

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070141 vom 3. Oktober 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-10-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070141](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070141)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070141 du 3 octobre 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070141 del 3 ottobre 2008

## Erwägungen

### E. 1

Die Beschwerdeführerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerin; wenn nachfolgend von der Beschwerdeführerin [diese ist nun die X. AG] die Rede ist, ist damit [auch] deren Rechtsvorgängerin [die X.Y.] gemeint) war die gesetzliche Revisionsstelle der Beschwerdegegnerin, einer Aktiengesellschaft. Für im Zeitraum Juni 2000 bis Februar 2001 erbrachte Dienstleistungen stellte die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin insgesamt sechs Rechnungen über den Totalbetrag von Fr. 589'141.90 (KG act. 2 S. 12), welche die Beschwerdegegnerin im März 2001 beglich. Am 21. Mai 2001 wurde über die Beschwerdegegnerin der Konkurs eröffnet. Mit Eingabe vom 20. Mai 2003 reichte die Beschwerdegegnerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Beschwerdeführerin Klage ein mit dem Rechtsbegehren (neben anderen), die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr (die vorstehend erwähnten) Fr. 589'141.90 zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Sie verlangte damit, dass die geleisteten Zahlungen im Sinne von Art. 288 SchKG zwecks Einbezug in die Zwangsvollstreckung zurückerstattet werden. Die Beschwerdeführerin beantragte die Abweisung der Klage (HG act. 11).

### E. 2

Ohne Durchführung eines Beweisverfahrens verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdeführerin mit Urteil vom 13. Juni 2005, der Beschwerdegegnerin Fr. 589'141.90 zu bezahlen. Mit Zirkulationsbeschluss vom 13. Juli 2006 hiess das Kassationsgericht eine von der Beschwerdeführerin dagegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurück (vgl. zu allem HG act. 39/20). Das Kassationsgericht erwog, das Handelsgericht habe angenommen, die Beschwerdegegnerin habe die inkriminierten Zahlungen mit Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG (Benachteiligung anderer Gläubiger bzw. Begünstigung der Beschwerdeführerin zum Nachteil anderer Gläubiger) geleistet, dafür zwar Indizien angeführt, aber der Beschwerdeführerin nicht mittels eines Beweisauflagebeschlusses Gelegenheit geboten, für ihre Be-

- 3 - streitung dieser Schädigungsabsicht abschliessend Beweise zu nennen. Damit habe das Handelsgericht den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (HG act. 39/20 S. 5 - 8 Erw. 2). Dies erwog das Kassationsgericht auch bezüglich der Behauptung der Beschwerdeführerin, sie habe eine allfällige solche Schädigungsabsicht nicht erkennen können bzw. es gebe gewichtige Anhaltspunkte, welche die Beschwerdeführerin eine solche Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin verneinen oder als unwahrscheinlich erscheinen lassen habe (HG act. 39/20 S. 8 - 11 Erw. 3). Das Kassationsgericht hielt fest, das Handelsgericht werde den Parteien nach Rückweisung der Sache Gelegenheit zur abschliessenden Nennung ihrer

Beweismittel zu den umstrittenen tatsächlichen Grundlagen des Falles gewähren und hernach, nach allfällig notwendiger Abnahme der genannten Beweismittel, einen neuen Entscheid fällen müssen (HG act. 39/20 S. 11 Erw. 4).

### **E. 3**

Darauf reichte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht am 14. September 2006 eine Noveneingabe ein. In einem Beschluss vom 26. September 2006 erwog das Handelsgericht, die Begriffe der Schädigung, der Schädigungsabsicht sowie der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht seien normative Begriffe. Sie beschlügen die Rechtsanwendung und könnten daher als solche nicht Gegenstand des Beweises sein. Zum Beweis könnten aber die rechtserheblichen streitigen Tatsachen, welche einen Rückschluss auf das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale zuließen, verstellt werden. Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsschriften der Parteien sowie der übrigen Akten liessen sich aber keine rechtsgenügend substantiierten, erheblichen und streitigen Tatsachen finden, welche im Hinblick auf die erwähnten Tatbestandsmerkmale ein Beweisverfahren erfordern würden. Mit diesen Erwägungen setzte das Handelsgericht der Beschwerdeführerin Frist an, um "unter exakter Angabe der Fundstelle diejenigen rechtsgenügend substantiierten und bestrittenen Tatsachenbehauptungen aus ihren bisherigen Rechtsschriften zu bezeichnen, welche sie für die Beurteilung der Tatbestandsmerkmale der Schädigung, der Schädigungsabsicht sowie der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für erheblich" halte (HG act. 43). Nach einer entsprechenden Eingabe der Beschwerdeführerin (HG act. 47) und einer Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Noveneingabe der Beschwer-

- 4 - deführerin vom 14. September 2006 (HG act. 48) trat das Handelsgericht mit Beschluss vom 29. Juni 2007 auf die Noveneingabe der Beschwerdeführerin vom 14. September 2006 nicht ein und verpflichtete mit gleichzeitigem Urteil die Beschwerdeführerin wiederum (und wiederum ohne Durchführung eines Beweisverfahrens), der Beschwerdegegnerin Fr. 589'141.90 zu bezahlen (KG act. 2).

### **E. 4**

Gegen den Beschluss und das Urteil des Handelsgerichts vom 29. Juni 2007 reichte die Beschwerdeführerin wiederum rechtzeitig (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (HG act. 54B; KG act. 1). Mit dieser beantragt sie im Wesentlichen die Aufhebung des Beschlusses und des Urteils vom 29. Juni 2007 und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2 unten) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 Ziff. 5). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 25'000.-- (KG act. 5) leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 6/1, act. 9). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 13). Innert erstreckter Frist (KG act. 15) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (KG act. 17). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 18, 19/1). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht. II . 1. Die Beschwerdeführerin macht u.a. (wiederum) geltend, dass die Vorinstanz ihr die Möglichkeit verwehrt habe, ihre Beweismittel dafür, dass die angefochtenen Rechtshandlungen nicht in einer Schädigungsabsicht erfolgt seien, abschliessend zu nennen. Damit habe die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt und sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das habe das Kassationsgericht bereits mit Beschluss vom 13. Juli 2006 befunden (Beschwerde KG act. 1 S. 33 Ziff. 93 und

94). Die untere Instanz sei gemäss § 104a Abs. 1 GVG bei Rück- weisungen an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungs-

- 5 - entscheid zugrunde liege. Die Vorinstanz sei der Anordnung des Kassations- gerichts zu Unrecht nicht nachgekommen (KG act. 1 S. 11 Ziff. 31 - 33). a) Bei Rückweisungen ist die untere Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt. Nicht nur das: Bei erneuter Befassung mit dem Fall ist auch die rückweisende Instanz daran gebun- den (§ 104a Abs. 1 GVG). b) Der Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichts vom 13. Juli 2006 beruht auf der Rechtsauffassung, dass das Handelsgericht mittels eines Beweis- auflagebeschlusses der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten muss, für ihre Bestreitung der Schädigungsabsicht abschliessend Beweise zu nennen (HG act. 39/20 S. 8). Das Handelsgericht tat das wiederum nicht (entgegen der Position der Beschwerdegegnerin [KG act. 17 S. 4 Ziff. 7] bedeutet der Beschluss des Handelsgerichts vom 26. September 2006, mit welchem der Beschwerde- führerin Frist zur Bezeichnung von Tatsachenbehauptungen aus den bisherigen Rechtsschriften angesetzt worden war [HG act. 43], keine Umsetzung des kassa- tionsgerichtlichen Rückweisungsbeschlusses; insbesondere ist dieser Beschluss kein Beweisaufgabebeschluss). Die Beschwerdeführerin beanstandet das zu Recht als Verletzung von § 104a Abs. 1 GVG und damit als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes. Das darauf beruhende angefochtene Urteil ist schon aus diesem Grund aufzuheben. c) Das Handelsgericht ist anderer Auffassung. Das Handelsgericht ist der Auffassung, der Begriff der Schädigungsabsicht sei ein normativer Begriff und könne deshalb gar nicht zum Beweis verstellt werden (KG act. 2 S. 9 f.). Wohl könnten rechtserhebliche streitige Tatsachen, welche einen Rückschluss auf das Vorliegen einer Schädigungsabsicht zulassen, zum Beweis verstellt werden. Das bloss Bestreiten eines Rechtsbegriffs ("Schädigungsabsicht") ohne zugehörige rechtsgenügende Tatsachenbestreitungen könne nicht zu einem Beweisverfahren führen (KG act. 2 S. 10). "An rechtsgenügenden Behauptungen zur konkreten Motivation der für die Klägerin handelnden Personen" fehle es in den Rechts- schriften der Beschwerdegegnerin. Dementsprechend könnten sie auch nicht zum Beweis verstellt werden (KG act. 2 S. 32).

- 6 - Selbst wenn diese Auffassung zuträfe, und selbst wenn sie nunmehr auch das Kassationsgericht überzeugte - was nicht der Fall ist -, änderte dies nichts an der vorstehend in lit. b dargelegten Konsequenz. Denn sowohl das Handels- gericht als auch das Kassationsgericht selber sind an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsbeschluss vom 13. Juli 2006 zugrunde lag, nämlich dass der Beschwerdeführerin mittels eines Beweisaufgabebeschlusses Gelegenheit zu geben ist, zur Frage der (fehlenden) Schädigungsabsicht abschliessend Beweismittel zu nennen. d) Zwar ist in gewissen Konstellationen ein Konflikt zwischen der Norm von § 104a Abs. 1 GVG und anderen prozessualen Normen denkbar und kann unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht einer strikten Befolgung von § 104a Abs. 1 GVG fraglich sein, weil sie mit anderen Vorschriften kollidieren könnte. So wäre wohl die untere Instanz bei Rückweisungen nicht verpflichtet, prozessual unmögliche oder unzulässige Anordnungen der rückweisenden Instanz aus- zuführen. Fehlt es auch nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht schlichtweg an tatsächlichen Vorbringen, kann auch bei entsprechender Anordnung der rück- weisenden Instanz kein Beweisaufgabebeschluss erlassen werden. Denn dieser hat die genaue Bezeichnung der einzelnen zu beweisenden Tatsachen zu ent- halten. Sind keine solchen Tatsachen vorhanden, kann kein Beweisaufgabebe- schluss

formuliert werden. Könnte ein solcher nur unter Berücksichtigung ver- spätet behaupteter Tatsachen erlassen werden, könnte die nach § 104a Abs. 1 GVG zu befolgende Anordnung mit dem Novenverbot nach § 115 ZPO kollidieren und allenfalls der anderen Partei Anlass zu einer diesbezüglichen Nichtigkeits- beschwerde geben, deren Gutheissung zu einer unlösbaren Situation führen könnte (indem nach § 104a Abs. 1 GVG [gemäss einer ersten Rückweisung] etwas zu tun wäre, was nach § 104a Abs. 1 GVG [gemäss einer zweiten Rück- weisung] nicht getan werden dürfte). e) Vorliegend kann aber offen gelassen werden, wie ein solcher Konflikt zu lösen wäre. Denn vorliegend liegt kein solcher Konflikt vor. Einerseits ist im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz die "Schädigungsabsicht" nicht (bloss)

- 7 - ein normativer Begriff, der als Rechtsnorm nicht zum Beweis verstellt werden könnte. Vielmehr ist die Frage, was für eine Absicht die Beschwerdegegnerin bzw. ihre Organe bei den strittigen Zahlungen hatte bzw. ob sie die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen, durchaus eine tatsächliche, einem Beweis- verfahren zugängliche Frage (vgl. etwa auch Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum SchKG, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 16, 20 und 23 zu Art. 288; sinngemäss auch in BGE 120 II 259, 265 Erw. 2.c, BGE 98 II 231, 247 Erw. 9, BGE 80 IV 109, 112; Urteile des Bundesgerichts vom 19. Mai 2004 4C.262/2002 Erw. 5.1 und vom 3. Februar 2004 6S.507/2002 Erw. 5.2.1. Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts vom 19. September 2000 5P.35/2000 Erw. 5.a sei [im Bereich der subjektiven Voraussetzung der Schädigungsabsicht] Tatsachen- frage, ob die verantwortlichen Organe einer Aktiengesellschaft die schädigende Wirkung ihres Verhaltens tatsächlich vorausgesehen haben. Demgegenüber sei es eine Rechtsfrage, ob die Organe aufgrund der tatsächlich festgestellten Umstände die schädigende Wirkung hätten voraussehen können und müssen). Andererseits nahm die Vorinstanz nicht etwa bloss eine normative Würdigung unstrittiger Tatsachen vor. Vielmehr traf sie durchaus tatsächliche Feststellungen bezüglich streitiger Tatsachen (und führte selbst nach Auffassung der Beschwer- degegnerin ein Beweisverfahren durch [Beschwerdeantwort KG act. 17 S. 5 f. Ziff. 12], allerdings in prozessual unzulässiger Weise [vgl. nachfolgend]). So stellte sie fest, dass die Beschwerdegegnerin sich exakt im Zeitpunkt der Zahlun- gen an die Beschwerdeführerin in ärgster finanzieller Bedrängnis befunden habe und sich dieser Situation auch vollumfänglich bewusst gewesen sei. Das stellte die Vorinstanz explizit "entgegen der beklaglichen Ansicht" fest (KG act. 2 S. 31). Die Beschwerdegegnerin hatte diese Tatsachen also bestritten. Demnach konnte und musste ein (mit einem Beweisauflegebeschluss einzuleitendes) Be- weisverfahren darüber durchgeführt werden. Mit den Feststellungen, dass diese festgestellten Tatsachen offenkundig seien (KG act. 2 S. 31), dass die Beschwer- deführerin nicht geltend mache, das Schreiben des Präsidenten des Verwaltungs- rates der Beschwerdegegnerin vom 6. März 2001 habe nicht dem tatsächlichen Wissen und Willen des Verwaltungsrates der Beschwerdegegnerin an diesem

## **E. 6**

bis 13. März 2001 diverse anderweitige Zahlungen über knapp Fr. 3 Mio. an andere Gläubiger erfolgt seien (Beschwerde KG act. 1 S. 41 f.). Auch diese Rüge ist begründet. Wenn die Vorinstanz davon ausgeht, dass die Parteien es unterlassen hätten, diese Zahlungen im Hauptverfahren rechts- genügend zu behaupten (KG act. 2 S. 40), und wenn diese Erwägung zutrifft (wenn nicht, ist ohnehin von genügenden entsprechenden Behauptungen bereits im Hauptverfahren auszugehen), handelt es sich bei den

entsprechenden Behauptungen in der Noveneingabe der Beschwerdeführerin um neue tatsäch-

- 17 - liche Behauptungen. Solche sind gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO dann zulässig, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt. Reichte die Beschwerdegegnerin selber die Urkunde HG act. 2/10 ("Detail Trail Balance" vom 25. September 2002) ein und behauptete diese als richtig und bestritt die Beschwerdeführerin die Richtigkeit dieser Urkunde nicht (mehr), ergibt sich die Richtigkeit der darauf gestützten Behauptungen in der Noveneingabe sofort daraus und sind diese Behauptungen deshalb in der Noveneingabe vom 14. September 2006 zulässig. Die gegenteilige Erwägung der Vorinstanz verletzt § 115 Ziff. 2 ZPO und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Die vorinstanzliche Erwägung, dass die Beschwerdeführerin Zahlungen an andere Gläubiger im fraglichen Zeitraum nicht rechtsgenügend behauptet habe, ist nicht haltbar. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Behauptungen der Beschwerdeführerin in ihrer Noveneingabe zu Recht nicht zugelassen, und verweist dazu auf Ziff. 27 - 30 der Beschwerdeantwort (Beschwerdeantwort KG act. 17 S. 7 Ziff. 18). In diesen Ziff. 27 - 30 (KG act. 17 S. 9 f.) äussert sie sich aber nicht zu den Behauptungen der Zahlungen an andere Gläubiger.

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach eine allfällige Betriebsnotwendigkeit der Dienstleistungen aus rechtlichen Überlegungen irrelevant sei, unterstellten, dass es einen numerus clausus von Indizien gegen das Vorliegen einer Begünstigungsabsicht gebe. Das sei aber nicht der Fall. Im Übrigen sei die vorinstanzliche Auffassung geradezu lebensfremd. Durch die Nichtberücksichtigung der Betriebsnotwendigkeit habe die Vorinstanz den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 30). Wie die Beschwerdeführerin selber darlegt, berücksichtigte die Vorinstanz die Behauptung der Betriebsnotwendigkeit der inkriminierten Zahlungen durchaus. Von einer Verletzung des Gehörsanspruchs kann insofern keine Rede sein. Ob eine Betriebsnotwendigkeit aus rechtlichen Gründen relevant oder irrelevant ist, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, auf welche nicht eingetreten werden kann (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

- 18 -

#### **E. 8**

Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, seitens der Beschwerdegegnerin hätten nach Weisung eines externen Sanierungsausschusses nur noch Zahlungen ausgeführt werden dürfen, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes notwendig gewesen und durch externe Stellen (offenbar damit gemeint: durch den Sanierungsausschuss) genehmigt worden seien (KG act. 2 S. 42 f. Erw. 3.4.8.a). Die Vorinstanz erwog dazu, die Beschwerdegegnerin habe die externen Mitglieder des Sanierungsausschusses auf privatrechtlicher Basis eingestellt und hätte diese Mandate jederzeit kündigen können. Ihr sei deshalb der Einfluss auf die Zahlungen in keiner Weise entzogen gewesen. Der Genehmigung der Zahlungen durch den Sanierungsausschuss komme im Hinblick auf die Anfechtbarkeit keinerlei rechtliche Bedeutung zu. Auch für den Sanierungsausschuss habe das Gebot der Gleichbehandlung der Gläubiger gegolten. Dieses lasse nach dem geltenden Recht keine Ausnahme für die Erbringer von betriebsnotwendigen Dienstleistungen zu. Die Beschwerdegegnerin könne sich also durch

die Einsetzung des Sanierungsausschusses nicht entlasten oder ihrer Verantwortung für die Zahlungen entziehen. Da die Beschwerdeführerin sodann nicht dartue, dass der externe Sanierungsausschuss gehalten gewesen wäre, bei der Genehmigung der Zahlungen darauf zu achten, dass sämtliche Gläubiger gleich behandelt und paulianische Anfechtungstatbestände verhindert würden, könne die Genehmigung nicht als Indiz gegen die Schädigungsabsicht gelten. Die behauptete Genehmigung von Zahlungen aufgrund von Kriterien wie Liquidität, Dringlichkeit, Betriebsnotwendigkeit der zu entgeltenden Leistung aufgrund von Kreditorenlisten sei "nicht tauglich zum Beweis", dass eine Schädigungsabsicht gefehlt habe (KG act. 2 S. 43 f.). Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie vor Vorinstanz u.a. ausgeführt habe, der Sanierungsausschuss habe eine allfällige Benachteiligung von Gläubigern verhindern wollen und deshalb nur die absolut notwendigen Zahlungen bewilligt (Beschwerde KG act. 1 S. 31 mit Verweisung auf HG act. 11 S. 22 N 64). Das Zitat der Beschwerdeführerin aus ihrer Klageantwort ist richtig. Mit dieser Behauptung hat die Beschwerdeführerin entgegen der vorinstanzlichen

- 19 - Erwägung durchaus "dargetan" (im Sinne einer in diesem Stadium - d.h. vor Erlass eines Beweisauflegebeschlusses - durchaus genügenden Behauptung) -, dass der externe Sanierungsausschuss eine allfällige Benachteiligung von Gläubigern, d.h. eben einen paulianischen Anfechtungstatbestand verhindern wollte. Trifft dies zu, ist dies in tatsächlicher Hinsicht durchaus ein Indiz gegen eine Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin. Auch diese Behauptung ist deshalb, ist sie bestritten, ins Beweisverfahren einzubeziehen. Ob sie "tauglich zum Beweis" (entweder für sich allein oder zusammen mit anderen allfälligen Indizien) dafür ist, dass eine Schädigungsabsicht gefehlt hat (KG act. 2 S. 44 oben; Beschwerde KG act. 1 S. 32 Ziff. 90), kann erst beurteilt werden, wenn das Beweisverfahren (ordnungsgemäss) durchgeführt ist.

## **E. 9**

Die Vorinstanz ging bereits im Urteil vom 13. Juni 2005 davon aus, dass die - angenommene - Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin für die Beschwerdeführerin erkennbar gewesen sei (HG act. 30 S. 38 - 42 Erw. 3.5). In der ersten Nichtigkeitsbeschwerde hatte die Beschwerdeführerin auch diesbezüglich gerügt, dass die Vorinstanz ihr die Möglichkeit verwehrt habe, ihre Beweismittel dafür, dass die angefochtenen Rechtshandlungen nicht in einer ihr erkennbaren Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin erfolgt seien, abschliessend zu nennen (HG act. 39/1 S. 16 Ziff. 2.3.5). Im Beschluss vom 13. Juli 2006 hat das Kassationsgericht auch diese Rüge als begründet erachtet. Es hielt fest, der Beschwerdeführerin sei mindestens Gelegenheit einzuräumen, für ihre Behauptung, sie habe eine allfällige solche Schädigungsabsicht nicht erkennen können bzw. es gäbe gewichtige Anhaltspunkte, welche sie eine solche Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin verneinen oder als unwahrscheinlich erscheinen lassen habe, abschliessend Beweismittel zu nennen (HG act. 39/20 S. 10 zweiter Absatz). Im neuen Urteil vom 29. Juni 2007 wiederholt die Vorinstanz wörtlich ihre Erwägungen aus dem ersten Urteil bis hin zur Schlussfolgerung, dass die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin für die Beschwerdeführerin zu bejahen sei (vgl. KG act. 2 S. 45 - 48 Erw. 3.5 mit HG act. 30 S. 38 - 42), ohne ein Beweisverfahren durchgeführt zu haben und ohne zu erklären, weshalb der kassationsgerichtlichen Auffassung im Rückweisungsbeschluss keine Folge geleistet wurde. Auch damit verletzte die Vorinstanz § 104a Abs. 1

- 20 - GVG, wie die Beschwerdeführerin auch in diesem Zusammenhang sinngemäss rügt (Beschwerde KG act. 1 S. 36 lit. ee), und bereits deshalb ist das angefochtene Urteil auch in dieser Hinsicht aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie das tue, was ihr bereits mit dem kassationsgerichtlichen Beschluss vom 13. Juli 2006 zu tun aufgegeben worden ist. Die Ausführung der Beschwerdegegnerin zu dieser Thematik (Beschwerdeantwort KG act. 17 S. 9 Ziff. 25) geht am Tatbestand von § 104a Abs. 1 GVG vorbei. "Der Klarheit halber" fügte die Vorinstanz ihren aus dem Urteil vom 13. Juni 2005 übernommenen Erwägungen an, die blosser Bestreitung der von der Beschwerdegegnerin anhand verschiedener rechtsgenügend substantiierten Indizien behaupteten Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht genüge "selbsterredend" nicht für die Durchführung eines Beweisverfahrens (KG act. 2 S. 48 letzter Absatz). Diese Auffassung begründet die Vorinstanz nicht, und sie ist deshalb nicht nachvollziehbar. Eine Bestreitung von der Gegenpartei, der die Behauptungslast dafür obliegt, (rechtsgenügend substantiiert) behaupteter Indizien genügt in der Regel für die Durchführung eines Beweisverfahrens bzw. zumindest für den Erlass eines Beweisauftragsbeschlusses (vgl. § 133 ZPO, wonach über erhebliche streitige Tatsachen Beweis zu erheben ist). Weshalb dies vorliegend nicht so sein soll, erklärt die Vorinstanz nicht und spricht auch nicht etwa für sich selbst.

#### **E. 10**

Am 14. September 2006 reichte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Noveneingabe ein (HG act. 41). Die Vorinstanz trat darauf nicht ein (KG act. 2 S. 50 - 59), worüber sie im Zusammenhang mit dem angefochtenen Urteil speziell Beschluss fasste (KG act. 2 S. 66). Die Beschwerdeführerin ficht auch diesen Beschluss an und beantragt dessen Aufhebung (KG act. 1 S. 2).

#### **E. 10.1**

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist grundsätzlich nur gegen Vor-, Teil- und Endentscheide, gegen Rekursentscheide und Rückweisungen im Berufungsverfahren zulässig (§ 281 ZPO). Beim Beschluss, auf die Noveneingabe nicht einzutreten, handelt es sich um keinen solchen Entscheid, sondern um einen prozessleitenden Entscheid. Prozessleitende Entscheide dürfen nur unter den in § 282 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen selbständig angefochten werden.

- 21 - Dass eine dieser Voraussetzungen vorliegt, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Der Beschluss, auf die Noveneingabe nicht einzutreten, ist mithin als solcher nicht anfechtbar, und auf die dagegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht einzutreten.

#### **E. 10.2**

Einzutreten ist indes in diesem Zusammenhang auf Rügen, das angefochtene Urteil beruhe zum Nachteil der Beschwerdeführerin darauf, dass die Vorinstanz (neue) Tatsachenbehauptungen in der Noveneingabe vom

#### **E. 10.3**

Unter dem Titel "Bestehende Sanierungsaussichten" macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe in ihrer Noveneingabe aufgezeigt, dass für die Beschwerdegegnerin zwischen dem 6. und 13. März 2001 realistische Sanierungsaussichten bestanden hätten und sie daher nicht in der Absicht gehandelt habe, andere Gläubiger zu schädigen. Dabei habe sie Ausführungen zu in finanzieller Hinsicht geplanten Sanierungsmassnahmen gemacht, so zu

einer Begebung von "Asset-Backed Securities" ("ABS") und zu laufenden Verhandlungen mit Investoren. So habe sie ein Schreiben des CFO sowie des Präsidenten des Sanierungsausschusses der Beschwerdegegnerin an die Mitglieder des Bankenkonsortiums vom 23. Februar 2001 ins Recht gelegt, aus dem sich ohne weiteres ergebe, dass die Beschwerdegegnerin daran geglaubt habe, "die ABS-Transaktion" könne bis Ende März 2001 vollzogen werden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz zeige das Antwortschreiben der Bank G. vom 2. März 2001, dass die Bank G. am vorgeschlagenen Finanzierungskonzept durchaus interessiert gewesen sei. Aus einem Schreiben von H. vom 12. März 2001 gehe hervor, dass die Beschwerdegegnerin die Unterstützung der I. genossen habe. In der Noveneingabe habe die Beschwerdeführerin überdies detailliert angeführt, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund laufender Verhandlungen mit drei grossen Investoren, nämlich C., E.-Gruppe sowie F.-Gruppe, an eine erfolgreiche Sanierung geglaubt habe. Durch die Begebung von "ABS" im Zusammenhang mit dem behaupteten Forderungsverzicht der Banken wie auch durch die behaupteten laufenden Verhandlungen mit Investoren sei die sofortige Beweisbarkeit der

- 22 - im März 2001 vorhandenen Sanierungsaussichten als zusätzliches Indiz für die fehlende Schädigungsabsicht bzw. deren fehlende Erkennbarkeit seitens der Beschwerdeführerin zu bejahen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz erfülle die Noveneingabe damit die Anforderungen an das Gelingen des Beweises und sei das Nichteintreten der Vorinstanz auf die Noveneingabe eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Beschwerde KG act. 1 S. 38 - 41). a) Mit diesen Ausführungen scheint die Beschwerdeführerin zu verkennen, dass es bei Noven im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO (worauf sie sich in ihrer Noveneingabe an die Vorinstanz berief [HG act. 41 S. 3 oben] und worauf sie sich auch in der Nichtigkeitsbeschwerde beruft [KG act. 1 S. 37 Ziff. 110 und 111]) nur um (neue) tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen und Einreden geht, also (neben Bestreitungen und Einreden, welche im vorliegenden Fall aber nicht behauptet wurden) um die Zulässigkeit einzelner (nach Abschluss des Hauptverfahrens vorgebrachter) Tatsachenbehauptungen, nicht aber um eine Würdigung bereits im Hauptverfahren vorgetragener Tatsachendarstellungen oder um Beweismittel für solche. Dass für die Beschwerdegegnerin im fraglichen Zeitraum Sanierungsaussichten bestanden hätten, dass die Beschwerdegegnerin nicht mit Schädigungsabsicht gehandelt und dass keine Erkennbarkeit einer allfälligen Schädigungsabsicht für die Beschwerdeführerin vorgelegen habe, hat sie schon im Hauptverfahren geltend gemacht. Dabei handelt es sich nicht um neue Behauptungen (vgl. dazu auch die Beschwerdeführerin selber auf S. 40 der Beschwerde, wo sie auf Ausführungen in der Klageantwort und Duplik verweist). Beweismittel dazu wird sie ggfs. im Rahmen des von der Vorinstanz mittels eines Beweisaufgabebeschlusses zu eröffnenden Beweisverfahrens nennen können. Die Ausführungen unter Ziff. 123 und 128 - 134 der Beschwerde gehen an der Noventhematik vorbei. Auf Rügen in diesem Zusammenhang ist nur einzutreten, soweit die Beschwerdeführerin substantiiert darlegt, dass sie in ihrer Noveneingabe einzelne neue tatsächliche Behauptungen vorgetragen habe, auf welche die Vorinstanz zu Unrecht nicht eingetreten sei. An solchen Behauptungen sind in der Beschwerde einzig ersichtlich die Begebung von "ABS" (KG act. 1 S. 38 Ziff. 117), dass die Beschwerdegegnerin daran geglaubt habe, die "ABS-Transaktion" könne bis Ende März 2001 vollzogen werden (KG act. 1 S. 38

- 23 - Ziff. 118), dass die Bank G. am vorgeschlagenen Finanzierungskonzept interessiert gewesen sei und dass die Beschwerdegegnerin im relevanten Zeitraum davon ausgehen können, dass die Finanzierung mit Hilfe der Bank G. zustande käme (Beschwerde KG act. 1 S. 38 Ziff. 119), dass die Beschwerdegegnerin in der relevanten Periode mit der grundsätzlichen Bereitschaft der Banken zu einem teilweisen Forderungsverzicht rechnen können (Beschwerde KG act. 1 S. 38 Ziff. 120), dass die Beschwerdegegnerin die Unterstützung der I. genossen habe (Beschwerde KG act. 1 S. 39 Ziff. 122), dass C. mitgeteilt habe, dass die Diskussion am 12. März 2001 weitergeführt werden solle (Beschwerde KG act. 1 S. 39 Ziff. 126), dass die Beschwerdegegnerin im relevanten Zeitraum Zahlungen an diverse andere Gläubiger geleistet habe (Beschwerde KG act. 1 S. 41 f. Ziff. 135 und 138). (Lediglich) Bezüglich dieser Behauptungen ist zu prüfen, ob die Vorinstanz sie zu Unrecht nicht zugelassen hat: b) Die Vorinstanz erwog, die vorgelegten Urkunden bewiesen "keine hinreichend konkrete Aussicht" auf die Begebung von Asset-Backed-Securities im relevanten Zeitraum vom 6. März bis 13. März 2001 (KG act. 2 S. 51 Erw. 3.6.3.a). Die Bank G. habe mit Schreiben vom 2. März 2001 einzig deutlich mehr Informationen verlangt und keinerlei konkrete Zusicherungen gemacht oder auch nur in Aussicht gestellt (KG act. 2 S. 51 f.). aa) Die Beschwerdeführerin macht geltend, demgegenüber zeige das Antwortschreiben der Bank G. vom 2. März 2001, dass diese am vorgeschlagenen Finanzierungskonzept interessiert gewesen sei. Die Beschwerdegegnerin habe davon ausgehen dürfen, dass die Finanzierung zustande kommen würde, wenn die von der Bank G. verlangten zusätzlichen Informationen bis am 9. März 2001 geliefert würden (KG act. 1 S. 38 Ziff. 119). bb) Diese Rüge geht fehl. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, geht aus dem Schreiben der Bank G. vom 2. März 2001 (HG act. 42/4) einzig hervor, dass diese weitere Unterlagen verlangte. Die Würdigung, dass damit keine hinreichend konkrete Aussicht auf die Begebung von "ABS" bewiesen werde, ist nicht zu beanstanden.

- 24 - c) Weiter erwog die Vorinstanz, die Behauptung, die Beschwerdegegnerin habe mit einer grundsätzlichen Bereitschaft der Banken zu einem Forderungsverzicht auch schon im relevanten Zeitraum rechnen können, finde in den vorgelegten Dokumenten keine Stütze. Im Gegenteil (KG act. 2 S. 52 - 54). Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, im Zeitpunkt zwischen dem 6. und 13. März 2001 habe die Beschwerdegegnerin mit der grundsätzlichen Bereitschaft der Banken zu einem teilweisen Forderungsverzicht rechnen können (Beschwerde KG act. 1 S. 38 Ziff. 120). Diese Behauptung belegt die Beschwerdeführerin indes in keiner Weise. Noch weniger zeigt sie auf, dass und weshalb die gegenteilige Erwägung der Vorinstanz willkürlich wäre. Auch diese Rüge geht fehl. d) Die Vorinstanz erwog, aus dem Schreiben des I.-Präsidenten vom 12. März 2001 könne die Beschwerdeführerin von vornherein nichts ableiten, da sie nicht behauptete, über dieses Schreiben informiert gewesen zu sein, und diesem Schreiben im Übrigen auch nichts Substantielles zu entnehmen sei (KG act. 2 S. 55 oben). Mit dieser Erwägung setzt sich die Beschwerdeführerin überhaupt nicht auseinander und kann schon deshalb diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. e) Zu den in der Noveneingabe geltend gemachten "Verhandlungen mit C." erwog die Vorinstanz, die neuen Urkunden belegten nicht, dass für die Beschwerdegegnerin im Zeitraum vom 6. März 2001 bis 13. März 2001 konkrete Aussichten auf einen positiven Entscheid von C. über eine Investition in der für die Rettung der Beschwerdegegnerin nötigen Grössenordnung bestanden hätten. Vielmehr bleibe es bei den Erwägungen des Ersturteils, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen keine positive Zusage ihrer prioritären Investorenkandidaten

gehabt habe (KG act. 2 S. 55). Dazu macht die Beschwerdeführerin lediglich geltend, es sei selbstverständlich, dass der Glaube an eine Sanierung nicht erst dann vorhanden sei, wenn eine konkrete Offerte eines Investors vorliege, sondern bereits bestehen könne, wenn die vorgängig erfolgenden Verhandlungen vielversprechend im Gange seien

- 25 - (Beschwerde KG act. 1 S. 39 Ziff. 127). Auch damit geht die Beschwerdeführerin aber an der Noventhematik vorbei und weist im Zusammenhang mit dieser keinen Nichtigkeitsgrund nach. Insbesondere zeigt sie nicht auf, dass und weshalb die Vorinstanz die tatsächliche Behauptung, C. habe mitgeteilt, dass die Diskussion am 12. März 2001 weitergeführt werden solle, zu Unrecht nicht als Novum im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO zugelassen habe. f) Im Zusammenhang mit den in der Noveneingabe vom 14. September 2006 behaupteten Zahlungen an andere Gläubiger in der relevanten Zeit (Beschwerde KG act. 1 S. 41 f.) ist auf die vorstehende Erwägung 6 zu verweisen. Die Rüge unter dem Titel "Nichtberücksichtigung von zulässigen Noven" ist (einzig) diesbezüglich begründet. 11. Unter den Buchstaben "C. Aktenwidrigkeit", "D. Willkürliche tatsächliche Annahme" und "E. Verletzung klaren materiellen Rechts" (Beschwerde KG act. 1 S. 42 - 52) wiederholt die Beschwerdeführerin identisch die Rügen aus der ersten Nichtigkeitsbeschwerde unter den nämlichen Titeln (HG act. 39/1 S. 17 - 24). Dazu hat das Kassationsgericht im Beschluss vom 13. Juli 2006 erwogen, die von der Beschwerdeführerin weiter vorgebrachten Rügen der Aktenwidrigkeit und der willkürlichen tatsächlichen Annahmen ständen in engem Zusammenhang mit den Themen, bezüglich welcher die Vorinstanz den Parteien nach Rückweisung der Sache Gelegenheit zur abschliessenden Nennung der Beweismittel gewähren und hernach, nach allfällig notwendiger Abnahme der genannten Beweismittel, einen neuen Entscheid fällen müsse. Im vorliegenden Kassationsverfahren sei darauf nicht weiter einzugehen. Sodann werde das Handelsgericht im neuen Entscheid wiederum über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden haben. Die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts, welche die Kosten- und Entschädigungsregelung des angefochtenen und aufzuhebenden Entscheides betreffe, müsse daher im vorliegenden Kassationsverfahren nicht geprüft werden (HG act. 39/20 S. 11 Erw. 4 und 5). Das gilt in gleicher Weise für das nun wieder vorliegende Verfahren und die eingangs dieser Erwägung genannten Rügen. 12. Zusammenfassend ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 29. Juni 2007 nicht einzutreten. Das vorinstanzliche

- 26 - Urteil vom 29. Juni 2007 ist in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese das ausführende, was ihr bereits mit dem kassationsgerichtlichen Rückweisungsbeschluss vom 13. Juli 2005 aufgegeben wurde. II I. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin auch für das vorliegende Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO; vgl. bereits HG act. 39/20 S. 11 Erw. III). IV . Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

- 27 - Das Gericht beschliesst:

**E. 14**

September 2006 zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. In diesem Sinne ist unter diesem Aspekt auf die einzelnen diesbezüglichen Rügen einzugehen.

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