angefochtene Urteil basiert ausschliesslich auf der Schlussfolgerung der Verneinung der Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG einer Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin aus den von den Parteien vor- getragenen, von der Vorinstanz als relevant erachteten Umständen. Es basiert mithin ausschliesslich auf der Anwendung von Bundesrecht. Rügen dagegen sind dementsprechend beim Bundesgericht zu erheben. Im vorliegenden Verfahren kann darauf nicht eingetreten werden.

E. 5.4

Berücksichtigte die Vorinstanz Sachverhaltsbehauptungen nicht (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 2 f. und S. 7 - 10 sowie S. 10 - 14), so deshalb, weil sie sie als für die Frage der Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG nicht relevant erachtete (vgl. explizit KG act. 2 S. 27 Erw. VII.5.). Die Frage der Relevanz ist eine solche der Anwendung des Bundesrechts.

E. 5.5

Die Beschwerdeführerin rügt als Verletzungen von § 56 Abs. 1 ZPO und (bzw. in Verbindung mit) § 157 Ziff. 9 GVG, dass die Vorinstanz ihr Urteil nicht hinreichend begründet habe (Beschwerde KG act. 1 S. 15 - 18). Insbesondere habe die Vorinstanz Verhandlungen über die teilweise Verlängerung des

- 11 - Darlehens (von insgesamt Fr. 100 Mio.) nicht in Vergleich zu Verhandlungen über frühere Verlängerungen des Darlehens gestellt (Beschwerde KG act. 1 S. 16 f.), sich nicht mit von der Beschwerdeführerin eingereichten Presseartikeln aus- einandergesetzt (Beschwerde KG act. 1 S. 17 f.) und in der Urteilsbegründung keinen Bezug auf ein Ersuchen der Beschwerdeführerin von Mitte September 2001 an den Bund um Gewährung eines Überbrückungskredites genommen (Beschwerde KG act. 1 S. 18). a) Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht gemäss § 157 Ziff. 9 GVG war mit Bezug auf die Anwendung von Bundesrecht im kantonalen Beschwerdeverfahren während der Geltung des OG im berufungsfähigen Fall im Hinblick auf die analoge Bestimmung von Art. 51 OG nicht zulässig (ZR 93 [1994] Nr. 29, ZR 81 [1982] Nr. 88, BGE 110 II 132, 135 Erw. 3.d, Kass.-Nr. AA040043 vom 25.6.2004 Erw. II.3.2.c/aa). Auch daran hat sich mit dem Inkrafttreten des BGG nichts geändert. In nicht wesentlich anderer Weise als Art. 51 Abs. 1 lit. c OG enthält Art. 112 Abs. 1 BGG eine analoge Bestimmung wie § 157 Ziff. 9 GVG. Die Beschwerdeführerin bezieht (auch) die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht auf die Frage der Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht aus behaupteten Umständen.

Diese Frage betrifft die Anwendung von Bundesrecht. Darauf kann nicht eingetreten werden. b) Insbesondere ist auch die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin angeführten Umstände für die Frage der Erkennbarkeit relevant sind und die Vorinstanz sie deshalb hätte (anders) würdigen müssen, eine solche der Anwendung des Bundesrechts, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann. c) Eine im vorliegenden Verfahren zulässige und zu prüfende Frage wäre demgegenüber die Rüge, die Vorinstanz habe Vorbringen der Beschwerdeführerin überhaupt nicht beachtet, wenn damit eine Verletzung des Gehörsanspruchs gerügt würde (vgl. auch dazu Kass.-Nr. AA040043 vom 25.6.2004 Erw. II.3.2.c/aa).

- 12 - aa) Aus Art. 4 aBV bzw. Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 126 I 16 E. 2a/aa, 123 I 34 E. 2c, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2). bb) Die Vorinstanz zitierte wörtlich die Zusammenfassung der Darstellung der Beschwerdeführerin selber (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 8 - 11, Zitat aus HG act. 1 S. 5 - 9). Schon damit ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin, welche diese selber als wesentlich erachtete, durchaus zur Kenntnis nahm und prüfte. Insbesondere ist darunter die Darstellung der Beschwerdeführerin enthalten, dass die Beschwerdegegnerin Ende Mai 2001 den Kredit von Fr. 100 Mio. nur noch um einen Monat verlängert habe, während er vorher regelmässig für drei Monate fest gewährt worden sei (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 9 vierter Absatz; Beschwerde KG act. 1 S. 16). Die Vorinstanz erwähnte den von der Beschwerdeführerin angeführten Bericht in der NZZ vom 27. September 2001 (Beschwerde KG act. 1 S. 9 f. Rz 18 f., S. 17 Rz 35; angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 25 f. [im Gegensatz zur Behauptung der Beschwerdeführerin mit Begründung, weshalb er nicht relevant sei]) wie auch denjenigen in der SonntagsZeitung vom 23. September 2001 (HG act. 17/169; Beschwerde KG act. 1 S. 9 Rz 17, S. 17 Rz 35; angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 26), beachtete diese also durchaus. Zwar erwähnte die Vorinstanz in ihrer Urteilsbegründung die Behauptung nicht, dass der Bundesrat auf eine Vorsprache

- 13 - der Beschwerdeführerin vom 17. September 2001 ihr Ersuchen um Gewährung einer "überlebensnotwendigen Finanzspritze" von Fr. 1 Mrd. umgehend abgelehnt habe (HG act. 1 S. 75 Rz 186, HG act. 16 S. 53 Rz 147, Beschwerde KG act. 1 S. 8, S. 18). Die Vorinstanz erwähnte indes, dass die Klageabweisung auf den von ihr als im Verhältnis der Parteien relevant erscheinenden Umständen beruhe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27 Erw. VII.5). Sie erwähnte den Bericht in der SonntagsZeitung vom 23. September 2001 und würdigte diesen als mehr oder weniger positiven Artikel über die Entwicklung der Beschwerdeführerin (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 26). In diesem Bericht, den die

Vorinstanz mithin offensichtlich zur Kenntnis genommen hatte, ist u.a. erwähnt, dass der Milliarden-beistandskredit der Banken nicht verfügbar sei, dass ursprünglich der Bund die Milliarde bezahlen sollte, dass dieser Plan am Widerstand der eidgenössischen Finanzverwaltung gescheitert sei und dass diese gefordert habe, dass zuerst ein Schuldenverzicht der Banken erfolgen müsse (HG act. 17/169). Die Vorinstanz nahm mithin auch dies zur Kenntnis, erachtete es aber offensichtlich nicht als relevant für die zu beurteilenden Fragen. Eine Gehörsverletzung durch Nicht-beachtung der Darstellung der Beschwerdeführerin liegt somit nicht vor, zumal die Beschwerdeführerin selber diesen Umstand nicht als so relevant erachtete, dass sie ihn in ihrer Zusammenfassung (HG act. 1 S. 5 - 9) erwähnte. Ob dieser Umstand für die zu beurteilenden Fragen relevant ist oder nicht, ist wiederum eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden kann.

E. 5.6

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 19 - 25). a) Beweis ist nur über erhebliche streitige Tatsachen zu erheben (§ 136 ZPO). Ist eine behauptete Tatsache nicht entscheidrelevant, ist demnach darüber auch kein Beweis abzunehmen, selbst wenn sie bestritten ist. b) Die Vorinstanz erwog, die Klage sei wegen Verneinung des Erkennensollens einer Schädigungsabsicht abzuweisen. Diese Abweisung beruhe auf den dem Gericht als im Verhältnis der Parteien relevant erscheinenden, konkret vor-

- 14 - getragenen Umständen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27 Erw. VII.5.). Die Vorinstanz ging somit davon aus, dass die von den Parteien - also selbst auch die von der Beschwerdeführerin - konkret vorgetragene Umstände die Schlussfolgerung auf eine Erkennbarkeit (für die Beschwerdegegnerin) einer Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin nicht zuließen. Die Klage sei schon deshalb abzuweisen. Damit ging die Vorinstanz davon aus, dass die von der Beschwerdeführerin konkret behaupteten Tatsachen nicht entscheidrelevant sind, weil durch sie (auch wenn die tatsächlichen Behauptungen zutreffen) der Tatbestand von Art. 288 SchKG nicht erfüllt werde. Ob dies richtig ist oder nicht, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Die Vorinstanz führte mithin aus bundesrechtlichen Gründen kein Beweisverfahren durch. Deshalb kann auch auf die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf ein Beweisverfahren im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Kommt das Bundesgericht auf entsprechende Rügen zum rechtlichen Schluss, dass entgegen dem vorinstanzlichen Urteil die Sachdarstellung der Beschwerdeführerin zur Gutheissung der auf Art. 288 SchKG gestützten Klage führt, wird es die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückweisen können, soweit diese Sachdarstellung bestritten ist. c) Im Wesentlichen macht die Beschwerdeführerin denn auch unter diesem Titel der Verletzung des Anspruchs auf Durchführung eines Beweisverfahrens geltend, dass ihre - einzeln bezeichneten - Sachverhaltsbehauptungen (im Gegensatz zur vorinstanzlichen Würdigung) entscheidrelevant seien (Beschwerde KG act. 1 S. 20 - 25). Ob sie das sind oder eben nicht, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann. d) Die Beschwerdeführerin verweist auf eine kassationsgerichtliche Rechtsprechung, wonach es (bevor den Parteien durch einen Beweisaufgabebeschluss die Möglichkeit zur abschliessenden Nennung ihrer Beweismittel gegeben worden sei) nicht zulässig sei, aufgrund einer Würdigung bereits im Hauptverfahren eingereichter Beweismittel behauptete streitige Tatsachen abschliessend

als erwiesen oder als unbeweisbar zu erachten und aus diesem Grund auf die

- 15 - Durchführung eines Beweisverfahrens zu verzichten. Auch eine antizipierte Beweiswürdigung dürfe frühestens dann vorgenommen werden, wenn die Parteien ihre Beweismittel abschliessend genannt hätten (Beschwerde KG act. 1 S. 19 Rz 38 mit Verweisung auf ZR 95 [1996] Nr. 73 sowie auf einen Beschluss des Kassationsgerichts vom 13. Juli 2006). Im vorliegenden Fall nahm indes die Vorinstanz gar keine Beweiswürdigung vor. Sie verzichtete nicht wegen einer Würdigung bereits im Hauptverfahren ein- gereichter Beweismittel oder wegen einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Durchführung eines Beweisverfahrens. Vielmehr wies sie die Klage ohne tatsäch- liche Feststellungen über streitige Tatsachen bereits aufgrund einer rechtlichen Würdigung der von den Parteien vorgetragenen Umstände ab. Die Zitate der Beschwerdeführerin gehen am angefochtenen Urteil vorbei. e) Im Einzelnen: aa) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe mit Bezug auf ein am 19. Juli 2001 zahlreichen Banken zugestelltes Informationspaket (KG act. 2 S. 19 f.), betitelt mit "Interim [recte, vgl. HG act. 3/101:] Information Disclosure for Lenders" (im Folgenden abgekürzt mit: "Interim Information"), behauptet, dass daraus nicht ohne weiteres geschlossen werden könne, dass der obersten Holdinggesellschaft genügend Liquidität zur Deckung ihres Finanzbedarfes, insbesondere zur Rückführung der Bankdarlehen, zur Verfügung stehe, dass diese "Interim Information" bezüglich Liquiditätssituation keine Notfallplanung enthalte und dass die Eintretenswahrscheinlichkeit des in dieser "Interim Information" abgebildeten Szenarios gleich null gewesen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 20 f., S. 10 - 12). Die Vorinstanz traf indes gar keine diesen Bestreitungen der Beschwerde- führerin widersprechenden Feststellungen. Im Gegensatz zur Behauptung der Beschwerdeführerin, wenn diese so verstanden sein will (Beschwerde KG act. 1 S. 20 Rz 39), leitete die Vorinstanz nicht aus dieser "Interim Information" ab, dass Mitte Juli 2001 kein Anlass bestanden habe, ein baldiges Fallieren anzunehmen.

- 16 - Vielmehr begründete die Vorinstanz diese Würdigung damit, dass grosse Finanzinstitute bereit gewesen seien, Gelder zur Verfügung zu stellen, dass die Researchabteilung der Beschwerdegegnerin am 18. Juli 2001 die Aktien der Beschwerdeführerin zum Kauf empfohlen habe, dass sich die Aktie der Beschwerdeführerin im Juli 2001 erholt habe (vgl. angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 20). Insbesondere finden sich im angefochtenen Urteil keine vorinstanzlichen Feststellungen, dass aus der "Interim Information" (im Gegensatz zu den Bestreitungen der Beschwerdeführerin) zu schliessen sei, dass der obersten Holdinggesellschaft genügend Liquidität zur Deckung ihres Finanzbedarfs zur Verfügung gestanden sei, dass die "Interim Information" eine Notfallplanung bezüglich Liquidität enthalte oder dass das Eintreten eines in der "Interim Information" enthaltenen Szenarios wahrscheinlich gewesen wäre. Traf die Vor- instanz keine solchen Feststellungen, bestand kein Anlass, darüber aufgrund der diesbezüglichen Bestreitungen der Beschwerdeführerin (was aus der "Interim Information" nicht geschlossen werden könne bzw. was sie nicht enthalte) ein Beweisverfahren durchzuführen. bb) Die Beschwerdeführerin macht geltend, durch die vorinstanzliche Urteilsbegründung ziehe sich die Argumentation wie ein roter Faden, die Beschwerdeführerin habe sich im Zeitpunkt der angefochtenen Darlehensrückzahlungen in einer Sanierungsphase befunden und es habe in der Form der "Interim Information" sowie einem "Restructuring Plan" ein Sanierungskonzept bestanden, welches der Beschwerdegegnerin bekannt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe mehrfach bestritten, dass es sich bei diesen zwei Dokumenten um Sanierungspläne bzw. -konzepte

gehandelt habe, welche die von Fachleuten verlangte Qualität eines Sanierungsplanes aufgewiesen hätten. Die Vorinstanz hätte ihr deshalb mittels eines Beweisaufgebots Gelegenheit geben müssen, abschliessend ihre Beweismittel dafür zu nennen (Beschwerde KG act. 1 S. 22). Zwar ging die Vorinstanz durchaus davon aus, dass sich die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der angefochtenen Darlehensrückzahlungen in einer Sanierungsphase befunden hatte (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 ff.). Die

- 17 - Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass, inwiefern und wo dieser Umstand in den vor Vorinstanz vorgetragene Parteibehauptungen umstritten gewesen wäre. Ihre Rüge bezieht sich denn auch nicht eigentlich darauf, sondern auf die andere, davon unabhängige Frage eines "tragfähigen Sanierungskonzeptes". Diesbezüglich zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf und ergibt es sich auch nicht aus dem angefochtenen Urteil, dass die Vorinstanz davon ausgegangen wäre, dass es sich bei den beiden Dokumenten "Interim Information" und "Restructuring Plan" um Sanierungspläne bzw. -konzepte gehandelt hätte, welche die von Fachleuten verlangte Qualität eines Sanierungsplanes aufgewiesen hätten. Ebenso wenig zeigt die Beschwerdeführerin auf, dass die Vorinstanz überhaupt davon ausgegangen wäre, dass im Zeitraum der angefochtenen Darlehensrückzahlungen ein tragfähiges Sanierungskonzept bestanden habe. Auch diesbezüglich bestand deshalb kein Anlass, über die Bestreitungen der Beschwerdeführerin (welche Qualität die zitierten Dokumente nicht aufgewiesen hätten) ein Beweisverfahren durchzuführen. Auch diesbezüglich gehen die Ausführungen der Beschwerdeführerin am angefochtenen Urteil vorbei. cc) Die Vorinstanz erwog, anerkenne man das Recht eines grossen, börsenkotierten Unternehmens, im Rahmen von Sanierungsbemühungen den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten, könne jedenfalls aus Sicht der Geschäftspartner ohne spezielle Umstände, wie Insiderwissen über ein bevorstehendes Fallieren, die Entgegennahme von Erfüllungshandlungen nicht als Ausdruck einer erkannten Benachteiligungsabsicht gesehen werden. Es sei nicht dargetan, dass die Beschwerdegegnerin am 20. August 2001 über besagtes spezifisches Wissen verfügt habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 21). Daraus macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass kein relevanter Informationsvorsprung der Beschwerdegegnerin gegenüber der breiten Öffentlichkeit bestanden habe (Beschwerde KG act. 1 S. 23 Rz 48). Das trifft indes nicht zu, und auch damit argumentiert die Beschwerdeführerin am angefochtenen Entscheid vorbei. Die Vorinstanz ging durchaus davon aus, dass die Beschwerdegegnerin über ein grösseres Wissen als die Öffentlichkeit verfügte, so insbesondere die Informationen der Beschwerdeführerin an die kreditgebenden Banken

- 18 - ("Restructuring Plan", "Interim Information" [KG act. 2 S. 19 unten], Mitteilung von J. Fouse vom 8. August 2001 [KG act. 2 S. 20 unten]) und die Mitteilung der Beschwerdeführerin vom 17. August 2001 HG act. 3/109 (KG act. 2 S. 21 oben). Die Vorinstanz ging nicht davon aus, dass die Beschwerdegegnerin nicht über ein grösseres Wissen als die breite Öffentlichkeit verfügte, sondern lediglich davon, dass sie kein Insiderwissen über ein bevorstehendes Fallieren hatte. Dass sie ein solches Wissen vor Vorinstanz konkret behauptet hatte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Aus den von ihr in der Beschwerde erwähnten Behauptungen und Belegen (Beschwerde KG act. 1 S. 12 f. Rz 24, S. 23 Rz 49) ergab sich keine Behauptung, dass die Beschwerdegegnerin ein Insiderwissen über ein bevorstehendes Fallieren der Beschwerdeführerin gehabt habe.

Deshalb hatte die Vorinstanz darüber auch kein Beweisverfahren durchzuführen. Darüber, ob die Beschwerdegegnerin über wesentlich detailliertere Kenntnisse über den Geschäftsgang und die Finanzaufgaben der Beschwerdeführerin verfügte als die breite Öffentlichkeit (Beschwerde KG act. 1 S. 24 Rz 51), hatte die Vorinstanz deshalb kein Beweisverfahren durchzuführen, weil sie durchaus davon ausging (soweit diese Behauptung mit Hinweisen auf einzelne Informationen konkretisiert war). Abgesehen davon ist es eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann, ob die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Erkennbarkeit gemäss Art. 288 SchKG relevant ist oder nicht. dd) Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, dass ihre Behauptung nicht zum Beweis verstellt worden sei, B_____ habe am 4. September 2001 mit A_____ von der Beschwerdegegnerin telefoniert und um eine Verlängerung der ganzen Fr. 70 Mio. gebeten (Beschwerde KG act. 1 S. 24 Rz 52 mit Verweisung auf S. 14 Rz 27). Die Vorinstanz zitierte diese Behauptung der Beschwerdeführerin wörtlich (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 24 unten). Sie unterstellte sie in ihrem Urteil als richtig (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 24 f.). Der Beschwerdeführerin erwuchs damit kein Nachteil daraus, dass die Vorinstanz diese gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin bestrittene Behauptung nicht zum Beweis ver-

- 19 - stellte. Ob die Vorinstanz daraus den für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG (Beschwerde KG act. 1 S. 25 oben) richtigen Schluss zog oder nicht, ist wieder eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, auf welche vorliegend nicht eingetreten werden kann.

E. 5.7

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das angefochtene Urteil sei mit "Aktenwidrigkeiten wegen versehentlicher Nichtberücksichtigung unbestrittener Behauptungen zu rechtsrelevanten Sachverhaltselementen" behaftet (Beschwerde KG act. 1 S. 26 - 31). Nach Art. 55 lit. d OG konnte im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, a.a.O., Rz 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 OG). Inhaltlich entspricht die Verwehrrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt (wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt; Beschwerde KG act. 1 S. 26 Rz 56) dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88 Erw. 6; von Rechenberg, die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986 S. 27; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 44 zu § 281). Demzufolge konnte das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel war vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285, N 44 a.E. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S.

68).

- 20 - a) Es ist fraglich, ob diese Rechtsprechung ohne weiteres - wie die Beschwerdegegnerin geltend zu machen scheint (Beschwerdeantwort KG act. 13 S. 21 Rz 15) - auch unter der Herrschaft des BGG Gültigkeit beanspruchen kann. Während Art. 55 Abs. 1 lit. d OG und Art. 63 Abs. 2 OG dem Bundesgericht explizit erlaubten, auf Versehen beruhende vorinstanzliche tatsächliche Feststellungen von Amtes wegen zu berichtigen, verwenden die analogen Bestimmungen Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG den Begriff "Versehen" nicht, sondern ermöglichen dem Bundesgericht, die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen zu berichtigen oder zu ergänzen, wenn sie "offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95" BGG beruht. Die Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Revision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, S. 4207 ff., S. 4338, erklärt, eine "offensichtlich unrichtige" Sachverhaltsfeststellung in diesem Sinne liege vor, wenn eine tatsächliche Feststellung unhaltbar und damit willkürlich nach Art. 9 BV sei. Gestützt darauf setzt das Bundesgericht den Begriff "offensichtlich unrichtig" mit "willkürlich" im Sinne von Art. 9 BV gleich (Entscheide des Bundesgerichts 5A_21/2007 vom 13.2.2007, 5A_41/2007 vom 26.2.2007, 6B_7/2007 vom 26.2.2007 Erw. 2, 6B_14/2007 vom 17.4.2007 Erw. 6.2, 6B_47/2007 vom 20.3.2007 Erw. 3, 6B_98/2007 vom 18.4.2007 Erw. 2, 6B_61/2007 vom 25.4.2007 Erw. 2, 6B_100/2007 vom 2.5.2007 Erw. 2; unklarer 5A_52/2007 vom 22.5.2007 Erw. 7.1). Prüfte das Bundesgericht eine Versehensrüge demnach neuerdings nur als Verletzung von Art. 9 BV, wäre im kantonalen Beschwerdeverfahren auf eine entsprechende Rüge einzutreten (§ 285 Abs. 2 zweiter Satz ZPO). (Vgl. aber Peter Reetz, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, in SJZ 2007 S. 29 ff., S. 38, wonach Aktenwidrigkeiten wie Bundes[gewetzes]-rechtsverletzungen zu behandeln und entsprechende Rügen gegen den ober- bzw. handelsgerichtlichen Entscheid direkt mittels Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht [und nicht etwa gestützt auf § 281 Ziff. 2 ZPO mittels Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht] zu erheben seien. Art. 105 Abs. 2 BGG entspreche seinem Gehalt nach dem bisherigen Art. 63 Abs. 2 Satz 2 OG. Mit Bezug auf Aktenwidrigkeiten bleibe es damit bei der bisherigen Praxis des Kassationsgerichts).

- 21 - b) Die Frage kann im vorliegenden Fall aber offen gelassen werden. Trotz der Bezeichnung als Aktenwidrigkeit macht die Beschwerdeführerin nämlich gar keine solche (irrtümliche tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz) geltend. Vielmehr rügt sie auch hierunter, dass die Vorinstanz bestimmte Behauptungen ihrerseits im angefochtenen Urteil nicht berücksichtigt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 27 - 31). Zwar erklärt die Beschwerdeführerin, es könne offensichtlich nicht sein, dass die Vorinstanz diese Behauptungen als rechtlich unerheblich erachtet habe. Deshalb müsse davon ausgegangen werden, dass sie offensichtlich vergessen gegangen seien (Beschwerde KG act. 1 S. 27 f. Rz 60, S. 28 f. Rz 63, S. 30 f. Rz 70). Die Beschwerdeführerin zeigt indes nicht auf, dass die Vorinstanz aufgrund solcher "Vergessen" unrichtige Sachverhaltsfeststellungen getroffen hätte. Die Aktenwidrigkeitsrüge bezieht sich auf aus Beweiswürdigung resultierende tatsächliche Feststellungen. Die Vorinstanz nahm aber gar keine Beweiswürdigung vor und traf keine (das Bundesgericht bindenden) tatsächlichen Feststellungen. Vielmehr erwog sie (ohne ein Beweisverfahren durchgeführt zu haben), die Klageabweisung beruhe auf den dem Gericht als im Verhältnis der Parteien relevant erscheinenden, konkret vorgetragenen Umständen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27 Erw. VII.5). Damit ging sie davon aus,

dass die Klage auch abzuweisen sei, wenn die von der Beschwerdeführerin konkret vorgetragene(n) tatsächlichen Behauptungen zutreffen. Tatsächlich bezeichnete sie damit - im Gegensatz zu den Behauptungen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde - sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgetragene(n) Umstände, so auch die in der Beschwerde mit dieser Rüge aufgelisteten, als rechtlich in dem Sinne irrelevant, als sie nicht zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 288 SchKG führten. Macht die Beschwerdeführerin geltend, das sei falsch, demgegenüber müsse aus den von ihr genannten Umständen, insbesondere auch unter Berücksichtigung der in der Beschwerde unter diesem Titel aufgelisteten, ein anderer rechtlicher Schluss gezogen werden, kann sie das mit der Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht vorbringen, ohne dass das Bundesgericht an vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellungen gebunden wäre. Auf diese Rügen ist aus diesem Grund nicht einzutreten.

- 22 -

E. 5.8

Schliesslich behauptet die Beschwerdeführerin "willkürliche tatsächliche Annahmen bei unbewiesenen beweisbedürftigen und rechtsrelevanten Sachverhaltselementen" (Beschwerde KG act. 1 S. 31 ff.). In den Randziffern 71 - 73 zeigt sie nicht auf, welche tatsächlichen Annahmen der Vorinstanz willkürlich sein sollen. Darauf kann nicht eingetreten werden. In den Randziffern 74 f. wiederholt die Beschwerdeführerin, was gemäss ihren Behauptungen in der "Interim Information" nicht enthalten bzw. daraus nicht ersichtlich gewesen sei, ohne darzutun, welche Tatsachen die Vorinstanz zu ihrem Nachteil festgestellt habe. Dazu kann auf vorstehende Erwägung 5.6.e/aa verwiesen werden. Im angefochtenen Urteil findet sich weder eine Feststellung, dass die Beschwerdeführerin eine neue Strategie gehabt habe, welche im Sinne eines Businessplanes betriebswirtschaftlich untermauert gewesen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 33 Rz 75 f.), noch eine Würdigung, die Behauptung sei nicht beweisbar, B_____ habe am 4. September 2001 die Beschwerdegegnerin um eine Verlängerung des gesamten Betrags von Fr. 70 Mio. ersucht, noch eine Annahme, das Begehren von B_____ habe nichts mit der Liquidität der Beschwerdeführerin zu tun (Beschwerde KG act. 1 S. 34 Rz 77). Diese Ausführungen gehen am angefochtenen Urteil vorbei.

E. 7

Die Beschwerdeführerin wies keinen in diesem Verfahren zulässigen Nichtigkeitsgrund nach. Das angefochtene Urteil basiert ausschliesslich auf der Anwendung von Bundesrecht. Rügen dagegen können mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG vor Bundesgericht vorgebracht werden. Dieses prüft sie frei. Im vorliegenden Verfahren kann darauf und damit auf die Beschwerde insgesamt nicht eingetreten werden. II I. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dementsprechend ist sie auch zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen

- 23 - im Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.