



---

Kass.-Nr. AA080039/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 20. Februar 2009

in Sachen

Konkursmasse der X. AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch

gegen

Z. AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Januar 2008 (HG050181/U/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die X. AG (im Folgenden entsprechend der Bezeichnung durch die Vorinstanz und die Parteien [*im Internet anonymisiert*]: XAG) war eine Tochtergesellschaft der X. Holding AG (im Folgenden: XH). Die Beschwerdegegnerin war statutarische Revisionsstelle der börsenkotierten XH (KG act. 2 S. 2 f.). Am 29. November 2002 leistete die XH der Beschwerdegegnerin eine Zahlung von Fr. 61'870.--, am 16. Dezember 2002 eine solche von Fr. 78'403.60 (KG act. 2 S. 3, S. 9). Am 30. Dezember 2002 wurde sowohl über die XAG als auch über die XH der Konkurs eröffnet. Im Konkurs der XH liess sich die Konkursmasse der XAG (d.h. die Beschwerdeführerin) als deren Gläubigerin gemäss Art. 260 SchKG allfällige Ansprüche auf Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG von diversen Zahlungen der XH an die Beschwerdegegnerin abtreten (KG act. 2 S. 2, HG act. 3/1). Am 7. Juni 2005 reichte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein. Mit dieser Klage beantragte sie, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 140'273.60 zu bezahlen, nämlich die vorerwähnten Zahlungen der XH an die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 288 SchKG (HG act. 1). Mit Urteil vom 14. Januar 2008 verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin Fr. 78'403.60 zu bezahlen, und wies die Klage im Mehrbetrag ab (KG act. 2).

2. Gegen das handelsgerichtliche Urteil vom 14. Januar 2008 reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (HG act. 25A; KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit es die Klage nicht gutheisse, und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung (KG act. 2 S. 2). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 10'500.-- (KG act. 5) leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 6/1, 8). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmung zur Beschwerde (KG act. 7). Ebenfalls innert Frist (KG act. 6/2, act. 11) reichte die Beschwerdegegnerin eine Beschwerdeantwort ein mit dem Antrag auf

Abweisung der Beschwerde (KG act. 11 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 12, 13/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

## II.

1. Die Vorinstanz erwog - soweit im Zusammenhang mit der Beschwerde von Bedeutung -, mit den beiden streitgegenständlichen Zahlungen sei in objektiver Hinsicht eine Gläubigerschädigung im Sinne von Art. 288 SchKG erfolgt (KG act. 2 S. 8 - 14 Erw. 4.3; sinngemäss). Eine Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gegeben, wenn der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzuge. Es genüge, wenn die Schädigung mögliche Folge der schuldnerischen Handlung sei und der Schuldner sie - die Schädigung - im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf nehme, d.h. als solche in seinen Willensentscheid einbeziehe. Der erforderliche Eventualvorsatz sei ein psychischer Sachverhalt. Soweit keine Äusserungen des Schuldners selbst vorhanden seien, müsse aufgrund äusserer Umstände über die Frage des Eventualvorsatzes entschieden werden. Dränge sich bei objektiver Beurteilung für den Schuldner der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge des Handelns auf, sei dies ein gewichtiges Indiz für seinen Eventualvorsatz. Indizien wie die finanzielle Bedrängnis des Schuldners und die voraussehbaren schädigenden Folgen der angefochtenen Rechtshandlung schüfen eine natürliche Vermutung für eine entsprechende Absicht des Schuldners, und es obliege dem Anfechtungsbeklagten, diese Vermutung durch ausreichenden (Gegen-)Beweis zu widerlegen. Doch könne aus dem Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit nicht immer auf die Schädigungsabsicht geschlossen werden. Es müssten noch andere unterstützende Momente hinzukommen, wie die Begünstigung eines Gläubigers oder einzelner Gläubiger oder die ausserordentliche Natur des Geschäfts. Sei dies der Fall, so könne die blosser Hoffnung des Schuldners, sich aus seiner misslichen Lage zu befreien, nicht genügen, um die Anfechtung als unstatthaft zu bezeichnen, sofern

die Tatsachen bewiesen, dass die Hoffnung trügerisch gewesen sei (KG act. 2 S. 14 f. mit Verweisung auf den Entscheid des Bundesgerichts 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004 Erw. 5.1). Für die Bejahung einer Schädigungsabsicht der XH reiche aus, dass eine Person mit Organstellung gewusst oder in Kauf genommen habe, dass die Bezahlung die Gläubiger benachteiligen würde, und an diesem Geschäft selbst mitgewirkt habe oder zumindest bei ausreichender Organisation der juristischen Person ihr Wissen an die handelnde Drittperson weitergegeben, d.h. entsprechende Anweisungen erlassen "hätte". Es komme nicht darauf an, wer konkret die Zahlungen an die Beschwerdegegnerin ausgeführt habe, nachdem die Parteien das Wissen der Organe der XH dargestellt hätten und bei einer möglichen Gläubigerschädigung entsprechende Anweisungen an die ausführenden Mitarbeiter zu erwarten gewesen wären, wenn sie denn nicht ergangen sein sollten. Die Beschwerdeführerin habe zudem repliziert, dass sämtliche Faktoren vor ihrer Auslösung durch A., CFO der X-Gruppe, visiert worden seien, welcher ohne Weiteres um die prekäre finanzielle und wirtschaftliche Situation der XH gewusst habe. Dies sei von der Beschwerdegegnerin unbestritten geblieben (KG act. 2 S. 15 f.). In der Folge zitierte die Vorinstanz Indizien, welche die Beschwerdeführerin für den relevanten Zeitraum genannt habe, welche für eine Schädigungsabsicht sprächen (KG act. 2 S. 16 - 19). Unter dem Titel "Entgegnungen der Beklagten" hielt die Vorinstanz vorab fest, für die Frage der Schädigungsabsicht komme es lediglich auf die subjektive Ansicht bei der XH an (KG act. 2 S. 20 Erw. 4.4.4.1). Sodann zitierte die Vorinstanz von der Beschwerdegegnerin angeführte Indizien, welche gegen eine Schädigungsabsicht sprächen. Die Beschwerdegegnerin mache geltend, dass der Verwaltungsrat der XH am 29. November 2002 beschlossen habe, eine umfassende Sanierung (Projekt "B.") der Gruppe durchzuführen mit im Einzelnen aufgeführten "bilanziellen und operativen Massnahmen" (KG act. 2 S. 20 f.). Die Überzeugung des Verwaltungsrates (so zitierte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin), die X-Gruppe durch den Sanierungsplan "B." erhalten zu können, zeige sich auch darin, dass C., der damalige Präsident des Verwaltungsrates der XAG und Delegierte des Verwaltungsrates der XH, Ende November 2002 bereit gewesen sei, mittels eines "Swing Loans" Fr. 1 Mio. aus seinen privaten Mitteln in die XH und die XAG ein-

zuschiesse. D., damaliger Delegierter des Verwaltungsrates der XH, sei Ende November 2002 sogar bereit gewesen, ebenfalls mittels eines "Swing Loans" Fr. 1.95 Mio. aus seinen privaten Mitteln in die beiden Gesellschaften einzuschiesse. Hätten die beiden (so zitierte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin weiter) nicht an den Erfolg der Sanierungsbemühungen geglaubt, hätten sie diese "Swing Loans" sicherlich nicht gewährt, da sie beim Konkurs faktisch verloren gegangen wären (KG act. 2 S. 21 f.). Die Beschwerdeführerin habe zum Sanierungsplan "B." geltend gemacht, dieser sei unrealistisch und nicht tragfähig gewesen. In der relevanten Zeitspanne habe nie wirklich konkrete Aussicht auf Sanierung bestanden, was allen Beteiligten bewusst gewesen sei. Dazu habe die Beschwerdeführerin weitere Indizien angeführt (KG act. 2 S. 24 f.). In der Folge zitierte die Vorinstanz weitere Ausführungen der Parteien zur Situation der X-Gruppe und den Sanierungsbemühungen zwischen September und Dezember 2002 (KG act. 2 S. 25 - 34). Die Vorinstanz hielt fest, dass die Sachdarstellungen der Parteien in den wesentlichen Punkten je unbestritten geblieben seien, jedoch die Interpretationen der beschriebenen Verwaltungsratssitzungen und eingereichten Unterlagen etc. auseinandergingen (KG act. 2 S. 34 f.). Unbestritten sei jedenfalls, dass sich die X-Gruppe und mit ihr die XH im Herbst 2002 in argen finanziellen Schwierigkeiten befunden habe und für den Fall, dass keine tragfähige Sanierung zustande kommen sollte, das Vorgehen im Hinblick auf einen Konkurs geplant worden sei. Gleichzeitig sei aber an Sanierungskonzepten gearbeitet worden. Die Beschwerdeführerin sei der Meinung, dass das Misslingen der Gruppensanierung mindestens seit September 2002 festgestanden habe und damit im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen nicht mehr von einem "Going Concern" der X-Gruppe und der XH ausgegangen werden können. Die XH sei spätestens zu diesem Zeitpunkt konkursreif und sich dessen auch bewusst gewesen. Der Sanierungsplan "B." sei unrealistisch und nicht tragfähig gewesen. Die Beschwerdegegnerin dagegen sei der Meinung, dass trotz der angespannten finanziellen Lage der Gruppe im Oktober und November 2002 konkrete Anzeichen für eine Sanierung bestanden hätten. Ende November 2002 habe ein erfolgversprechender Sanierungsplan mit konkreten und realistischen Massnahmen vorgelegen. Die Sanierungsarbeiten seien bereits gelaufen und fort-

geführt worden, und man sei überzeugt gewesen, es zu schaffen (KG act. 2 S. 35). Die Vorinstanz erwog als eigene Würdigung, im September und Oktober 2002 seien rege Sanierungsbemühungen gelaufen (KG act. 2 S. 35 unten). Am 18. und 22. November 2002 hätten C. und D. die Umsetzbarkeit und den Erfolg des Projekts "B." kritisch in Frage gestellt. An derselben Sitzung sei mitgeteilt worden, dass alle Versuche, Dritt-Investoren zu finden, gescheitert seien. Trotzdem habe der Verwaltungsrat beschlossen, das Projekt "B." voranzutreiben. Parallel dazu habe der Fall der Bilanzdeponierung vorbereitet werden sollen (KG act. 2 S. 36). Trotz dieser höchst kritisch geführten Auseinandersetzung über die Machbarkeit des Projektes "B." hätten sich C. und D. verpflichtet, einen Überbrückungskredit über insgesamt Fr. 3 Mio. im Rahmen eines "Swing Loans" zur Verfügung zu stellen. Diese beiden "Swing Loans" seien anfangs Dezember 2002 zur Auszahlung gelangt. Weiter sei die Wiedererhöhung des Aktienkapitals der XH um Fr. 15 Mio. ebenfalls von C. und D. geplant gewesen. Damit habe die Liquidität der Gruppe bis Ende Jahr sichergestellt werden sollen. Der Verwaltungsrat habe beschlossen, mit dem Projekt "B." fortzufahren und die ausserordentliche Generalversammlung auf den 23. Dezember 2002 einzuberufen. Wenn sich die Beteiligten trotz der grossen Bedenken bezüglich der Machbarkeit des Projektes "B." zum Weitermachen entschlossen hätten und es zur Auszahlung der "Swing Loans" gekommen und zur Generalversammlung eingeladen worden sei, könne dies nur so gedeutet werden, dass man Ende November/ anfangs Dezember 2002 eine Sanierung der X-Gruppe als realistische Möglichkeit angesehen habe. Das Misslingen der Sanierung und der Zusammenbruch hätten zwar befürchtet werden müssen (und seien allenfalls als mögliches Szenario auch befürchtet worden), seien aber nicht in Kauf genommen worden, sondern es sei in noch vertretbarer Weise auf eine Sanierung hingearbeitet worden. Es könne damit nicht gesagt werden, dass Ende November 2002 nur blosser Hoffnung auf eine Sanierung der X.-Gruppe bestanden habe. Vielmehr hätten konkrete Vorschläge für die Sanierung vorgelegen, und man sei daran gewesen, diese umzusetzen. Sollte es - so die Vorinstanz in ihrer Würdigung weiter - in diesem Zusammenhang im Sinne einer Fahrlässigkeit zu Fehleinschätzungen gekommen sei, bedeute dies noch keine Inkaufnahme einer

Schädigung der anderen Gläubiger. Damit hätten die Vertreter der XH am 29. November 2002 bei der Bezahlung von Fr. 61'870.-- an die Beschwerdegegnerin nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in Schädigungsabsicht gehandelt (KG act. 2 S. 36 f.). Die Klage sei folglich im Umfang dieser Fr. 61'870.- abzuweisen (KG act. 2 S. 38 oben). (Im Zeitpunkt der Auszahlung der Fr. 78'403.60 [am 16. Dezember 2002] hätte aber den Vertretern der XH klar sein müssen, dass den Sanierungsbemühungen kein Erfolg beschieden sein würde. Wenn in diesem Zeitpunkt trotzdem noch Zahlungen an Gläubiger vorgenommen worden seien, sei dabei wenigstens in Kauf genommen worden, dass für Forderungen anderer Gläubiger weniger Deckung resultiert habe. Die Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG sei damit für die Zahlung vom 16. Dezember 2002 zu bejahen [KG act. 2 S. 39]. Nachdem unbestritten sei, dass die Beschwerdegegnerin Mitte Dezember 2002 jedenfalls über die Schwierigkeiten der X-Gruppe und damit auch der XH im Bilde gewesen sei und sie in einem Schreiben vom 10. Dezember 2002 an den Verwaltungsrat der XH selber ausgeführt habe, was für den Revisionsbericht gemäss Art. 732 Abs. 2 OR und eine aussichtsreiche Sanierung bis zum 23. Dezember 2002 alles noch hätte erreicht und dokumentiert werden müssen, könne ohne weiteres auf die Erkennbarkeit der [Eventual-]Schädigungsabsicht der XH bezüglich der Zahlung vom 16. Dezember 2002 geschlossen werden [KG act. 2 S. 40 f.]. Die Zahlung vom 16. Dezember 2002 über Fr. 78'403.60 sei im Sinne von Art. 288 SchKG anfechtbar, und dieser Betrag sei zurückzuerstatten [KG act. 2 S. 41]).

2. Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 4 - 14), insbesondere indem die Vorinstanz die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht auf Seiten der XH vor dem 10. Dezember 2002 verneint habe (KG act. 1 S. 5 Rz 13, S. 6 Rz 17), eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs (KG act. 1 S. 14 - 16), insbesondere indem die Vorinstanz den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umstand nicht berücksichtigt habe, dass zeitgleich mit den angefochtenen Zahlungen an die Beschwerdegegnerin auch an andere der XH nahe stehende Gläubiger Zahlungen im Umfang von insgesamt rund Fr. 875'000.-- vorgenommen worden seien (KG act. 1 S. 15 Rz 46), und eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrens-

grundsatzes, indem die Vorinstanz allein gestützt auf bereits im Prozess liegende Beweismittel tatsächliche Feststellungen über das Vorliegen (bzw. Nichtvorliegen) einer Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht (KG act. 1 S. 18 Rz 58 f.) getroffen habe, ohne ein eigentliches Beweisverfahren durchzuführen (KG act. 1 S. 17 f.).

3. Zum letzterwähnten Vorwurf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes wendet die Beschwerdegegnerin ein, diese Rüge sei ungenügend substantiiert. Die Beschwerdeführerin rüge, es sei ihr verwehrt worden, Beweismittel dafür zu nennen, dass die Verantwortlichen der XH die Sanierungsaussichten alles andere als realistisch eingeschätzt und dass keineswegs konkrete Sanierungspläne bestanden hätten. Die Beschwerdeführerin unterlasse es aber gänzlich, darzulegen, wo sie in ihren Ausführungen vor Vorinstanz überhaupt solche Tatsachen behauptet habe (KG act. 11 S. 13 Rz 37). Wer rüge, es sei kein Beweisverfahren durchgeführt worden, habe zudem genau zu umschreiben, welche Beweismittel im Einzelnen abzunehmen gewesen wären. Auch dieser Anforderung werde die Beschwerdeschrift nicht gerecht (KG act. 11 S. 14 Rz 38 mit Verweisung auf Kass.-Nr. AA060018 [Beschluss des Kassationsgerichts vom 15. November 2006] Erw. III/2). Andere Tatsachen benenne die Beschwerdeführerin nicht (KG act. 11 S. 14 Rz 39). Zudem betreffe die Frage, ob eine Schädigungsabsicht bereits am 29. November 2002 vorgelegen habe, im vorliegenden Fall keinen Aspekt der Beweiswürdigung, sondern sei in Anwendung von Bundesrecht beantwortet worden (KG act. 11 S. 14 Rz 41 mit Verweisung auf die Rz 10 ff. der Beschwerdeantwort, wo die Beschwerdegegnerin geltend machte, die Vorinstanz habe festgehalten, dass eine Schädigungsabsicht zu bejahen sei, wenn der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzuge. Da im vorliegenden Fall keine Aussage des Schuldners selbst hinsichtlich der Schädigungsabsicht vorhanden gewesen sei, habe die Vorinstanz die äusseren Sachumstände gewürdigt, um die Frage der Schädigungsabsicht zu bejahen bzw. zu verneinen. Sie habe keine Feststellung über innere Tatsachen seitens der XH getroffen. Sie habe nicht festgestellt, dass seitens der XH die schädigende Wirkung tatsächlich vorausgesehen worden sei [bzw. nicht

vorausgesehen worden sei]. Vielmehr habe die Vorinstanz von äusseren Umständen auf eine Voraussehbarkeit geschlossen. Das sei Anwendung von Bundesrecht (KG act. 11 S. 6 - 8 Rz 10 - 17]). Auf die Rüge sei deshalb nicht einzutreten (KG act. 11 S. 14 Rz 41).

a) Die Frage der "Schädigungsabsicht" im Sinne von Art. 288 SchKG, nämlich die Frage, was für eine Absicht eine Schuldnerin bei strittigen Zahlungen im Sinne von Art. 288 SchKG hatte bzw. ob sie die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen (oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen), ist eine tatsächliche, einem Beweisverfahren zugängliche Frage (Kass.-Nr. AA070141 vom 3.10.2008 Erw. II.1.e mit verschiedenen Verweisungen; vgl. auch BGE 134 III 452, 456 E. 4.1). Die Vorinstanz wog bei der Prüfung dieser Frage verschiedene Indizien gegeneinander ab und gelangte zur tatsächlichen Feststellung, dass die Vertreter der XH am 29. November 2002 bei der Bezahlung der Fr. 61'870.-- an die Beschwerdegegnerin "nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit" (dies ist eine Frage des *Beweismasses* bzw. der *Beweisintensität*) in Schädigungsabsicht gehandelt hätten (KG act. 2 S. 37 unten).

Zwar hielt die Vorinstanz einleitend zu ihren Erwägungen zur "Schädigungsabsicht der Schuldnerin" fest, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei eine Schädigungsabsicht gegeben, "wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt" (KG act. 2 S. 14 Erw. 4.4.1). In der Folge prüfte die Vorinstanz indes nicht, ob die XH hätte voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Zahlung andere Gläubiger benachteilige oder die Beschwerdegegnerin gegenüber anderen Gläubigern bevorzuge, und die Vorinstanz wies die Klage bezüglich der Zahlung der Fr. 61'870.-- nicht deshalb ab, weil die XH solches nicht hätte voraussehen können und müssen, sondern weil die Vertreter der XH am 29. November 2002 bei der Bezahlung von Fr. 61'870.-- nicht in Schädigungsabsicht gehandelt hätten, also aufgrund einer Feststellung zum Sachverhalt, einer tatsächlichen Feststellung. Der Einwand der Beschwerdegegnerin, es sei eine Rechtsfrage bzw. Anwendung von Bundesrecht, wenn eine Schädigungsabsicht bejaht werde, weil aufgrund von äusseren Umständen und

Indizien geschlossen werde, der Schuldner hätte die schädigende Wirkung seines Verhaltens voraussehen können und müssen (KG act. 11 S. 6 f. Rz 11 f.), geht am angefochtenen Urteil und an der Rüge der Beschwerdeführerin vorbei und damit fehl. Dies gilt auch bezüglich des Hinweises der Beschwerdegegnerin auf den Beschluss des Kassationsgerichts vom 15. November 2007 im Verfahren Kass.-Nr. AA070022 (KG act. 11 S. 7 f. Rz 14 - 16). In jenem Entscheid hatte die Vorinstanz im wesentlichen Gegensatz zum vorliegenden Fall die Frage der Schädigungsabsicht explizit nicht entschieden, sondern offengelassen und die Klage wegen einer fehlenden *Erkennbarkeit* einer allfälligen Schädigungsabsicht abgewiesen (Kass.-Nr. AA070022 vom 15.11.2007 Erw. II.5.2). Die Frage der Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG ist eine Rechtsfrage (vgl. Kass.-Nr. AA070022 vom 15.11.2007 Erw. II.5.3 mit weiteren Verweisungen). Die im vorliegenden Fall relevante Frage des Vorhandenseins einer Schädigungsabsicht der XH bzw. deren Vertreter bei der Bezahlung der Fr. 61'870.-- (im Gegensatz zum Vergleich der Beschwerdegegnerin nicht die Frage eines "Voraussehen-Könnens" [KG act. 11 S. 7 Rz 15]) ist eine Tatfrage (Urteil des Bundesgerichts vom 19.5.2004 im Verfahren 4C.262/2002 Erw. 5.1). Dieser Aspekt steht einem Eintreten auf diese Rüge nicht entgegen.

b) Zwar zeigte die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde tatsächlich nicht auf, wo sie in ihren Ausführungen vor Vorinstanz eine Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht der XH behauptet hatte. Diese Frage war indes *das* wesentliche Thema des angefochtenen Urteils (KG act. 2 S. 14 - 39 unter dem Titel "4.4 Schädigungsabsicht der Schuldnerin", KG act. 2 S. 14). Bei diesem Umstand musste die Beschwerdeführerin für ihre diesbezügliche Rüge nicht aufzeigen, wo sie vor Vorinstanz eine solche Behauptung aufgestellt hatte, damit das Kassationsgericht hätte überprüfen können, ob sie überhaupt eine solche Behauptung aufgestellt hatte. Das ist beim angefochtenen Urteil offensichtlich. Auch dieser Aspekt steht einem Eintreten auf diese Rüge nicht entgegen.

c) Auch der Einwand der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe in der Beschwerde nicht umschrieben, welche Beweismittel im Einzelnen abzunehmen gewesen wären bzw. wer genau bezüglich welchem konkreten

Thema als Zeuge hätte befragt werden sollen (KG act. 11 S. 14 Rz 38), steht einem Eintreten auf die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch die Unterlassung der Durchführung eines Beweisverfahrens nicht entgegen. Entscheidet ein Gericht in einem ordentlichen Verfahren, das - wie das vorinstanzliche Verfahren - den Bestimmungen des II. Teils der ZPO (ordentliches Verfahren, §§ 93 ff.) unterliegt, eine tatsächliche Frage im Sinne von § 133 ZPO nach Abschluss des Hauptverfahrens allein gestützt auf die im Hauptverfahren vorläufig eingereichten Beweismittel, ohne den Parteien bezüglich dieser Frage durch Eröffnung eines Beweisverfahrens die Möglichkeit zu geben, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen, verletzt es einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (ZR 95 [1996] Nr. 73). Zur genügenden Substantiierung einer entsprechenden Rüge genügt es grundsätzlich, wenn die betroffene Partei darlegt, dass das Gericht eine erhebliche streitige tatsächliche Frage allein gestützt auf im Hauptverfahren vorläufig eingereichte Beweismittel zu ihrem Nachteil entschieden hat, ohne ihr durch Eröffnung eines Beweisverfahrens (mittels Beweisaufgabebeschluss; § 136 ZPO) Gelegenheit gegeben zu haben, ihre Beweismittel zu ihren Behauptungen abschliessend zu nennen. Da die Parteien ihre Beweismittel im ordentlichen Verfahren erst nach Erlass des Beweisaufgabebeschlusses abschliessend zu bezeichnen haben (vgl. § 136 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO), kann von einer Partei zur genügenden Substantiierung der Rüge, die Vorinstanz habe kein Beweisverfahren durchgeführt, nämlich keinen Beweisaufgabebeschluss erlassen und ihr damit die Möglichkeit verwehrt, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen, nicht verlangt werden, sie habe darzulegen, welche Beweismittel im Einzelnen abzunehmen gewesen wären, da sie die Beweismittel ja erst nach Erlass eines Beweisaufgabebeschlusses abschliessend zu bezeichnen hat.

Der Beschluss des Kassationsgerichts vom 15.11.2006 Kass.-Nr. AA060018, auf welchen sich die Beschwerdegegnerin bezieht (KG act. 11 S. 14 Rz 38), betraf nicht die Frage eines Entscheides nach Abschluss des Hauptverfahrens allein gestützt auf im Hauptverfahren vorläufig eingereichte Beweismittel, sondern einen Zwischenbeschluss über eine Unzuständigkeitseinrede (Kass.-Nr. AA060018 vom 15.11.2006 Erw. I.1.). Dieser Entscheid ist nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar.

d) Zusammenfassend ist die Rüge, die Vorinstanz habe über die streitige Frage der Schädigungsabsicht der XH bei der Bezahlung der Fr. 61'870.-- am 29. November 2002 allein gestützt auf im bereits im Hauptverfahren eingereichte Beweismittel entschieden, ohne ein formelles Beweisverfahren durchgeführt zu haben, insbesondere, ohne der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben zu haben, ihre Beweismittel zu dieser Behauptung abschliessend zu nennen, genügend substantiiert. Sie betrifft eine tatsächliche Feststellung, nämlich die Schädigungsabsicht der XH bzw. die fehlende (bzw. nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesene) Schädigungsabsicht. Auf diese Rüge ist einzutreten.

4. Diese Rüge ist begründet. Die Frage der Schädigungsabsicht der XH bei der Bezahlung der Fr. 61'870.-- am 29. November 2002 betrifft eine erhebliche streitige Tatsache. Die Vorinstanz entschied darüber mit der Feststellung, die Vertreter der XH hätten bei der Bezahlung dieser Fr. 61'870.-- nicht (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) in Schädigungsabsicht gehandelt (KG act. 2 S. 37). Zu diesem Entscheid gelangte die Vorinstanz aufgrund einer Würdigung verschiedener Indizien und bereits im Hauptverfahren eingereicherter Beweismittel (KG act. 2 S. 15 - 37). Sie hatte aber vor ihrem Urteil keinen Beweisauflassbeschluss erlassen, d.h. der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit geben, ihre Beweismittel zur Behauptung der Schädigungsabsicht der XH abschliessend zu nennen. Mit diesem Vorgehen verletzte die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (ZR 95 Nr. 73). Das darauf (bzw. auf der Feststellung der nicht nachgewiesenen Schädigungsabsicht der XH) beruhende angefochtene Urteil ist schon deshalb aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.

5. Die Vorinstanz begründete nicht, weshalb sie von der Durchführung eines förmlichen Beweisverfahrens, insbesondere vom Erlass eines Beweisauflassbeschlusses absah. Ging sie davon aus, allein aus denjenigen Indizien, welche die Parteien behauptet hätten und welche jeweils von der Gegenpartei unbestritten geblieben seien, ergäbe sich, dass die Vertreter der XH am 29. November 2002 bei der Bezahlung von Fr. 61'870.-- nicht in Schädigungsabsicht gehandelt

hätten, und zwar (nach der vorinstanzlichen Begründung ggfs. deshalb, weil diese Vertreter zum damaligen Zeitpunkt noch in vertretbarer Weise auf eine Sanierung hingearbeitet, konkrete Vorschläge für eine Sanierung vorgelegen hätten und man daran gewesen sei, diese umzusetzen) mit einer solchen Gewissheit, dass keine von der Beschwerdeführerin in einem allfälligen Beweisverfahren angerufene Beweismittel den Beweis für eine Begünstigungsabsicht mehr leisten könnten, bedeutete dies eine antizipierte Beweiswürdigung. Auch eine solche dürfte indes frühestens dann vorgenommen werden, wenn die Parteien (nach Erlass eines Beweisaufgabebschlusses) ihre Beweismittel abschliessend genannt haben (ZR 95 Nr. 73).

6. Das vorinstanzliche Urteil ist im angefochtenen Umfang aufzuheben, weil die Vorinstanz ohne Durchführung eines formellen Beweisverfahrens über die streitige tatsächliche Frage der Schädigungsabsicht entschied. Über diese Frage wird sie erst nach Durchführung eines Beweisverfahrens und nach einer danach neu vorzunehmenden Beweiswürdigung entscheiden dürfen und ihren entsprechenden Entscheid neu begründen müssen. Damit sind die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin zum Thema Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht (willkürliche Beweiswürdigung [KG act. 1 S. 4 - 14] und Verletzung des Gehörsanspruchs [KG act. 1 S. 14 - 16]) obsolet und braucht darauf und auf die diesbezüglichen Entgegnungen in der Beschwerdeantwort (KG act. 11 S. 5 - 12) nicht eingegangen zu werden.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dabei bezog sich die Beschwerde nur auf die Abweisung der Klage im Umfang von Fr. 61'870.-- und ist für die Bemessung der Gerichtsgebühr nur davon als Streitwert auszugehen (§ 13 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren). Die Beschwerdegegnerin ist überdies zu verpflichten, der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine angemessene Umtriebsentschädigung für ihren Aufwand im Beschwerdeverfahren zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Diese ist nach

Ermessen festzusetzen (§ 69 ZPO), wobei die Beschwerdeführerin keine Abrechnung einreichte und keine in der Höhe spezifizierte Forderung stellte.

#### **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. Der Streitwert im gesamten Verfahren vor Vorinstanz (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG) beträgt Fr. 140'273.60.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Januar 2008 mit Ausnahme von dessen Dispositiv Ziff. 1 Abs. 1, d.h. bezüglich der Abweisung der Klage und der Nebenfolgen aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 3'600.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt 140'273.60.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: