

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090173 vom 25. April 2011

Zh Kassationsgericht, 2011-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA090173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA090173)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090173 du 25 avril 2011

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090173 del 25 aprile 2011

## Erwägungen

### E. 1

Bank X. (vormals Bank XY.), Beklagte 1 und Beschwerdeführerin vertreten durch Rechtsanwalt

### E. 2

..., gegen SAirGroup in Nachlassliquidation, Hirschengraben 84, 8001 Zürich, Klägerin und Beschwerdegegnerin vertreten durch Rechtsanwalt betreffend paulianische Anfechtung Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2009 (HG050370/U/ei)

- 2 - Das Gericht hat in Erwägung gezogen: I. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom

### E. 4

Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter die vorinstanzliche Erwägung, dass auch die Überprüfung der "Conditions Precedent" sowie Entgelte für externe Berater von der "Upfront Fee" abgegolten sein sollen, sei weder dem "Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement" noch dem "Upfront Fee Letter" zu entnehmen und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert behauptet (KG act. 1 S. 28 - 32 Ziff. 79 - 89; KG act. 2 S. 15). Dazu ist auf vorstehende Erwägung 2.g.bb zu verweisen. Sowohl die vorinstanzliche Auslegung der Vertragsdokumente als auch die Frage der Substantiierung sind Fragen der Anwendung des Bundesrechts, welche im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden können. Die Vorinstanz hat die Behauptungen der Beschwerdeführerin beachtet. Mit ihren rechtlichen Erwägungen dazu hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Auch diese Rüge (KG act. 1 S. 30 Ziff. 82 und 83) geht fehl.

## **E. 5**

Das Gleiche gilt für die weiteren Rügen (KG act. 1 S. 32 - 34 Ziff. 90 - 99), welche die vorinstanzliche Erwägung betreffen, die sog. "Commitment Commission" (und nicht die "Upfront Fee") habe die Kreditfazilität abgedeckt (KG act. 2 S. 15). Auch dazu kann auf die vorstehende Erwägung 2.g.bb verwiesen werden. Bei der gerügten vorinstanzlichen Erwägung handelt es sich um eine solche rechtlicher Natur, welche im vorliegenden Verfahren nicht überprüft werden kann. Auch die in diesem Zusammenhang beanstandete (KG act. 1 S. 33 Ziff. 94 und 95) vorinstanzliche Erwägung, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerde-

- 22 - führerin schon vor Unterzeichnung der Kreditfazilität konkrete Bereitstellungshandlungen hätte treffen müssen (KG act. 2 S. 15), betrifft die vorinstanzliche Anwendung des Bundesrechts und ist keine im vorliegenden Verfahren überprüfbare tatsächliche Annahme.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Annahme als willkürlich, die Beschwerdegegnerin habe die umstrittenen Zahlungen in Schädigungsabsicht geleistet (KG act. 1 S. 34 ff.). a) Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Schädigungsabsicht" im Wesentlichen, die Beschwerdegegnerin habe die Schädigungsabsicht behauptet (KG act. 2 S. 17 Erw. III.1.1), die Beschwerdeführerin 1 habe sie bestritten (KG act. 2 S. 19 Erw. 1.2). In tatsächlicher Hinsicht stehe fest, dass sich die Beschwerdegegnerin ihrer finanziellen und strukturellen Schwierigkeiten ab Beginn des Jahres 2001 bewusst gewesen sei (KG act. 2 S. 21 Erw. 2 mit Verweisung auf BGE 134 III 452 erw. 7.2). Für diese Feststellung verwies die Vorinstanz neben dem zitierten BGE auf verschiedene von den Parteien eingereichte Dokumente, nämlich auf HG act. 18/22, 18/26, 4/27, 18/27, 18/28, 4/39, 4/41, 4/40, 4/43, 4/44, 4/48, 4/51, 4/52, 4/64, 4/79, 4/80, 4/90, 4/97, 4/103, 4/107, 4/110, 4/4, 4/119, 4/16 (KG act. 2 S. 21 - 26 Erw. 2.1). Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht sei insgesamt entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin schon vor Überweisung der ersten Tranche der "Upfront Fee" an die Beschwerdeführerin Ende Mai 2001 über ihre finanzielle Notlage und ihre strukturellen Probleme im Bilde gewesen sei. Im Verlaufe des Jahres 2001 habe sich die Situation permanent verschlechtert (KG act. 2 S. 26 f. Erw. 2.2 mit Verweisung auf von den Parteien eingereichte Dokumente [HG act. 4/4, 4/5, 4/110] sowie auf das Urteil des Bundesgerichts vom 6.4.2009 5A\_386/2008). In Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin zumindest in Kauf genommen habe, durch die streitgegenständlichen Zahlungen vom 29. Mai 2001 und 3. August 2001 könnten andere Gläubiger geschädigt werden. Deshalb müsse die Voraussetzung der Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden (KG act. 2 S. 26 f.).

- 23 - b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe vor Vorinstanz bestritten, dass die Verantwortlichen der Beschwerdegegnerin die angefochtenen Zahlungen in Schädigungsabsicht vorgenommen hätten (KG act. 1 S. 35 Ziff. 101 mit Verweisung auf die Klageantwort [HG act. 17] Ziff. 477 ff. und 530 ff. und die Duplik [HG act. 53] Ziff. 54 ff. und 249 ff.). Bei der Feststellung der angeblichen schlechten finanziellen Lage der Beschwerdegegnerin im Mai/August 2001 habe sich die Vorinstanz weitgehend auf den Sachverhalt anderer Gerichtsurteile abgestützt (auf BGE 134 III 452 und auf das Urteil des Bundesgerichts vom 6.4.2009 [5A\_386/2008]). Indem sie ihre Feststellungen auf Sachverhalte anderer Urteile abgestützt habe, die nicht Gegenstand des vorinstanzlichen

Verfahrens gewesen seien und zu denen die Beschwerdeführerin, die nicht Partei jener Prozesse gewesen sei, keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt habe, habe sie willkürlich gehandelt (KG act. 1 S. 36 Ziff. 106) und die Verhandlungsmaxime verletzt (KG act. 2 S. 40 Ziff. 115). Indem die Vorinstanz eine beweisbedürftige Tatsache (Wissen der Beschwerdegegnerin um ihre angebliche finanzielle Lage zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen) als bewiesen angenommen habe, obwohl die Akten des vorliegenden Verfahrens darüber keinen Aufschluss gäben, habe sie eine willkürliche und aktenwidrige tatsächliche Annahme getroffen (KG act. 1 S. 37 Ziff. 107 und 108). Die Beschwerdeführerin habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die Verantwortlichen der Beschwerdegegnerin Ende Mai/ anfangs August 2001 davon ausgegangen seien, dass auch im schlimmsten Fall die Liquidität für die nächsten 12 Monate gesichert sei (KG act. 1 S. 37 f. Ziff. 109 und 110, S. 48 f. Ziff. 146 - 150), und dass sie (die Verantwortlichen der Beschwerdegegnerin) bis zuletzt an die Weiterführung der Geschäftstätigkeit und das Überleben der Beschwerdegegnerin geglaubt hätten (KG act. 1 S. 39 Ziff. 111). Indem die Vorinstanz diese Darstellung nicht in die Beweiswürdigung einbezogen habe, habe sie auch den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 39 Ziff. 112). Die Vorinstanz habe ohne Durchführung eines Beweisverfahrens eine Beweiswürdigung gestützt auf vorläufig eingereichte Beweismittel vorgenommen. Das sei nicht zulässig und habe auch den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 39 f. Ziff. 113 und 114). Die von der Vorinstanz getroffenen Feststellungen über den Willen der Beschwer-

- 24 - degegnerin (im Zusammenhang mit der Feststellung, diese habe eine Gläubigerschädigung in Kauf genommen) seien aktenwidrig und beruhten auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen (KG act. 1 S. 41 f. Ziff. 120 und 121). Die Beschwerdeführerin habe vor der Vorinstanz behauptet, die Beschwerdegegnerin habe die angefochtenen Zahlungen zum Zweck der Sanierung vorgenommen. Darauf sei die Vorinstanz überhaupt nicht eingegangen und habe damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 42 - 45 Ziff. 123 - 135). Die Vorinstanz habe ohne Durchführung eines Beweisverfahrens allein gestützt auf vorläufig eingereichte Beweismittel eine Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin festgestellt, obwohl die Beschwerdeführerin eine solche bestritten habe, und dadurch einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1 S. 45 - 47 Ziff. 136 - 145). c) Die Beschwerdegegnerin wendet dazu ein, bei den gerügten vorinstanzlichen Annahmen handle es sich nicht um willkürliche tatsächliche Feststellungen, sondern um rechtliche Erwägungen, zu denen die Vorinstanz aufgrund der dem Gericht konkret vorgetragenen tatsächlichen Umstände gelangt sei (KG act. 12 S. 29 f. Ziff. 102 und 103). Habe die Vorinstanz Sachverhaltsbehauptungen nicht berücksichtigt, so deshalb, weil sie sie als für die sich stellenden Rechtsfragen nicht relevant erachtet habe. Auf diese Fragen der Anwendung des Bundesrechts könne im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (KG act. 12 S. 30 Ziff. 104 und 105, S. 33 Ziff. 112 und 113). Die Akten im vorliegenden Verfahren gäben im Gegensatz zur Darstellung der Beschwerdeführerin durchaus Aufschluss über die schlechte finanzielle Lage der Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen (KG act. 12 S. 30 - 32 Ziff. 106). Die Vorinstanz habe ihre Feststellungen mithin nicht auf Sachverhalte anderer Urteile abgestützt, sondern aus den von den Parteien eingereichten Akten erstellt (KG act. 12 S. 32 Ziff. 107). Auch beim Wissen der Beschwerdegegnerin um ihre angeblich schlechte finanzielle Lage zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen handle es sich nicht um eine beweisbedürftige Tatsache, sondern um die Beantwortung einer Rechtsfrage (KG

act. 12 S. 32 f. Ziff. 109 - 111). Die Vorinstanz habe die Vorbringen der Beschwerdeführerin auch tatsächlich gehört (KG act. 12 S. 33 Ziff. 114). Eine Beweiswürdigung der Vorinstanz habe gar nicht stattgefunden

- 25 - den. Wenn die Vorinstanz über eine erhebliche streitige Behauptung gar keinen Beweis führen lasse, sei das allenfalls eine Verletzung von Art. 8 ZGB, was vor Bundesgericht, nicht aber im vorliegenden Verfahren gerügt werden könne (KG act. 12 S. 34 Ziff. 115). Die angefochtenen Zahlungen seien nicht zum Zwecke der Sanierung vorgenommen worden; das Eingehen neuer Schulden sei keine echte Sanierungsmaßnahme (KG act. 12 S. 36 Ziff. 123 f.). Die angefochtenen Zahlungen hätten gerade nicht im Zusammenhang mit Zahlungsmitteln gestanden, die zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt worden seien, sondern seien Entlohnungen für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verhandlung einer Kreditfazilität gewesen (KG act. 12 S. 36 Ziff. 125). Diese Frage sei von der Vorinstanz ausführlich behandelt worden; es liege weder eine Verletzung des Gehörsanspruchs noch der Verhandlungsmaxime vor (KG act. 12 S. 36 f. Ziff. 126 und 127). "Das Vorliegen echter Sanierungsbemühungen" sei keine erhebliche streitige Tatsache, sondern eine Schlussfolgerung aus der Würdigung von vorgebrachten (unbestrittenen) Tatsachen. Darüber könne kein Beweisverfahren durchgeführt werden (KG act. 12 S. 37 Ziff. 129). Überdies liege, wenn überhaupt, eine nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfende Verletzung von Bundesrecht (Art. 8 ZGB) vor, wenn die Vorinstanz über eine erhebliche streitige Tatsache kein Beweisverfahren durchgeführt habe (KG act. 12 S. 37 Ziff. 130). Auch die vorinstanzliche Feststellung der Schädigungsabsicht sei keine tatsächliche Frage, sondern eine auf Grundlage der Parteibehauptungen beider Seiten vorgenommene Würdigung von unbestrittenen Tatsachen. Die Feststellung, aufgrund des Wissens um die schlechte Finanzlage müsse auf die eventualvorsätzliche Schädigungsabsicht geschlossen werden, beinhalte die rechtliche Wertung eines Sachverhalts und unterliege als solche nicht dem Beweis (KG act. 12 S. 38 Ziff. 133). Im Übrigen würde auch diesbezüglich, wenn überhaupt, eine nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfende Verletzung von Art. 8 ZGB vorliegen (KG act. 12 S. 38 Ziff. 134). Die Vorinstanz habe bezüglich Schädigungsabsicht geprüft, ob die Beschwerdegegnerin habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtenen Zahlungen andere Gläubiger benachteilige oder die Beschwerdeführerin gegenüber anderen Gläubigern bevorzuge, und die Vorinstanz habe dies bejaht. Dies habe sie nicht aufgrund einer Feststellung zum

- 26 - Sachverhalt gemacht. Vielmehr habe sie eine Rechtsfrage beantwortet, wenn sie die Schädigungsabsicht bejaht habe, weil aufgrund von äusseren Umständen und Indizien geschlossen worden sei, die Beschwerdegegnerin hätte die schädigende Wirkung ihres Verhaltens voraussehen können und müssen (KG act. 12 S. 39 Ziff. 135). Die im vorliegenden Fall relevante Frage des "Voraussehen-Könnens" (im Gegensatz zur Frage des tatsächlichen Vorhandenseins) einer Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin bzw. deren Vertreter bei Ausführung der angefochtenen Zahlungen sei eine Rechtsfrage. Dies stehe einem Eintreten auf die Rüge der Beschwerdeführerin entgegen (KG act. 12 S. 39 Ziff. 135). d) Im Verfahren Kass.-Nr. AA090020, X. AG c. SAirGroup in Nachlassliquidation, hatte das Kassationsgericht betreffend Schädigungsabsicht die gleichen Fragen zu beurteilen. Es erwog im Beschluss vom 19. Juli 2010 (Erw. II.3): "b) ... Im Zusammenhang mit der von der Beschwerdeführerin beanstandeten vorinstanzlichen Feststellung der Erfüllung der Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG ist deshalb vorab zu klären, ob es sich dabei um eine tatsächliche Feststellung oder um die

blasse Anwendung von Bundesrecht handelt, wie die Beschwerdegegnerin geltend gemacht. Handelt es sich um die blasse Anwendung von Bundesrecht, ist auf darauf bezogene Rügen im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten. c) Nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung ist die im Tatbestand von Art. 288 SchKG enthaltene "Schädigungsabsicht" nicht (bloss) ein normativer (Rechts-)Begriff. Die Frage, was für eine Absicht die Schuldnerin bzw. ihre Organe bei Zahlungen gemäss Art. 288 SchKG hatte bzw. ob sie die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen, ist eine tatsächliche, einem Beweisverfahren zugängliche Frage (Kass.-Nr. AA070141 vom 3.10.2008 Erw. II.1.e mit Verweisungen). d) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vor, wenn der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzuge. Nicht erforderlich sei, dass der Schuldner mit seiner Handlung die Benachteiligung von Gläubigern oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu bezweckt habe. Es genüge vielmehr, wenn sich der Schuldner darüber habe Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen habe, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt würden. Die direkte oder indirekte Schädigungsabsicht des Schuldners betreffe zunächst eine innere Tatsache und lasse sich unmittelbar nur durch die Parteiaussage beweisen, im Übrigen aber bloss durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt hätten "(Tatfrage)". Gestützt darauf sei zu

- 27 - beurteilen, ob begrifflich eine Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vorgelegen habe "(Rechtsfrage)" (BGE 134 III 452, 456 Erw. 4.1 mit Verweisung zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage auf BGE 26 II 617 Erw. 4 S. 620, 33 II 665 Erw. 3 S. 667 und 55 III 80 Erw. b S. 87). Gemäss dem vom Bundesgericht zur Abgrenzung zitierten Entscheid 26 II 617, einem Urteil vom 14. September 1900, seien es Rechtsfragen, was das Gesetz unter der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zu begünstigen, verstehe und wann im Allgemeinen anzunehmen sei, dass eine solche Absicht für die andere Partei erkennbar gewesen sei. Daran, dass das Bundesgericht an den kantonalechtlich festgestellten Tatbestand gebunden sei, müsse allerdings auch in Anfechtungsprozessen festgehalten werden. Allein die Gebundenheit erstreckte sich nur auf die tatsächlichen Elemente, auf das, was an tatsächlichem Material die Parteivorbringen und die Beweisführung zu Tage gefördert hätten, während die Schlussfolgerungen, die hieraus im Hinblick auf die Frage der Anfechtbarkeit gezogen worden seien, der Nachprüfung durch das Bundesgericht unterstehen müssten, weil dabei eben auch rechtliche Auffassungen und Fragen der Gesetzesinterpretation mitspielten. In diesem Zusammenhang erwog das Bundesgericht, die Vorinstanzen hätten den Begriff der Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht zu eng gefasst. Eine solche sei nicht nur dann anzunehmen, wenn der eigentliche, nächste Zweck eines Geschäftes die Benachteiligung der übrigen Gläubiger bzw. die Begünstigung eines einzelnen gewesen sei, sondern schon dann, wenn die Benachteiligung oder Begünstigung als normale Folge des Geschäfts habe vorhergesehen werden müssen (BGE 26 II 617, 620). Im BGE 33 II 665, 667 erwog das Bundesgericht, in tatsächlicher Hinsicht sei festgestellt, dass der Schuldner im kritischen Zeitpunkt bereits in erheblichem Masse überschuldet gewesen sei. Unter diesen Umständen habe es ihm nicht entgehen können - so das Bundesgericht in einer eigenen (offenbar als rechtliche verstandenen) Erwägung -, dass die angefochtene Rechtshandlung eine Benachteiligung seiner übrigen Gläubiger zur Folge haben werde. Es sei denn auch klar, dass bei seiner

misslichen Lage jene Rechtshandlung überhaupt nur den Zweck haben können, die Beklagte vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen. In BGE 55 III 80, 86 f. erwog das Bundesgericht, die Vorinstanz habe aus verschiedenen Tatsachen auf die Absicht der Schuldnerin geschlossen. Dieser Schluss von äusseren auf innere Tatsachen sei, weil tatsächlicher Natur, für das Bundesgericht ebenso verbindlich wie die Feststellung jener Tatsachen, welche die Vorinstanz als Indizien dafür gewürdigt habe. Zur Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG erwog das Bundesgericht, Eventualabsicht genüge. Namentlich genüge schon das eventuelle Wollen der Benachteiligung bzw. Begünstigung, das heisse das Wollen für einen bestimmten vorausgesehenen Fall. In einem von der Beschwerdegegnerin zitierten (KG act. 10 S. 9 Ziff. 23) Urteil vom 19. September 2000 erwog das Bundesgericht, ob den Beschwerdeführern aufgrund ihrer Kenntnis über die wirtschaftliche Situation eine Schädigungs- und Begünstigungsabsicht vorzuwerfen sei, sei eine Rechtsfrage (5P.35/2000 Erw. 5.i). e) Klar ist demnach, dass Feststellungen über das Wissen und insbesondere das Wollen des Schuldners im Sinne von Art. 288 SchKG tatsächliche Fragen sind. Was für eine Absicht der Schuldner hatte, ist Tatfrage. Rechtsfrage - vom

- 28 - Bundesgericht klar bejahte Rechtsfrage - ist, ob Eventualvorsatz genügt. Ebenfalls Rechtsfrage ist die Definition des Eventualvorsatzes. So sind es auch Rechtsfragen, ob der Schuldner zur Erfüllung des Eventualvorsatzes wissen musste, dass seine Handlung Gläubiger benachteilige, oder ob er zur Erfüllung des Eventualvorsatzes nur die Möglichkeit kennen musste, dass (und ggfs. mit welcher Wahrscheinlichkeit) seine Handlung Gläubiger benachteiligen könne - während es Tatfragen sind, ob er dies wusste oder ob er die Möglichkeit kannte. Schwierig ist die Abgrenzung insbesondere dort, wo eine verwendete Umschreibung sowohl eine tatsächliche Feststellung wie auch eine rechtliche Schlussfolgerung sein kann. Dies trifft auf die Frage zu, ob der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt (oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt). Wird deswegen, weil der Schuldner bei den vorhandenen äusseren Gegebenheiten habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige, darauf geschlossen, dass er dies tatsächlich vorausgesehen hat, handelt es sich (trotz der Formulierung "können und müssen", welche an sich ein normatives Element beinhaltet) um eine tatsächliche Feststellung. Wird aber demgegenüber bloss festgestellt, dass der Schuldner bei den vorhandenen äusseren Gegebenheiten habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige, ohne dass daraus geschlossen wird, dass er das auch tatsächlich vorausgesehen hat (also mit der Möglichkeit, dass er das aus nachträglicher objektiver Sicht hat voraussehen können und müssen, es aber tatsächlich nicht vorausgesehen hat [weil er allenfalls zu wenig sorgfältig war]), handelt es sich um eine Rechtsfrage, wie in diesem Zusammenhang insbesondere auch die Frage, ob dies (eine eigentliche Fahrlässigkeit?) tatsächlich die Voraussetzung des Eventualvorsatzes, der Absicht im Sinne von Art. 288 SchKG erfüllt. In diesem Sinne kann es vom rechtlichen Vorverständnis abhängen, ob die Feststellung einer Schädigungsabsicht in einem konkreten Fall eine tatsächliche Feststellung oder eine Rechtsanwendung ist. Wenn das Kassationsgericht in den Entscheiden vom 13.7.2006 (Kass.-Nr. AA050126) und vom 3.10.2008 (Kass.-Nr. AA070141) erklärte, dass die Frage des Vorliegens einer Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG eine tatsächliche, einem Beweisverfahren zugängliche Frage ist, so ging es dabei vom (rechtlichen) Verständnis der Schädigungsabsicht als tatsächliches Wissen des Schuldners aus, dass seine fragliche Handlung Gläubiger benachteiligen kann,

wobei der Schuldner trotz dieses Wissens handelt (entweder weil er direkt die Gläubigerbenachteiligung bzw. -begünstigung will oder weil er eine solche in Kauf nimmt). Um dieses Wissen zu haben, muss der Schuldner tatsächlich ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen, dass er nicht alle Gläubiger befriedigen können wird. Rechnet er nicht mit einer solchen realen Möglichkeit (und sei es grobfahrlässig), hat er dieses Wissen und damit die so verstandene Schädigungsabsicht nicht. Wird indes dieses Wissen oder ein Element davon wie das Rechnen mit der Möglichkeit, nicht alle Gläubiger befriedigen zu können, aufgrund einer anderen Rechtsanschauung nicht als der Schädigungsabsicht immanent erachtet und wird der Umstand, dass der Schuldner aus objektiver Sicht eine Gläubigerbenachteiligung hat voraussehen können und müssen, als für die Erfüllung der Schädigungsabsicht genügend erachtet (auch wenn der Schuldner tatsächlich eine Gläubiger-

- 29 - benachteiligung nicht vorausgesehen hat), trifft darauf die kassationsgerichtliche Feststellung der Schädigungsabsicht als tatsächliche Frage nicht zu. Es ist jeweils im konkreten Einzelfall zu untersuchen, ob das Gericht eine tatsächliche Feststellung getroffen oder Rechtsanwendung vorgenommen hat. f) Die Vorinstanz erwog theoretisch zur Schädigungsabsicht, es genüge, wenn sich der Schuldner darüber habe Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen habe, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt würden. Blosser Fahrlässigkeit genüge nicht. Der bei den Beteiligten gegebene subjektive Befund sei das prägende Element des Anfechtungstatbestandes von Art. 288 SchKG. Eine bloße Nachlässigkeit des Schuldners beim Bedenken der möglichen Folgen seines Handelns könnte als grundlegende Rechtfertigung der schweren Sanktion der Anfechtbarkeit nicht genügen. Der erforderliche Eventualvorsatz sei ein psychischer Sachverhalt. Soweit keine Äusserungen des Schuldners selbst vorhanden seien, müsse aufgrund äusserer Sachumstände über die Frage des Eventualvorsatzes entschieden werden. Dränge sich bei objektiver Beurteilung der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge des Handelns auf, so sei dies ein gewichtiges Indiz für seinen Eventualvorsatz. Das bloße Bewusstsein der Überschuldung genüge nicht als Indiz, da hier der Erfüllungscharakter noch im Vordergrund stehen könne (KG act. 2 S. 5 f. Erw. 2 mit Verweisungen; Kursivschrift durch das Kassationsgericht). Daraus folgt, dass (auch) die Vorinstanz das Vorliegen des Eventualvorsatzes als tatsächliche Frage behandelte. Das Vorliegen eines psychischen Sachverhalts ist eine tatsächliche Frage. In diesem Zusammenhang waren für die Vorinstanz die Antworten auf die Fragen, ob der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige, bzw. ob er sich darüber habe Rechenschaft geben können und müssen, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt würden, Indizien für das Vorliegen des psychischen Sachverhalts des Eventualvorsatzes, welchen sie auch unter diesem Aspekt als tatsächliche Frage verstand. Bezogen auf den konkreten Sachverhalt erwog die Vorinstanz, in Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden. Aus den (von der Vorinstanz vorgängig) dargelegten Gründen müsse die Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden (KG act. 2 S. 25 f.). Vor dem Hintergrund der zitierten theoretischen Erwägungen zur Schädigungsabsicht traf die Vorinstanz damit eine tatsächliche Feststellung. g) Nicht zu übersehen ist, dass die Vorinstanz dabei Erwägungen aus dem mehrfach zitierten Urteil des Bundesgerichts BGE 134 III 452 S. 463 übernommen

hat (vgl. insbes. BGE 134 III S. 456 Erw. 4.1 und S. 463 Erw. 7.4), teilweise wort- wörtlich (vgl. die letzten beiden Sätze auf S. 25 f. des angefochtenen Urteils KG act. 2 mit dem letzten Satz der Erwägung 7.4 und der Erwägung 7.5 in BGE 134 III 463).

- 30 - Die Beschwerdegegnerin leitet daraus ab, dass es sich nicht um eine tatsächliche Frage, sondern um eine Rechtsfrage handle. Sie führt aus, wäre der Schluss von den Umständen auf den Eventualvorsatz tatsächlicher Natur, hätte das Bundesgericht die Sache (im Verfahren, das zum BGE 134 III 452 führte) zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückweisen müssen. Daraus, dass das Bundesgericht dies nicht getan habe, folge, dass es sich beim Schluss von den äusseren Umständen auf den Eventualvorsatz im Sinne der Schädigungsabsicht nach Art. 288 SchKG um die Anwendung von Bundesrecht handle (KG act. 10 S. 5). Diese Argumentation erscheint zwar insoweit plausibel, als das bundesgerichtliche Vorgehen im zitierten Entscheid tatsächlich die Vermutung nahelegt, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid die Frage der Inkaufnahme als rechtliche Frage behandelte. Einerseits wäre aber eine solche Behandlung in einem andern Fall für den vorliegenden Fall nicht bindend. Andererseits liegt es nicht in der Aufgabe des Kassationsgerichts, im vorliegenden Verfahren darüber zu befinden, weshalb das Bundesgericht im Entscheid 134 III 452 nach der Feststellung, dass das Handelsgericht die Frage ausdrücklich offengelassen hatte, ob und ab wann auf Seiten der SAirGroup eine Schädigungsabsicht bestanden hatte (BGE 134 III 462 Erw. 7), die Sache nicht zur entsprechenden tatsächlichen Feststellung an das Handelsgericht zurückgewiesen hat. Noch weniger liegt es am Kassationsgericht, darüber zu befinden, ob dies richtig war oder nicht. Immerhin ist festzustellen, dass das Bundesgericht auch in diesem mehrfach zitierten Entscheid klar festhielt, dass die Schädigungsabsicht des Schuldners eine tatsächliche Frage ist, und zwar auch dann, wenn sie durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten beantwortet wird (BGE 134 III 456 Erw. 4.1). Aus dem Umstand, dass das Bundesgericht die Sache nicht an das Handelsgericht zurückwies, kann deshalb nicht geschlossen werden, dass die Frage der Schädigungsabsicht als innere Tatsache eine Rechtsfrage wäre. h) Im Gegensatz zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerin (KG act. 10 S. 9 Ziff. 21, S. 13 Ziff. 32, S. 17 Ziff. 41) subsumierte die Vorinstanz nicht in einer blossen Rechtsanwendung einen sich aus den Rechtsschriften der Parteien ergebenden unbestrittenen Sachverhalt unter den Begriff der Schädigungsabsicht, sondern die Schädigungsabsicht als solche war die streitige und damit beweisbedürftige Tatsache (deren rechtliche Relevanz steht ausser Frage). Ob die tatsächlichen Umstände, welche die Vorinstanz aus den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Beweismitteln würdigte, einzeln oder insgesamt oder als solche gar nicht bestritten waren, ändert nichts daran, dass die Vorinstanz in einer Würdigung derselben, mithin einer eigentlichen Beweiswürdigung zu tatsächlichen Schlüssen bezüglich bestrittener tatsächlicher Fragen (Inkaufnahme der Schädigung anderer Gläubiger, Schädigungsabsicht) gelangte. Dabei ist dem angefochtenen Urteil auch nicht zu entnehmen, dass die Vorinstanz Tatsachenbehauptungen der Parteien aus rechtlichen Gründen als für die (tatsächliche) Frage der Schädigungsabsicht irrelevant erachtet hätte (wie die Beschwerdegegnerin geltend macht, KG act. 10 S. 12 Ziff. 30)."

- 31 - e) Diese Erwägungen gelten vollumfänglich auch für den vorliegenden Fall. Die vorinstanzlichen theoretischen Erwägungen zur Schädigungsabsicht sind identisch (mit Ausnahme des letzten Satzes der vorstehend im ersten Absatz von lit. d.f zitierten Erwägungen; vgl. diese mit KG act. 2 S. 6 Erw. 2). Daraus folgt, dass die Vorinstanz (auch

im vorliegenden Fall) das Vorliegen des Eventualvorsatzes als tatsächliche Frage behandelte. Auch bezogen auf den konkreten Sachverhalt stellte die Vorinstanz im vorliegenden Fall im Wesentlichen die gleichen Erwägungen an wie im Urteil vom 5. Dezember 2008, das vom Kassationsgericht mit den vorstehend zitierten Erwägungen geprüft wurde (vgl. KG act. 2 S. 26 f. Erw. 2.2 mit vorstehender lit. d.f dritter Absatz). Auch im vorliegenden Fall erwog die Vorinstanz bezogen auf den konkreten Sachverhalt, in Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden. Aus den (von der Vorinstanz vorgängig) dargelegten Gründen müsse die Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden (KG act. 2 S. 27). Vor dem Hintergrund der zitierten theoretischen Erwägungen zur Schädigungsabsicht traf die Vorinstanz damit auch im vorliegenden Fall - im Gegensatz zu den Ausführungen der Beschwerdegegnerin (vgl. vorstehend lit. c) - eine tatsächliche Feststellung und beantwortete nicht bloss eine Rechtsfrage. Dabei zog die Vorinstanz den Schluss auf die Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin wiederum entgegen ihren Ausführungen in der Beschwerdeantwort nicht bloss auf der Grundlage von unbestrittenen Parteibehauptungen beider Seiten, sondern sie stellte einerseits auf Urteile in anderen Verfahren ab (BGE 134 III 452 und BGer. vom 6.4.2009 5A\_386/2008) und würdigte andererseits ausführlich von den Parteien eingereichte Dokumente (KG act. 2 S. 21 - 27). Die Feststellung der bestrittenen Schädigungsabsicht traf die Vorinstanz mithin aufgrund einer Würdigung von im Hauptverfahren vorläufig eingebrachten Beweismitteln und von Indizien. Das war vor bzw. ohne Durchführung eines durch einen Beweisaufhebungsbeschluss zu eröffnenden (§ 136 ZPO ZH) förmlichen Beweisverfahrens (§ 133 ZPO ZH) unzulässig und verletzte einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff 1. ZPO ZH (Kass.-Nr.

- 32 - AA090020 vom 19.7.2010 Erw. II.3.k mit Verweisung auf ZR 95 [1996] Nr. 73). Da die Vorinstanz auch im vorliegenden Verfahren nicht unter Ablehnung jeglicher beweismässiger Abklärung allein aufgrund von Behauptungen entschieden hat, sondern in Würdigung eingereichter Beweismittel, ist im Gegensatz zur Auffassung auch der Beschwerdegegnerin in diesem Verfahren nicht der bundesgerichtliche Beweisführungsanspruch nach Art. 8 ZGB betroffen, sondern die kantonale rechtlich geregelte Art der Durchführung des Beweisverfahrens gemäss §§ 133 ff. ZPO ZH (zur Abgrenzung vgl. ZR 95 Nr. 73 und ZR 106 [2007] Nr. 32; vgl. bereits Kass.-Nr. AA090020 vom 19.7.2010 Erw. II.3.k). Das auf dieser Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes beruhende angefochtene Urteil ist antragsgemäss aufzuheben. f) Die Sache ist nach den vorstehenden Erwägungen vor Durchführung eines Beweisverfahrens nicht spruchreif im Sinne von § 291 ZPO ZH. Der Prozess ist zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das weitere Vorgehen nach der Rückweisung ist Sache des Handelsgerichts. Vorab wird sich die Frage stellen, ob im vorinstanzlichen Verfahren nach der Rückweisung das bisherige zürcherische Prozessrecht oder die neue schweizerische ZPO anwendbar ist. Das Kassationsgericht hat sich dazu nicht zu äussern. Das Obergericht bzw. dessen II. Zivilkammer ist der Auffassung, dass die schweizerische ZPO anwendbar ist (Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2011 NK 100014 Erw. 7; publiziert im Internet ([www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)), unter Entscheide, Entscheide neue ZPO). Im Hinblick auf die Möglichkeit, dass das Handelsgericht nach der Rückweisung die schweizerische ZPO anwenden wird, erscheint

es nicht sinnvoll, die weiteren Rügen im Zusammenhang mit der Frage der Schädigungsabsicht zu prüfen (insbes. Verletzung der Verhandlungsmaxime, der Fragepflicht und des Gehörsanspruchs), welche vom Kassationsgericht nach der bisherigen ZPO ZH zu prüfen wären. Da das angefochtene Urteil schon aus dem vorgenannten Grund aufzuheben ist, ist dies auch nicht nötig. Es wird darauf verzichtet.

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführerin trägt sodann Rügen in Bezug auf die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vor (KG act. 1 S. 49

- 33 - - 57). Die Frage der Erkennbarkeit stellt sich nur bzw. erst, wenn überhaupt eine Schädigungsabsicht der SAirGroup feststeht. Nach der diesbezüglichen Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Urteils (vorstehend Erw. 6) ist diese Frage wieder offen. Deshalb braucht auf die Rügen im Zusammenhang mit der Frage der Erkennbarkeit zum jetzigen Zeitpunkt nicht eingegangen zu werden (vgl. auch diesbezüglich den Entscheid vom 19.7.2010 Kass.-Nr. AA090020 Erw. II.6).

#### **E. 8**

Unter dem Titel "4. Sanierungsbemühungen" rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe aktenwidrig und willkürlich festgestellt, dass die Bereitstellungskosten für die zu gewährende Kreditfazilität nicht durch die "Upfront Fee", sondern durch die "Commitment Commission" abgegolten worden seien. Dazu verweist die Beschwerdeführerin auf ihre Ausführungen unter Ziff. 90 ff. der Beschwerde (KG act. 1 S. 58 Ziff. 176). Diese wurden vorstehend in Erw. 5 i.V. mit Erw. 4 und Erw. 2.g.bb behandelt. Es ist darauf zu verweisen.

#### **E. 9**

Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Feststellung, es sei unbestritten, dass der Milliardenkredit der SAirGroup faktisch nie zur Verfügung gestanden sei (KG act. 1 S. 58 - 64). Demgegenüber habe sie in ihrer Duplik dargelegt, dass die "Conditions Precedent" realistisch gewesen und alle Beteiligten davon ausgegangen seien, dass sie erfüllt worden seien und der Milliardenkredit ziehbar gewesen sei (KG act. 1 S. 58 Ziff. 178). Dazu verweist die Beschwerdeführerin u.a. auf ihr Zitat in der Duplik aus einem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 2008 in Sachen Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich und weitere gegen C., wonach der Zeuge D. ausgesagt habe, dass der Kredit nach Ende August 2001 benützbar gewesen wäre (weil die Bedingungen dafür erfüllt gewesen seien). Die Beschwerdeführerin zog daraus die Folgerung, dass die Verantwortlichen der SAirGroup spätestens ab Ende August 2001 sämtliche "Conditions Precedent" als erfüllt betrachtet hätten und der Milliardenkredit ziehbar gewesen wäre (HG act. 53 S. 60 Ziff. 233 und 234; KG act. 1 S. 60). Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf ihre Behauptung in der Duplik vor Vorinstanz, der von ihr gemeinsam mit den anderen Joint Arrangern der SAirGroup zur Verfügung gestellte Milliardenkredit sei zum Zwecke der

- 34 - Sanierung geleistet worden und damit sämtlichen Gläubigern zugute gekommen. Er habe der SAirGroup insbesondere zur Stabilisierung ihrer Finanzen gedient, zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplans und zur Sicherung ihrer Glaubwürdigkeit im Markt. Der Milliardenkredit habe die Sanierung der SAirGroup wesentlich unterstützt, indem er der SAirGroup dazu verholfen habe, die Sanierung in geordneten Bahnen durchzuführen (HG act. 53 S. 49 Ziff. 182 und 183, KG act. 1 S. 61

Ziff. 179). Mit dem Milliardenkredit im Rücken habe die SAirGroup für den Fall, dass kurzfristig Liquidität benötigt worden sei, gestärkt in die Verkaufsverhandlungen gehen können, da sie mit Hilfe des Milliardenkredits in der Lage gewesen sei, Devestitionen auch über einen längeren Zeithorizont hinaus vorzunehmen (HG act. 53 S. 49 Ziff. 185; KG act. 1 S. 62). a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, zur Begründung ihrer Rüge hätte die Beschwerdeführerin einen Hinweis in ihren Ausführungen vor Vorinstanz auf eine Bestreitung dartun müssen, dass der Milliardenkredit der SAirGroup faktisch nie zur Verfügung gestanden sei. Sie habe aber nur auf Behauptungen hingewiesen, wonach der Kredit benützbar gewesen wäre (KG act. 12 S. 44 f. Ziff. 156 und 157). b) Die Vorinstanz hielt fest: "Unbestritten ist zudem, dass der Milliardenkredit der SAirGroup faktisch nie zur Verfügung stand." (KG act. 2 S. 17). Die Behauptungen der Beschwerdeführerin, dass der Kredit ab Ende August 2001 ziehbar gewesen wäre, dass der Milliardenkredit zu einer Stabilisierung der Finanzen der Beschwerdegegnerin und zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplanes geführt habe und dass die Beschwerdegegnerin mit dem Milliardenkredit im Rücken für den Fall, dass kurzfristig Liquidität benötigt worden sei, gestärkt in die Verkaufsverhandlungen gehen können, weil sie mit Hilfe des Milliardenkredits in der Lage gewesen sei, Devestitionen auch über einen längeren Zeithorizont hinaus vorzunehmen; aufgrund der fehlenden zeitlichen Zwangslage habe sie nicht zu finanziellen Konsequenzen gezwungen werden können (KG act. 1 S. 62 mit Verweisung auf HG act. 53 S. 50 Ziff. 185), implizieren die Behauptung, dass der Milliardenkredit faktisch zur Verfügung stand (ob

- 35 - diese Behauptungen nun richtig waren oder nicht), und damit die Bestreitung der Darstellung, dass er faktisch nie zur Verfügung gestanden sei. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdegegnerin geht fehl. Die vorinstanzliche Feststellung, es sei unbestritten, dass der Milliardenkredit faktisch nie zur Verfügung gestanden sei, trifft nicht zu. Die Beschwerdeführerin hat dies bestritten. Die Rüge ist grundsätzlich begründet. Allerdings ist nicht klar, ob sich dieser Nichtigkeitsgrund überhaupt zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt hat bzw. ob das angefochtene Urteil zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf diesem Nichtigkeitsgrund beruht (vgl. zu diesem Erfordernis § 281 ZPO ZH und den Einwand der Beschwerdegegnerin in KG act. 12 S. 47 Ziff. 165 und 166). Da die Beschwerde bereits aus einem andern Grund gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben ist, kann dies aber offengelassen werden. c) Die in diesem Zusammenhang auch angefochtene vorinstanzliche Erwägung, es sei somit nie tatsächlich zu einer Stabilisierung der Finanzen der Beschwerdegegnerin, zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplanes oder zu einer Absicherung von künftigen Devestitionsszenarien gekommen (KG act. 2 S. 17; KG act. 1 S. 61 - 63), beruht auch (zum Teil) auf der unzutreffenden Erwägung, es sei unbestritten, dass der Milliardenkredit der Beschwerdegegnerin faktisch nie zur Verfügung gestanden sei. Sie lässt sich nicht mehr darauf stützen. Weiteres ist im vorliegenden Verfahren aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Urteils aus anderen Gründen, der Rückweisung an die Vorinstanz und der allfälligen Anwendung der schweizerischen ZPO durch die Vorinstanz auch dazu nicht anzumerken.

## **E. 10**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Protokollierungspflicht und der Pflicht zur Aktenführung (KG act. 1 S. 64 - 67). a) Erachtete die Beschwerdeführerin das vorinstanzliche Protokoll für unrichtig oder unvollständig, hätte sie bei der Vorinstanz

ein Protokollberichtigungs- begehren stellen können (§ 154 Abs. 2 GVG; vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 154). Eine Nichtigkeitsbeschwerde wäre (erst) gegen den vorinstanzlichen Entscheid über das Protokollberichtigungsbegehren zulässig gewesen (vgl. Frank/Sträuli/ - 36 - Messmer, a.a.O., N 28 zu § 281; Hauser/Schweri, a.a.O., N 8 und N 14 ff. zu § 154). Auf die Rüge der Verletzung der Protokollierungspflicht ist im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten. b) Die Rüge der Verletzung der Pflicht zur Aktenführung begründet die Beschwerdeführerin damit, dass es die Vorinstanz unterlassen habe, die Akten eines etwaigen anderen Verfahrens, auf das sich eine vermeintliche Gerichts- notorietät angeblich stützen solle, formell zu den Akten des vorliegenden Ver- fahrens beizuziehen (KG act. 1 S. 66 f. Ziff. 198 - 205). Nach der Aktenführungspflicht sind alle Eingaben und andern Akten in der Reihenfolge ihres Eingangs in ein Aktenverzeichnis einzutragen (§ 167 Abs. 1 GVG). Dies besagt, dass alle in einem Verfahren eingegangenen, entstandenen oder beigezogenen Akten zu akturieren und bis zum Abschluss des Verfahrens aufzubewahren sind (§ 169 GVG) und den Parteien zur Einsicht zur Verfügung stehen. Die Aktenführungspflicht regelt indes nicht, ob und welche Akten zu erstellen oder beizuziehen sind. Die von der Beschwerdeführerin aus ZR 107 (2008) Nr. 1 Erw. II.4.d zitierte Aussage, aufgrund der Aktenführungspflicht habe eine Behörde alles (vollständig) in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehöre, betrifft solche eingegangenen, entstandenen oder beigezogenen Akten (im zitier- ten Fall [und im von Hauser/Schweri, a.a.O., N 7 zu § 167 angeführten Beispiel] den Briefumschlag, in dem die Rekurseingabe der damaligen Beschwerdeführerin befördert worden war), heisst aber nicht, dass die Aktenführungspflicht regle, ob und welche Akten ins Verfahren beizuziehen sind (vgl. auch die in ZR 107 Nr. 1 Erw. II.4.d dazu zitierten BGE 130 II 477 [schriftliche Protokollierung einer per- sönlichen Befragung], 124 V 375/376 [Briefumschlag einer Eingabe] und 115 Ia 99 [tatsächlich stattgefundenene Beweiserhebung; Fotoaktion] und die zitier- ten Lehrmeinungen [Müller {neu: Müller/Schäfer}, Grundrechte in der Schweiz, {neu:} 4. Auflage, 6.Kap. B.II.3.d S. 877 f. mit Verweisung auf die vorzitierten BGE und weitere Sachverhalte bezüglich Protokollierungen von stattgefundenen Vor- gängen; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vollender, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, {neu: 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008} N 30 zu Art. 29 insbes. betr. Protokollierung von durchgeführten Einvernahmen etc.;

- 37 - Kiener/Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 423 mit Verweisung auf den vorzitierten BGE 130 II 477 und auf BGE 129 I 85 {Telefonabhörung}). Die Vorinstanz zitierte aus verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden, offensichtlich ohne auf die diesen Entscheiden zugrundeliegenden Akten zurückzugreifen. Wären diese Akten bei- gezogen worden oder hätte die Vorinstanz ohne formellen Beizug für das an- gefochtene Urteil Einsicht darin genommen, hätte die Aktenführungspflicht deren Akturierung verlangt. Aus der Aktenführungspflicht kann aber nicht hergeleitet werden, dass die im vorinstanzlichen Verfahren nicht beigezogenen Akten dieser Verfahren hätten beigezogen werden müssen. Die Rüge der Verletzung der Aktenführungspflicht geht fehl. Die Frage, ob die Vorinstanz die Akten der Verfahren hätte beiziehen müssen, welche den Urteilen zugrunde lagen, aus denen die Vorinstanz tatsäch- liche Feststellungen entnahm (BGE 134 III 452; Urteil des Bundesgerichts vom 6. April 2009 im Verfahren 5A\_386/2008; vgl. KG act. 2 S. 21 - 37), stellte sich in diesem Beschwerdeverfahren nur im Zusammenhang mit der Frage, ob die Vor- instanz diese tatsächlichen Feststellungen in das angefochtene Urteil über- nehmen

durfte. Diese Frage ist indes offen zu lassen (wobei immerhin auf die Meinung von Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13a zu § 140 hingewiesen werden kann), nachdem dieses Urteil bereits aus einem andern Grund aufzuheben ist, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist und die Vorinstanz für das weitere Verfahren allenfalls die schweizerische ZPO anwenden wird, deren Anwendung nicht mehr der Prüfung durch das Kassationsgericht unterliegen wird (vgl. vorstehend Erw. 6.f).

#### **E. 11**

Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, und die Sache ist zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Von Anweisungen an die Vorinstanz für das weitere Verfahren (die Beschwerdeführerin ersucht um Rückweisung "zur Durchführung eines Beweisverfahrens" [KG act. 1 S. 67 Ziff. 207]) ist abzusehen (vorstehend Erw. 6.f). Die Beschwerdeführerin beantragt die Streichung diverser Feststellungen und Erwägungen im angefochtenen Urteil (KG act. 1 S. - 4). Auch davon ist abzusehen. Das angefochtene Urteil wird insgesamt aufgehoben. Es gibt nichts mehr daraus zu streichen. Die Streichung von Er-

- 38 - wägungen käme nur im Falle von Eventual- bzw. Alternativbegründungen und bzw. oder bei einer Abweisung der Beschwerde in Frage (ZR 83 [1984] Nr. 57; vgl. auch etwa Kass.-Nrn. AA090046 vom 25.5.2010 Erw. III.2.h, AA080148 vom 7.12.2009 Erw. II.13.c, je mit weiteren Hinweisen, sowie AA080004 vom 14.11.2008 Erw. II.4.c). IV. Das angefochtene Urteil ist in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufzuheben, soweit es die Beschwerdeführerin betrifft (Dispositiv Ziffern 1 sowie 3 - 5). Die Beschwerdeführerin obsiegt mit diesem Antrag, die Beschwerdegegnerin unterliegt mit ihrem gegenteiligen Antrag. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). V. 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. Das Gericht beschliesst:

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