

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070172 vom 8. Oktober 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-10-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070172)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070172 du 8 octobre 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070172 del 8 ottobre 2008

## Erwägungen

### E. 1

Die Beschwerdegegnerin, eine Tochtergesellschaft der Bank A., hat der damaligen Swissair AG im Jahre 1992 ein Darlehen von Fr. 20 Mio. gewährt. Später wurde das Darlehen für die SAirGroup AG geführt (vgl. für die Swissair und die SAirGroup auch das Urteil des Bundesgerichts vom 29.5.2008 5A\_29/2007 Sachverhalt lit. A). Am 28. September 2001 hat die SAirGroup AG der Beschwerdegegnerin eine Zinszahlung von Fr. 1'545'694.44 überwiesen. Am

### E. 5

Das Handelsgericht wies die Klage ausschliesslich deshalb ab, weil die Beschwerdegegnerin nicht auf das unmittelbar bevorstehende "Ende der SAir- Group" hätte schliessen müssen und nicht hätte erkennen müssen, dass die SAirGroup sie mit der Zahlung gegenüber andern Gläubigern zu bevorzugen beabsichtigt habe (vgl. vorstehend Erw. 2). Nur wegen dieser fehlenden Erkennbarkeit (und nicht etwa als tatsächliche Feststellung der Kenntnis von Organen/Vertretern der Beschwerdegegnerin) wies das Handelsgericht die Klage ab.

- 11 -

### E. 5.1

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. Zur Behandlung der Frage der Erkennbarkeit als solche des Bundesrechts vgl. auch Urteile des Bundesgerichts vom 22.1.2008 5A\_452/2007 Erw. 4.2 und insbes. vom 29.5.2008 5A\_29/2007 Erw. 4.1 [und 8.4] mit Verweisungen auf BGE 21 [I] 179 E. 6 S. 286 f. und 33 II 665 E. 4 S. 668). Ebenfalls eine Frage der Anwendung des Bundesrechts ist, welche von der Beschwerdeführerin vor Handelsgericht vorgebrachten Umstände für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht von Relevanz sind.

Berücksichtigte das Handelsgericht Sachverhaltsbehauptungen der Beschwerdeführerin und von dieser eingereichte Dokumente nicht, so deshalb, weil es sie als für die Frage der Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG nicht relevant erachtete oder weil sie an seiner rechtlichen Schlussfolgerung aus rechtlichen Gründen nichts änderten. Auch die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht betrifft mit Bezug auf die Anwendung von Bundesrecht eben dieses Bundesrecht und ist deshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren insoweit nicht zulässig (vgl. zu allem Kass.-Nr. AA070022 vom 15.11.2007 Erw. II.5.3 - 5.5).

### E. 5.2

Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs wäre im vorliegenden Verfahren dann zulässig, wenn das Handelsgericht Vorbringen der Beschwerdeführerin überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hätte. Davon ist aber nicht auszugehen. Aus den handelsgerichtlichen Erwägungen zeigt sich, dass das Handelsgericht die Eingaben der Beschwerdeführerin und die von dieser eingereichten Dokumente durchaus zur Kenntnis nahm (vgl. die vorstehend [Erw. 1] zitierten handelsgerichtlichen Erwägungen und z.B. KG act. 2 S. 3 Erw. III.1, S. 6 Erw. V.1, S. 7 Erw. VII.1, S. 11 Erw. 2.a zweiter Absatz, S. 12 - 18 Erw. 3.a, S. 25 - 31). Es ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit jedem Argument der Parteien ausdrücklich befasst, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet angesehen und welche allenfalls stillschweigend verworfen worden sind (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 27). Ist das Obergericht auf eine aufgestellte Behauptung über-

- 12 - haupt nicht eingegangen, muss in der Regel angenommen werden, dass es dieselbe als rechtlich unerheblich angesehen hat (v. Rechenberg, a.a.O., S. 41). Wenn das Handelsgericht im angefochtenen Urteil nur auf einen Teil der Eingaben der Beschwerdeführerin und der von dieser eingereichten Dokumente explizit einging, so deshalb, weil es, wie bereits festgestellt, die nicht explizit erwähnten weiteren Teile aus bundesrechtlichen Gründen für nicht relevant erachtete und diese seine rechtliche Schlussfolgerung deshalb nicht beeinflussten. Auch darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

### **E. 5.3**

Insbesondere beinhalten die Rügen, welche sich damit befassen, ob die von der Beschwerdeführerin angeführten Umstände und Dokumente für die Frage der Erkennbarkeit relevant sind und das Handelsgericht sie deshalb (anders) hätte würdigen müssen, und ob das Handelsgericht zu Recht ausschliesslich darauf abstellte, was die Beschwerdegegnerin hätte erkennen müssen, ohne zu prüfen, ob die SAirGroup bzw. ihre Organe bei Vornahme der streitgegenständlichen Zinszahlung eine Schädigungsabsicht hatten und ob die Beschwerdegegnerin bzw. ihre Organe eine solche Schädigungsabsicht tatsächlich erkannten, Fragen der Anwendung des Bundesrechts, auf welche vorliegend nicht eingetreten werden kann. Das gilt auch für die Fragen der (vom Handelsgericht aus denselben Gründen, nämlich wegen der ausschliesslich auf rechtliche Erwägungen gestützten Klageabweisung, unterlassenen) Durchführung eines Beweisverfahrens (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 vor §§ 133 ff., N 3 zu § 133) und der genügenden Substantiierung von Behauptungen der Beschwerdeführerin (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113 und N 3 vor §§ 133 ff.). Die Beschwerdeführerin wird vor Bundesgericht geltend machen können, dass das Handelsgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen habe, ohne ihre tatsächlichen Behauptungen zu prüfen.

### **E. 5.4**

Auf die in der vorstehenden Erw. 3 erwähnten Rügen der Beschwerdeführerin (= Nichtigkeitsrügen Nr. 1 - Nr. 6 KG act. 1 S. 13 - 33, Nichtigkeitsrügen Nr. 9 - Nr. 12 KG act. 1 S. 38 - 49 sowie die Nichtigkeitsrüge Nr. 15 KG act. 1

- 13 - S. 54 - 56, alle unter dem Titel "zur Erkennbarkeit der Schädigung" [KG act. 1 S. 13]) kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

## E. 6

Vor ihren mit Nr. 1 - 16 nummerierten Nichtigkeitsrügen macht die Beschwerdeführerin geltend, das Handelsgericht habe mit der Verfahrensführung das Gebot von Treu und Glauben verletzt. Insbesondere habe die Beschwerdeführerin zwei Noveneingaben vor einer angekündigten Referentenaudienz eingereicht. Diese seien ohne weiteres zulässig. Darauf werde in der nachfolgenden Beschwerdebegründung zurückgekommen. Statt einer angekündigten und mit den Parteien vereinbarten Vorladung zu einer Referentenaudienz habe das Handelsgericht am 27. September 2007 überraschend das Urteil gefällt, obwohl das Hauptverfahren noch offen gewesen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f.). Sind diese Ausführungen als selbständige Rügen zu verstehen, gehen sie fehl, soweit darauf eingetreten werden kann: a) Am 21. November 2006 fragte die (damalige) handelsgerichtliche Referentin die Parteivertreter telefonisch an, ob sie mit der Durchführung einer Referentenaudienz einverstanden seien. Die Vertreter beider Parteien erklärten sich damit einverstanden (HG Prot. S. 18). Nach der Behauptung der Beschwerdeführerin sei darauf eine neue Vorladung zu einer Referenten-Audienz auf den 20. Juni 2007 erfolgt. Diese sei dann am 19. März 2007 kommentarlos abgenommen worden (Beschwerde KG act. 1 S. 6 unten). Davon findet sich in den handelsgerichtlichen Akten nichts, weder eine Vorladung noch eine Abnahme derselben noch Empfangsscheine der Parteien noch ein Protokollvermerk. Erst für den 20. März 2007 existiert eine Protokollnotiz, wonach der Vertreter der Beschwerdegegnerin den Grund wissen wolle, weshalb die Ladung für die Referentenaudienz abgenommen worden sei, und die Referentin bestätigte, dass eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung wahrscheinlich nicht vor September durchgeführt werden könne (HG Prot. S. 19). Mit Verfügung vom 24. August 2007 wurde den Parteien mitgeteilt, dass der Prozess von einem neuen Referenten weiterbearbeitet werde (HG Prot. S. 20). Am 27. September 2007 wurde das Urteil gefällt, ohne dass eine Referentenaudienz durchgeführt worden war (HG

- 14 - Prot. S. 21). Im angefochtenen Urteil bezeichnet das Handelsgericht den Prozess als spruchreif (KG act. 2 S. 3 erster Absatz). b) Daraus ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern das Handelsgericht den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt hätte. Gemäss der Behauptung der Beschwerdeführerin war die Vorladung zu einer Referentenaudienz auf den 20. Juni 2007 abgenommen worden. Zu einer neuen Referentenaudienz war nach diesen Behauptungen nicht mehr vorgeladen worden. Dafür, dass mit den Parteien eine neue Vorladung zu einer Referentenaudienz vereinbart worden wäre (Beschwerde KG act. 1 S. 7 fünfter Absatz), nennt die Beschwerdeführerin keine Belegstelle. Solches ergibt sich nicht aus den handelsgerichtlichen Akten. Die Parteien konnten mithin nicht darauf vertrauen, dass noch eine Referentenaudienz stattfinde. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, dass sie im Vertrauen auf eine Referentenaudienz Vorkehrungen unterlassen habe, welche sie bei Wissen, dass keine Referentenaudienz mehr stattfinde, getroffen hätte. Das Hauptverfahren dauert in der Regel bis zur Einreichung der Duplik (§§ 108 - 132 ZPO). Die Duplik war am 15. November 2006 beim Handelsgericht eingegangen (HG act. 38). Damit war das Hauptverfahren grundsätzlich vollständig durchgeführt. Das Handelsgericht gab keiner Partei im Sinne von § 122 ZPO Gelegenheit für eine weitere Eingabe, sondern erachtete den Prozess als spruchreif. Ist ein Prozess spruchreif, hat das Gericht den Endentscheid zu fällen (§ 188 Abs. 1 ZPO). Aus diesem Verfahrensablauf ist keine Verletzung von Treu und Glauben durch das Handelsgericht ersichtlich. Weder haben die Parteien einen Anspruch auf Durchführung einer Referentenaudienz noch auf eine explizite Mitteilung, dass das Gericht das Hauptverfahren als abgeschlossen betrachtet,

noch macht die Beschwerdeführerin geltend, inwiefern sie in einem Vertrauen auf die Durchführung einer Referentenaudienz getäuscht worden wäre. Diese Rüge geht fehl, soweit sie überhaupt als solche gemeint ist. c) Auf die Thematik ihrer Noveneingaben kommt die Beschwerdeführerin, wie explizit erwähnt, später zurück (Nichtigkeitsrügen Nr. 13 und 16). Es ist in jenem Zusammenhang darauf einzugehen.

- 15 -

#### **E. 7**

Ebenfalls vor ihren mit Nr. 1 - 16 nummerierten Nichtigkeitsrügen macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, das Handelsgericht habe einen Sachverhalt beurteilt, der in einem anderen Verfahren (Beschwerdeführerin gegen die Bank E.) relevant gewesen sei. Den im vorliegenden Verfahren relevanten Sachverhalt - nämlich insbesondere den Kenntnisstand der Beschwerdegegnerin am 28. September 2001 und die Risikoüberwachung der Beschwerdegegnerin bezüglich des Niedergangs der SAirGroup - habe das Handelsgericht gar nicht beurteilt (Beschwerde KG act. 1 S. 8 f.). Diese Rüge geht, wenn sie als selbständige Rüge gemeint ist, offensichtlich fehl. Das Handelsgericht beurteilte durchaus die Zinszahlung der SAirGroup vom 28. September 2001 (KG act. 2 S. 2 Erw. I, S. 8, S. 25, S. 30 f.) und nahm die Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu zur Kenntnis (KG act. 2 S. 12 ff., insbes. S. 12, S. 16, S. 18).

#### **E. 8**

Im Vorfeld der von ihr mit Nr. 1 - 16 nummerierten Nichtigkeitsrügen macht die Beschwerdeführerin weiter geltend, das Handelsgericht habe die Frage der Schädigungsabsicht der SAirGroup nicht geprüft, obwohl aufgrund der Akten kein Zweifel an dieser Schädigungsabsicht möglich sei. Das Handelsgericht hätte ohne Weiterungen darüber entscheiden können. Indem es das nicht getan habe, habe es das Beschleunigungsgebot verletzt. Es habe damit versucht, "ein abschliessendes Urteil zugunsten der Klägerin im ersten Rechtsmittelzug zu verhindern und so zum Nachteil der Klägerin die Erledigung des Prozesses auf Jahre hinaus zu verzögern" (Beschwerde KG act. 1 S. 10 - 12). Diese Rüge ist nicht nachvollziehbar. Es dient gerade der Beschleunigung und liegt im Zweckbereich des Beschleunigungsgebotes, sobald als möglich (sobald der Prozess spruchreif ist; § 188 Abs. 1 ZPO) zu entscheiden und nicht zuerst noch Fragen zu prüfen und zu entscheiden, welche für das Ergebnis des zu fällenden Entscheides nicht massgeblich sind. Das tat das Handelsgericht, indem es gar nicht über die Frage der Schädigungsabsicht der SAirGroup entschied, sondern diese Frage vielmehr deshalb offen liess, weil sie nach Auffassung des Handelsgerichts für den Ausgang des Prozesses (Klageabweisung) irrelevant war (d.h. die Klage nach Auffassung des Handelsgerichts unabhängig

- 16 - davon abzuweisen war, ob nun eine Schädigungsabsicht der SAirGroup bestand oder nicht). Die im vorstehenden Absatz in Anführungszeichen gesetzte Unterstellung der Beschwerdeführerin über einen "Versuch" des Handelsgerichts ist ebenso unverständlich wie unbelegt und daher ungehörig. Die Beschwerdeführerin unterlässt denn auch jeglichen Hinweis, aus welcher Motivation das Handelsgericht so handeln sollte. Die Rüge geht fehl.

#### **E. 9**

Unter dem Titel "Nichtigkeitsrüge Nr. 7" rügt die Beschwerdeführerin, das Handelsgericht unterstelle ihr eine Behauptung, die sie nicht gemacht habe (Beschwerde KG act. 1 S. 35). Auch diese Rüge ist nicht nachvollziehbar. Zur Begründung zitiert die Beschwerdeführerin einerseits folgende Behauptung ihrerseits im Verfahren vor Handelsgericht: "Auf der Basis des Zwischenabschlusses der Swissair-Gruppe konnte die finanzielle Situation der SAirGroup per 30. Juni 2001, insbesondere die Frage, ob eine Unterbilanz oder allenfalls sogar eine Überschuldung bestanden hat, aber gar nicht beurteilt werden." (Beschwerde KG act. 1 S. 34). Als gerügte aktenwidrige Unterstellung zitiert die Beschwerdeführerin folgende Erwägung des Handelsgerichts: "...legt die Klägerin, die wie gesehen selbst ausführt, auf Basis des Zwischenabschlusses habe gar nicht beurteilt werden können, ob per 30. Juni 2001 eine Unterbilanz oder allenfalls gar eine Überschuldung bestanden habe, nicht dar" (Beschwerde KG act. 1 S. 34; Unterstreichung in der Beschwerde). Es ist - auch bei Heranziehung des Originaltextes der Beschwerdeführerin (Replik, HG act. 22 S. 99 Ziff. 251, vgl. auch S. 99 f. Ziff. 252 - 258) - nicht verständlich, dass das Handelsgericht der Beschwerdeführerin damit eine Behauptung unterstellte, die diese nicht gemacht hatte. Das Handelsgericht wiederholte vielmehr lediglich das korrekt, was die Beschwerdeführerin ausgeführt hatte. Die Rüge geht fehl.

#### **E. 10**

Das Handelsgericht erwog, die Beschwerdeführerin habe ausgeführt, dass in der "Interim Information Disclosure for Lenders" (einer von der SAirGroup den Gläubigern abgegebenen Information vom 19. Juli 2001) höchstens auf den ersten Blick ein optimistisches Zukunftsbild der Swissair-Gruppe gemalt worden

- 17 - sei, dessen Eintretenswahrscheinlichkeit tatsächlich gleich null gewesen sei. Die Beschwerdeführerin räume somit ein, dass in diesem Informationspaket eine positive Entwicklung der SAirGroup gezeichnet worden sei. Fehle ein Szenario mit einer weniger positiven Zukunftsentwicklung, könne der Beschwerdegegnerin nicht vorgeworfen werden, dass sie sich selbst ein solches hätte ausmalen müssen. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, weshalb die Beschwerdegegnerin aus der Informationsschrift hätte erkennen sollen, dass die SAirGroup zu jenem Zeitpunkt bereits überschuldet und praktisch illiquid gewesen sei und keine Aussicht auf Sanierung bestanden habe. Unter diesen Umständen könne offenbleiben, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt Kenntnis von der "Interim Information Disclosure for Lenders" gehabt habe (KG act. 2 S. 26 f.). Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe im Verfahren vor Handelsgericht behauptet, die Beschwerdegegnerin habe sich durch die Bank A. vertreten lassen. Die "Interim Information Disclosure for Lenders" sei der Bank A. gesandt worden. Der Empfang durch die Bank A. sei unbestritten. Das Handelsgericht nehme irrtümlich an, es "müsse infolge Bestreitung die Frage offen lassen". Die Annahme, etwas sei bestritten, was unbestritten sei, und müsse deshalb offengelassen werden, verletze wesentliche Verfahrensgrundsätze und sei willkürlich und aktenwidrig (KG act. 1 S. 36 f.). Das Handelsgericht liess indes die Frage, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt Kenntnis von der "Interim Information Disclosure for Lenders" gehabt habe, nicht deshalb offen, weil dies bestritten gewesen sei, sondern weil sich an ihrem Entscheid selbst dann nichts geändert hätte, wenn die Beschwerdegegnerin Kenntnis davon hatte. Daran geht die Rüge der Beschwerdeführerin vorbei und damit fehl. Es ist kein Nachteil der Beschwerdeführerin daraus ersichtlich, dass das Handelsgericht eine Frage offen liess, wenn deren Beantwortung selbst im Sinne der Beschwerdeführerin für diese kein günstigeres Resultat gebracht hätte.

### **E. 11**

Das Handelsgericht erwog, die Beschwerdeführerin sei der Auffassung, die der Beschwerdegegnerin bekannte Finanzanalyse der Bank E. vom 7. September 2001 spreche "Klartext für die Erkennbarkeit der Schädigungs- absicht der Beklagten" (KG act. 2 S. 29 lit. ee mit Bezugnahme auf HG act. 30

- 18 - S. 11). Der Finanzanalyse sei aber - so erwog das Handelsgericht - nicht zu entnehmen gewesen, dass die SAirGroup unmittelbar vor dem "Grounding" stehen und nur noch die Liquidation bleiben würde. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin in keiner Art und Weise die (rechtzeitige) Kenntnisnahme der Beschwerdegegnerin von dieser Finanzanalyse substantiiert habe. Unter diesen Umständen könne offen bleiben, ob die entsprechende Noveneingabe der Beschwerdeführerin überhaupt zulässig gewesen sei oder nicht (KG act. 2 S. 30 lit. ee). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zulässigkeit der Noveneingabe (HG act. 30) liege auf der Hand. Dennoch weigere sich das Handelsgericht, über die Zulässigkeit zu entscheiden. Auch auf diesem Weg versuche es, ein Urteil zugunsten der Beschwerdeführerin im ersten Rechtsmittelzug zu verhindern und so zum Nachteil der Beschwerdeführerin die Erledigung des Prozesses auf Jahre hinaus zu verzögern (KG act. 1 S. 51). Dazu kann vollumfänglich auf vorstehende Erw. 8 verwiesen werden, welche auch auf diese Rüge zutrifft. Die Rüge geht fehl.

### **E. 12**

Zur handelsgerichtlichen Erwägung, hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin in keiner Art und Weise die (rechtzeitige) Kenntnisnahme der Beschwerdegegnerin von der Finanzanalyse (der Bank E. vom 7. September 2001) substantiiert habe (KG act. 2 S. 30 zweiter Absatz), macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe behauptet, dass diese Finanzanalyse veröffentlicht worden sei. Das sei von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten worden. Im Gegenteil habe diese in der Duplik ausgeführt, wenn Analysen veröffentlicht würden, seien diese selbstredend der Öffentlichkeit und damit allen Interessenten grundsätzlich zugänglich. Die Beschwerdeführerin habe gar nichts Zusätzliches ausführen können (Beschwerde KG act. 1 S. 52 f. "Nichtigkeitsrüge Nr. 14"). Die Rüge geht an der vorinstanzlichen Erwägung vorbei und deshalb fehl. Das Handelsgericht erwog nicht, dass die Beschwerdegegnerin die Publikation der Finanzanalyse bestritten hätte. Es erwog vielmehr, die Beschwerdeführerin habe die Kenntnisnahme durch die Beschwerdegegnerin nicht substantiiert. Die Beschwerdeführerin zeigt in der Beschwerde nicht auf, dass (und wo) sie im

- 19 - handelsgerichtlichen Verfahren behauptet hätte, wann die Beschwerdegegnerin tatsächlich Kenntnis von dieser Finanzanalyse erhalten hatte. Hatte sie das gar nicht behauptet, war auch nicht von einer mangelnden Bestreitung seitens der Beschwerdegegnerin bzw. von einem Zugeständnis der Beschwerdegegnerin auszugehen oder ein Beweisverfahren darüber durchzuführen. Eine andere Frage ist, ob eine Publikation der Beschwerdegegnerin beim Thema der Erkennbarkeit als Kenntnis(nahme) anzurechnen ist. Dies ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, worauf in diesem Verfahren nicht eingetreten werden kann.

### **E. 13**

Am 9. Juli 2007 reichte die Beschwerdeführerin eine (weitere) Noveneingabe ein (HG act. 40). Das Handelsgericht erwog, die Ausführungen der Beschwerdeführerin in dieser Noveneingabe zum Kreditrisikomanagement bei der Bank A. seien verspätet und

unbeachtlich. Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, inwiefern eine Ausnahme im Sinne von § 115 ZPO vorliege (KG act. 2 S. 29 lit. dd). a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Handelsgericht übersehe, dass die sogenannte Noveneingabe vor Schluss des Hauptverfahrens und vor der Referenten-Audienz eingereicht worden und deshalb auf alle Fälle umfassend zulässig sei (KG act. 1 S. 57). Das trifft nicht zu. Das Hauptverfahren war mit Einreichung der Duplik beendet (§§ 108 - 132 ZPO; vgl. auch vorstehende Erw. 6.b). Der letzte Vortrag der Beschwerdeführerin im Sinne von § 114 ZPO war ihre Replik vom 26. Juni 2006 (HG act. 22; vgl. ZR 103 [2004] Nr. 38 Erw. 2.c). Nachher wäre sie nur noch unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO zur Vorbringung von Noven berechtigt gewesen. Sie geht fehl in der Annahme, auch nach Erstattung ihrer Replik hätte sie noch beliebig, ohne an die Voraussetzungen von § 115 ZPO gebunden zu sein und ohne dass ein Fall von § 122 ZPO vorlag, neue Tatsachen behaupten können (vgl. auch Christian Schuhmacher, Zivilprozessrecht des Kantons Zürich, Zürich 2003, S. 86). Damit wäre sie (§§ 115 und 122 ZPO vorbehalten) selbst dann ausgeschlossen gewesen, wenn nach der Duplik zu einer Referenten- audienz vorgeladen worden wäre.

- 20 - b) Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, wenn eine neue Urkunde eingereicht werde und werden dürfe, müsse sie auch kommentiert werden (Beschwerde KG act. 1 S. 58 erster Punkt). Mit der neuen Urkunde bezieht sich die Beschwerdeführerin offenbar (KG act. 1 S. 57; eine andere Urkunde ist daraus nicht ersichtlich) auf den mit ihrer Noveneingabe HG act. 40 eingereichten "Ergänzungsbericht \_\_\_\_\_ vom 6. November 2006" (HG act. 40 S. 2, act. 41/195 [\_\_\_\_\_ Bericht in Sachen Swissair-Gruppe Ergänzende Untersuchungsergebnisse Band 1]). Dabei übergeht sie, dass das Handelsgericht explizit offenliess (vgl. dazu vorstehend Erw. 8), ob ihre Ausführungen im Zusammenhang mit diesem "Ergänzungsbericht" im Sinne von § 115 ZPO zulässig wären oder nicht. Dies deshalb, weil die späten Erkenntnisse aus dem "Ergänzungsbericht" vom 6. November 2006 nicht geeignet seien, der Beschwer- degegnerin Fahrlässigkeit bei der Beurteilung der Sanierungsaussichten der SAirGroup im Herbst 2001 nachzuweisen (KG act. 2 S. 29 lit. dd). Daran geht diese Rüge - sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin als solche zu ver- stehen - vorbei und schon deshalb fehl. Nicht nachvollziehbar ist, was der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin schon sehr frühzeitig, als noch nichts öffentlich bekannt gewesen sei, konkrete geheime Informationen über eine finanzielle Schieflage der SAirGroup gehabt ha- be, wie die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang behauptet (KG act. 1 S. 58 f.), an den handelsgerichtlichen Erwägungen ändere, die späte Erkenntnis aus dem Ergänzungsbericht vom 6. November 2006 sei nicht geeignet, der Beschwerdegegnerin Fahrlässigkeit der der Beurteilung der Sanierungsaussich- ten der SAirGroup im Herbst 2001 nachzuweisen, weshalb offenbleiben könne, ob die Ausführungen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem "Er- gänzungsbericht" im Sinne von § 115 ZPO zulässig seien (KG act. 2 S. 29 lit. dd). c) Als nicht nachvollziehbar bezeichnet die Beschwerdeführerin, dass das Handelsgericht ihre Ausführungen in der Noveneingabe vom 9. Juli 2007 zum Kreditrisikomanagement bei der Bank A. als verspätet und deshalb unbeachtlich bezeichnete. Sie habe in der Noveneingabe ja lediglich ihre früheren Ausführun-

- 21 - gen erwähnt, um diese dem Gericht in Erinnerung zu rufen (Beschwerde KG act. 1 S. 58 zweiter Punkt). War dem so, gereichte es der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht zum Nachteil, wenn das Handelsgericht die diesbezüglichen Ausführungen in der Noveneingabe nicht beachtete: Beachtete es die entsprechenden ursprünglichen

Behauptungen, kam es auf die (als solche behaupteten) Wiederholungen in der Noveneingabe nicht an bzw. beachtete das Handelsgericht ja vielmehr die (wiederholten) Behauptungen. Beachtete das Handelsgericht aber die ursprünglichen Behauptungen nicht, kommt es auf den Grund für diese Unterlassung an und wäre dies zu rügen gewesen. Auch diese Rüge geht fehl.

#### **E. 14**

Die Beschwerdeführerin wies keinen im vorliegenden Verfahren zu prüfenden Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. II I. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dabei ist bereits die am

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