



Kass.-Nr. AA060018/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und die Ersatzrichterin Doris Farner-Schmidhauser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2006

in Sachen

A. AG,

in B.,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch die Rechtsanwälte C. und D. in E.

gegen

F. in Nachlassliquidation,

in G.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt H.I. in J.

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2005 (HG050253/Z04/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien vereinbarten am 8. Dezember 1999/15. Mai 2001 eine sogenannte Share Swap Transaktion ("Share Swap"). Grundlage dieser Transaktion war ein Bestätigungsschreiben der A. AG, L. Branch – eine Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin – vom 8. Dezember 1999 ("Confirmation"). Diese Confirmation verweist auf das ISDA Master Agreement, welches von der A. AG, in L., am 23. November 1999 ausgefertigt und von der F. am 15. Mai 2001 unterzeichnet wurde. Es ist unbestritten, dass es sich beim ISDA Master Agreement um einen von der International Swap Dealers Association Inc. austradierten Rahmenvertrag handelt, der bei Share Swap Transaktionen weltweit standardmässig eingesetzt wird. Am 5. Oktober 2001 wurde der Beschwerdegegnerin die provisorische Nachlassstundung bewilligt und Rechtsanwalt K. M. als Sachwalter eingesetzt. Am 20. Juni 2003 wurde der inzwischen ausgearbeitete Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 SchKG genehmigt und K. M. zum Liquidator bestimmt. Mit vorliegender Klage unterstellt die Beschwerdegegnerin verschiedene Zahlungen, die sie der Beschwerdeführerin in Erfüllung des Share Swap geleistet hat, der paulianischen Anfechtung (KG act. 2 S. 3).

Das ISDA Master Agreement enthält folgende Gerichtsstandsklausel (HG act. 4/9, S. 13): "*Jurisdiction*". With respect to any suit, action or proceedings relating to this Agreement ("*Proceedings*") each party irrevocably:

(i) submits to the jurisdiction of the English courts, if this Agreement is expressed to be governed by English law, or to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the State of New York and the United States District Court located in the Borough of Manhattan in New York City, if this Agreement is expressed to be governed by the laws of the State of New York; and

(ii) [...]

Nothing in this Agreement precludes either party from bringing Proceedings in any other jurisdiction (outside, if this Agreement is expressed to be governed by English law, the Contracting States, as defined in Section 1 (3) of the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982 or any modification, extension or re-enactment thereof for the time being in force) nor will the bringing of Proceedings in any one or more jurisdictions preclude the bringing of Proceedings in any other jurisdiction."

Mit Beschluss vom 22. Dezember 2005 (KG act. 2) wies die Vorinstanz die Unzuständigkeitseinrede der Beschwerdeführerin ab, da die Konkursverwaltung bei der Anhebung der Anfechtungsklage nicht an eine vom Gemeinschuldner mit einem Dritten abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung gebunden sei (a.a.O., besonders S. 9 E. 3.2 letzter Absatz). Eventualiter, d.h. wenn man von einer solchen Bindung ausgehe, falle eine paulianische Anfechtungsklage nicht unter die fragliche Gerichtsstandsklausel (a.a.O. S. 9-12 E. 3.3).

2. Ausschliesslich gegen diese E. 3.3 richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und Rückweisung der Sache mit Bezug auf E. 3.3 zur Verbesserung des Mangels und zur Neubeurteilung, eventualiter Ersetzung durch einen neuen Entscheid mit Bezug auf die E. 3.3 seitens des Kassationsgerichtes beantragt wird (KG act. 1 S. 2).

3. Die Kautionsleistung wurde rechtzeitig geleistet (vgl. KG Prot. S. 6 und KG act. 11).

4. In ihrer Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 18 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). In der Folge haben sich beide Parteien noch je zwei Mal vernehmen lassen (KG act. 21, 24, 27, 30).

5. Die Beschwerdeführerin hat gegen den vorinstanzlichen Beschluss auch Berufung ans Bundesgericht erhoben (vgl. KG act. 1 S. 4 f.).

II.

1. Es ist allgemein anerkannt, dass die Verwerfung einer Unzuständigkeitseinrede einen Fall von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO (prozessleitender Entscheid/Ersparen eines bedeutenden Aufwands an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren) darstellt. (*Frank/Sträuli/Messmer*, ZPO, 3. Aufl., N 6a zu § 282). Auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten.

2. Die in der Beschwerdeantwort geäußerte Rechtsauffassung, die Vorinstanz hätte ihre E. 3.3 entsprechend deren Natur als Eventualbegründung ohne weiteres weglassen können (KG act. 18 S. 3 Ziff. II.3), interpretiert die Beschwerdeführerin in ihrer ersten Vernehmlassung (KG act. 21 S. 2/3 als impliziten Antrag an das Kassationsgericht, die Eventualbegründung ersatzlos zu streichen und "überlässt es dem Ermessen des Kassationsgerichts zu entscheiden, ob die ersatzlose Streichung der vorinstanzlichen Erwägung 3.3. opportun ist." Demgegenüber nimmt die Beschwerdegegnerin in ihrer ersten Vernehmlassung (KG act. 24 S. 2/3 an, E. 3.3 stelle ein blosses *obiter dictum* dar, wobei fraglich sei, ob dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt zulässig sei.

Die angefochtene E. 3.3 ist eine eigentliche Eventualerwägung bzw.- begründung (und kein blosses *obiter dictum*), gegen welche die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist; deren Gutheissung kann zu einer Streichung der Eventualerwägung führen (vgl. ZR 83 Nr. 57; *Frank/Sträuli/Messmer*, a.a.O. N1 zu § 291), aber nicht nach Massgabe von "Opportunität", sondern nur im Falle des Vorliegens eines Nichtigkeitsgrundes im Sinne von § 281 ZPO.

3. Die Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen die Auslegung der fraglichen Gerichtsstandsklausel, aber ausdrücklich nur gegen die subjektiven Auslegungselemente (Wille der Parteien), nicht gegen die objektiven ("normativen"), welche Elemente die Beschwerdeführerin – als Rechtsfragen – dem Bundesgericht zur Überprüfung vorgelegt hat (KG act. 1 S. 6/7). Dass diese Aufteilung angesichts des Umstandes unzutreffend ist, dass der Prorogationsvertrag einen Vertrag des kantonalen Prozessrechts darstellt, auf welchen das Vertragsrecht

des OR nur analog anwendbar ist (*Guldener*, ZPR, 3. Aufl., S. 263), weshalb das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde (und nicht die Berufung) als das zutreffende Rechtsmittel ansieht (BGE 116 II 622ff.), ist bezüglich der Vertragsauslegung im einzelnen vorliegend nicht weiterzuverfolgen, da nur die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe zu überprüfen sind (§ 290 ZPO); betr. die generelle Rechtsfrage vgl. E. III.3 hiernach. Zudem ist damit auch die Ansicht der Beschwerdeführerin zu verwerfen, das Kassationsgericht habe seinen Entscheid über die Nichtigkeitsbeschwerde bis zu einem allfälligen Unzuständigkeitsentscheid des Bundesgerichtes auszusetzen (vgl. KG act. 1, Ziff. 41 S.12).

III.

1. Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung der Begründungspflicht (KG act. 1 S. 6/7, ferner auch S. 8 Ziff. 27, a.E.), wobei sie auf die bundesgerichtliche Praxis verweist, wonach die Begründung kurz die wesentlichen Überlegungen nennen müsse, von denen sich das Gericht habe leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Dabei ist für die Beschwerdeführerin nicht klar, ob und inwiefern die Vorinstanz eine subjektive Vertragsauslegung vornimmt und auf welche Aktenstellen (insbesondere zum ISDA Master Agreement oder zur Geschäftskorrespondenz zwischen den Parteien) sie sich bei ihrer diesbezüglichen Beurteilung stützt. Des Weiteren setze sie sich mit den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumenten nicht auseinander.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV – welcher Bestimmung § 156 Ziff. 9 GVG insofern entspricht – in vorliegendem Zusammenhang abzuleiten, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb

so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sich sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Das bedeutet indes nicht, dass sich diese ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinander setzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 126 I 102/103, 129 I 236).

Diesen Bedingungen genügt die vorinstanzliche Begründung in E. 3.3, mag auch die Unterscheidung zwischen subjektiver und normativer Vertragsauslegung nicht mit letzter wissenschaftlicher Präzision erfolgt sein. Auch die Bezugnahmen auf das ISDA Master Agreement selbst sind genügend deutlich, wobei anzunehmen ist, dass weitere entsprechende Bezugnahmen (Aktenstellen, Korrespondenzen, Gutachten) von der Vorinstanz im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis, implizit als nicht relevant angesehen wurden. Ein Nichtigkeitsgrund besteht mithin in diesem Punkt nicht.

2. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass die Vorinstanz in diesem Punkt kein Beweisverfahren durchgeführt hat (KG act. 1 S. 7/8). Dabei macht sie im einzelnen geltend, die Vorinstanz habe keine Beweise zum ISDA Master Agreement abgenommen und es auch unterlassen, mittels Parteibefragung oder durch Prüfung der Geschäftskorrespondenz den von ihr behaupteten tatsächlichen Parteiwillen zu verifizieren.

Inwiefern in diesen Zusammenhang überhaupt ein Beweisverfahren notwendig und sinnvoll gewesen wäre, kann offen bleiben, da es die Beschwerdeführerin unterlässt, genau zu umschreiben, welche Beweismittel im einzelnen abzunehmen gewesen wären (vgl. *von Rechenberg*, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage S. 18). Die Beschwerdeführerin nennt in diesem Zusammenhang keinerlei konkrete Beweismittel (da beide Parteien juristische Personen sind, ist selbst die behauptete Unterlassung einer "Parteibefragung" sehr unbestimmt).

Unter diesen Umständen kann auf die Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Punkt nicht eingetreten werden.

3. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin eine willkürliche Feststellung des Inhalts der Gerichtsstandsklausel (willkürliche tatsächliche Annahmen) geltend (KG act. 1 S. 8ff.). Was die Beschwerdeführerin unter diesem Titel im einzelnen rügt (KG act. 1 S. 10 - 12), erschöpft sich indessen in tatsächlicher Hinsicht – ausdrücklich – im bereits mit den anderen Rügen geltend Gemachten (vgl. KG act. 1 S. 11/12), während alles Übrige sich auf die Frage bezieht, ob die Gerichtsstandsklausel im ISDA Master Agreement generell auch paulianische Anfechtungsklagen (Art. 285ff. SchKG) mitumfasst. Das aber ist eine Rechtsfrage, wie sich auch aus der Nichtigkeitsbeschwerde ergibt. Diese hat sowohl einen bundesrechtlichen Aspekt (Vereinbarkeit einer solchen Klausel mit Art. 285ff. SchKG) – welcher nicht vom Kassationsgericht zu beurteilen ist – als auch – nach dem Gesagten (E. II. 3 hievor) – einen in die Kompetenz des Kassationsgerichts fallenden kantonalrechtlichen. Ob dabei die Vorinstanz diese Rechtsfrage richtig beantwortet hat, kann aber vom Kassationsgericht nur unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung klaren materiellen Rechts geprüft werden (§ 281 Ziff. 3 ZPO). Eine solche Verletzung ergibt sich indessen aus dem vorinstanzlichen Rechtsstandpunkt, auf den im Sinne von § 161 GVG verwiesen werden kann, nicht. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher auch in diesem Punkt unbegründet.

4. Mithin ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

IV.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 30'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 331.-- Schreibgebühren,
Fr. 380.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich, sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die Sekretärin: