



Kass.-Nr. AA090135-P/U0002/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 28. Dezember 2010

in Sachen

A.

geboren ..., von ..., ...

whft. ...,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B.

gegen

Konkursmasse der C. AG,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Ausseramtliche Konkursverwaltung D.
diese vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. E.

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2009 (LB070108/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beklagte und Beschwerdeführer war seit 1998 Berater der seit dem 30. Dezember 2002 konkursiten C. Holding (C.), offenbar seit 2001 auf selbständiger Basis. Für in den Jahren 2001 und 2002 geleistete Arbeit stellte er an unterschiedlichen Daten Rechnungen, welche von der C. Holding am 13. und 15. November 2002 in der Höhe von insgesamt Fr. 280'581.70 beglichen wurden. Am 30. Dezember 2002 wurde über die C. Holding der Konkurs eröffnet. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (Konkursmasse der C. AG), vertreten durch die ausserordentliche Konkursverwaltung, ist Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG im Konkurs der C. und erachtete die beiden Zahlungen als paulianisch anfechtbar; sie leitete am 27. April 2005 beim Bezirksgericht F. Klage gegen den Beklagten auf Bezahlung von Fr. 280'581.70 nebst 5% seit 15. November 2002 ein (BG act. 1 und 2). Mit Urteil vom 22. Dezember 2006 hiess das Bezirksgericht F., I. Abteilung, die Klage (teilweise) gut und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin den Betrag von Fr. 280'581.70 nebst 5% seit dem 28. Dezember 2004 zu bezahlen; im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen (BG act. 46 = OG act. 50).

2. Der Beklagte erhob gegen dieses Urteil des Bezirksgerichts F. Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich und verlangte die Abweisung der Klage (OG act. 51 und 63). Die Klägerin beantragte die Abweisung der Berufung (OG act. 69). Mit Urteil vom 21. August 2009 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Berufung ab und verpflichtete in Gutheissung der Klage den Beklagten, der Klägerin Fr. 280'581.70 nebst 5% Zins seit 28. Dezember 2004 zu bezahlen (OG act. 91 = KG act. 2).

3. Gegen dieses Urteil wiederum erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er die Aufhebung des Urteils der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 21. August 2009 und die Abweisung der Klage beantragte, eventualiter sei die Sache zur Verbesserung der Mängel und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzu-

weisen (KG act. 1, S. 2). Die ebenfalls beantragte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 29. September 2009 verliehen (KG act. 4). Die gleichzeitig verlangte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 20'000.-- ging innert Frist ein (KG act. 9). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Mit Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2009 beantragte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 10, S. 2).

II.

1. Zusammengefasst ging die Vorinstanz bei ihrem Entscheid davon aus, durch die Honorarzahlung an den Beschwerdeführer sei ein Gläubigerschaden entstanden, weil die Leistungen von Beratern und Sanierern grundsätzlich nichts erbrächten, was als Exekutionsobjekt dienen könne; Zahlungen an Sanierer seien nicht wertneutral. Auch die Vorbringen des Beschwerdeführers über die Gleichwertigkeit seiner (Dienst-)Leistungen erwiesen sich als nicht stichhaltig. Zur Frage der Schädigungsabsicht durch die Schuldnerin (in casu: C. Holding) führte die Vorinstanz aus, es komme massgeblich auf den Zeitpunkt der Honorarzahlung an; je schlechter die Finanzlage sei, desto eher sei auf eine Schädigungsabsicht zu schliessen. Dass zum Zeitpunkt der Honorarzahlungen keine andere offenen Rechnungen mehr bestanden hätten (gemäss bestrittener Behauptung des Beschwerdeführers) sei zu relativieren, da es auch gemäss dem Beschwerdeführer noch zwei Ausstände sowie eine Forderung der eidgenössischen Steuerverwaltung gegeben habe. Sodann sei die C. Holding zwar eine juristisch selbständige Aktiengesellschaft, jedoch könne die finanzielle Situation der C. Holding nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit der gesamten C. Gruppe betrachtet werden. Die Vorinstanz fasste daraufhin den Inhalt verschiedener Aktenstücke (insbesondere Verwaltungsratsprotokolle) aus der Zeit "relativ kurz vor und kurz nach den Zahlungsdaten vom 13. bzw. 15. November 2002" zusammen, d.h. vom August 2002 bis zum 22. November 2002 (KG act. 2, Erw. 5, S. 14 - 21) und erwog, es sei für das vorliegende Verfahren nicht entscheidend, wie sich die Dinge nach-

folgend zwischen dem Zeitpunkt der Zahlung und der Konkurseröffnung entwickelt hätten. Das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2002 zeige sodann in zeitlicher Hinsicht recht genau, von welchem Stand der Dinge und von welchen Erwartungen die Organe der C. Holding im massgeblichen Zeitraum ausgegangen seien bzw. (noch) hätten ausgehen können; die Chronologie zeige deutlich, dass sich die Verhältnisse Mitte November 2002 nicht unerwartet zum Schlechten gewendet hätten, sondern dass es sich beim bevorstehenden Konkurs um eine kontinuierliche, immer wahrscheinlichere Entwicklung gehandelt habe. Letztlich komme es nicht darauf an, was die Organe der C. Holding tatsächlich geglaubt hätten, sondern ob sie bei objektiver Betrachtung an eine Erholung hätten glauben dürfen (KG act. 2, S. 22 ff.). Weiter führte die Vorinstanz aus, Voraussetzung sei, dass die Schädigungsabsicht für den Dritten erkennbar sei, dass heisst, wenn die Schädigung "bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden" könne. Dies wurde vorliegend bejaht, da der Beschwerdeführer an den Verwaltungsratssitzungen vom 3., 22., und 31. Oktober sowie vom 18. und 22. November 2002 teilgenommen habe, wenn auch teilweise nicht während der ganzen Länge, was aber seinen Informationsstand nicht grundsätzlich beeinflusst habe. So habe er anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2002, unmittelbar nach der Zahlung seiner Honorare, selber die Situation betreffend Cash-Bedarf und fehlender Investoren zu Handen des Verwaltungsrates zusammengefasst (KG act. 2, S. 27 ff.). Sodann führte die Vorinstanz aus, der vom Handelsgericht in Sachen der G. Consulting AG (betreffend Beraterleistungen von Dr. H.) getroffene Entscheid auf Abweisung der paulianischen Anfechtungsklage komme einerseits nicht der Stellenwert eines Präjudizes zu und stelle andererseits offenbar auf die spezielle Situation von Dr. H. ab, welcher zuerst seine Guthaben habe bezahlt haben wollen, bevor er neue Mittel eingeschossen und andernfalls die neuen Mittel entsprechend reduziert hätte; der Fall sei mit jenem des Beschwerdeführers deshalb nicht vergleichbar (KG act. 2, S. 29 ff.). Die Vorinstanz sah somit die Voraussetzungen gemäss Art. 288 SchKG als erfüllt an und bestätigte den Entscheid der ersten Instanz, weil der Beschwerdeführer Mitte November 2002 für seine Bemühungen, die er während weit mehr als einem Jahr erbracht hatte, durch die

C. Holding honoriert wurde, obwohl sich diese in prekären finanziellen Verhältnissen befand und die Organe der C. Holding im Zeitpunkt der Zahlung nicht mehr mit der erforderlichen Sicherheit von einer Weiterexistenz der Unternehmung hätten ausgehen können. Das dem Beschwerdeführer bezahlte Honorar habe den unbezahlt gebliebenen Gläubigern im Rahmen der Insolvenz nicht mehr zur Verfügung gestanden, was für den Beschwerdeführer in Kenntnis der wirtschaftlichen Situation erkennbar gewesen sei (KG act. 2, S. 32).

2.1 Der Beschwerdeführer beanstandet mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, dass die von ihm erbrachten Dienstleistungen nicht als wertneutral zu betrachten seien. Zudem gehe die Vorinstanz aktenwidrig davon aus, dass seine Leistungen in der Erstellung eines Businessplanes und dergleichen bestanden hätten. Offensichtlich falsch und willkürlich gehe die Vorinstanz davon aus, der genannte Zeitraum [gemäss Beschwerdeführer: als er seine Leistungen erbracht habe; gemäss BG act. 4/19 vom 3. Mai 2001 bis 22. Oktober 2002], sei für das vorliegende Verfahren nicht massgeblich. Logischerweise müsse für die Frage der Wertneutralität auf den Zeitraum abgestellt werden, währenddem die entsprechenden Leistungen erbracht worden seien. Sodann habe er genügend konkret behauptet, dass unter seiner Mithilfe bilanzmässig relevante Vorteile für die Gläubiger erzielt worden seien (Neugestaltung Geschäftsbeziehungen zu K.; Verlängerung Laufzeit Darlehen der K.) und er habe dazu die damaligen Mitglieder des Verwaltungsrates der C. Holding als Zeugen genannt. Indem dazu kein Beweisverfahren durchgeführt worden sei, habe die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt. Schliesslich gehe die Vorinstanz von einer willkürlichen Beweiswürdigung aus, wenn sie die Kausalität der Bemühungen des Beschwerdeführers als nicht gegeben betrachte, obwohl er dies in der Duplik behauptet habe und die Beschwerdegegnerin dies nicht bestritten habe. Damit würden auch die wesentlichen Verfahrensgrundsätze gemäss § 133 ZPO und § 54 ZPO verletzt, da Beweis nur über bestrittene Behauptungen zu erheben sei (KG act. 1, Rz 21 - 31, S. 5 - 8).

2.2 Die Vorinstanz verwies zur Frage, ob die Honorarzahungen an den Beschwerdeführer den Gläubigern der C. Holding Schaden zugefügt hätten, vorerst

auf die Erwägungen der ersten Instanz. Diese ging in ihrem Entscheid ausführlich auf die Frage der Gläubigerschädigung durch Honorarzahungen an Dienstleistungserbringer ein (OG act. 50, S. 11 - 17). Nach diesem Verweis führte die Vorinstanz aus, grundsätzlich erbrächten Leistungen von Beratern und Sanierern, z.B. durch Erstellung eines Businessplanes und dgl., nichts, was als Exekutionsobjekt dienen könne; Zahlungen an Sanierer seien damit nicht wertneutral (KG act. 2, S. 6). Soweit der Beschwerdeführer ausserdem eine besondere Art von "Gegenleistung" geltend mache (er habe Forderungsverzichte des Bankenkonsortiums in zweistelliger Millionenhöhe und den Neuzufluss substanzieller Beträge bei der C. Holding, insbesondere Darlehen von Dr. I., Dr. H. und Herrn L., generiert), falle dies in einen für das vorliegende Verfahren nicht massgeblichen Zeitraum (Ende 2001/Anfang 2002), weshalb nicht näher geklärt werden müsse, wie es sich mit dem vom Beschwerdeführer positiv erwähnten Forderungsverzicht und mit den von den Beschwerdegegnern negativ erwähnten Darlehensrückzahlungen verhalten habe. Anzumerken sei, dass ein Schulderlass nicht ohne weiteres der Zuführung von Aktiven gleichgestellt werden könne und bejahendenfalls die Bemühungen und deren Erfolg auch tatsächlich auf den Beschwerdeführer zurückzuführen sein müssten, wobei der Beschwerdeführer keine näheren Einzelheiten nenne. Auch die Kausalität der Bemühungen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Darlehen der Gründer werde weder im einzelnen dargetan noch sei diese sonst wie ersichtlich. Die Vorbringen des Beschwerdeführers zur Gleichwertigkeit seiner (Dienst-)Leistung seien damit nicht stichhaltig (KG act. 2, S. 6 f.).

2.3 Nach der neueren Rechtsprechung des Kassationsgerichts ist die Aktenwidrigkeitsrüge unter der Herrschaft des BGG sowohl in Zivil- wie in Strafsachen stets zulässig, auch wenn gegen den angefochtenen Entscheid gegebenenfalls ein bundesrechtliches Rechtsmittel zur Verfügung steht (ZR 107 Nr. 21). Die Aktenwidrigkeitsrüge des Beschwerdeführers geht jedoch vorliegend fehl. Die Vorinstanz ging nämlich entgegen seiner Beanstandung nicht offensichtlich davon aus, die Leistung des Beschwerdeführers habe in der Erstellung eines Businessplanes und dgl. bestanden (KG act. 1, S. 6). Die Vorinstanz führte demgegenüber nur ganz allgemein aus, grundsätzlich erbrächten Leistungen von Beratern und

Sanierern, z.B. durch Erstellung eines Businessplanes und dgl. nichts, was als Exekutionsobjekt dienen könne. Im Besonderen ging die Vorinstanz nachfolgend auch auf die vom Beschwerdeführer speziell geltend gemachten Leistungen (Erhalt von Forderungsverzichten des Bankenkonsortiums, Neuzufluss substanzieller Beträge) ein (KG act. 2, S. 7 oben), erwog jedoch, dass diese in einen vorliegend nicht relevanten Zeitraum gefallen wären, weshalb diese nicht näher zu klären seien. Zudem nenne der Beschwerdeführer keine näheren Einzelheiten zur Frage, inwiefern der Erfolg tatsächlich auf seine Bemühungen zurückzuführen sei. Damit liegt aber keine aktenwidrige tatsächliche Annahme vor.

2.4 Gemäss § 285 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der Weiterzug an das Bundesgericht gegeben ist und dieses dabei frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege. Dies trifft bei der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht hinsichtlich der Anwendung von Bundesrecht zu (Art. 95 lit. a BGG; vgl. ZR 107 Nr. 59). Gegen das angefochtene Urteil des Obergerichts mit einem Streitwert von Fr. 280'581.70 ist die zivilrechtliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG möglich. Somit kann auf die Rüge der Verletzung von Bundesrecht vorliegend nicht eingetreten werden. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz sei in willkürlicher Würdigung des Sachverhaltes davon ausgegangen, dass die von ihm erbrachten Dienstleistungen nicht wertneutral seien (KG act. 1, Rz 22, S. 6), und dass "der genannte Zeitraum" für das vorliegende Verfahren nicht massgeblich sei (KG act. 1, Rz 24, S. 6), rügt er nicht eigentlich eine willkürliche tatsächliche Annahme, sondern eine willkürliche (Bundes-)Rechtsanwendung, da sich nach Bundesrecht bestimmt, welchen zeitlichen Konnex eine gemäss Art. 288 SchKG anfechtbare Handlung zur Gegenleistung haben muss bzw. ob und inwiefern eine solche als wertneutral gelten kann.

2.5 Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, die Vorinstanz hätte zu den behaupteten, durch ihn bewirkten finanziellen Erfolgen ein Beweisverfahren durchführen müssen, habe er doch in der Duplik die damaligen Mitglieder des Verwaltungsrates der C. Holding als Zeugen genannt; durch die Unterlassung sei ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt worden (KG act. 1, Rz 28, S. 7 und

Rz 31, S. 8). Zu prüfen ist vorab, aus welchem Grund die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt hat. Je nachdem geht es bei der Rüge um eine Verletzung von Bundesrecht (insbesondere Art. 8 ZGB) oder von kantonal-rechtlichen Verfahrensvorschriften (vor allem § 133 ZPO).

Art. 8 ZGB regelt für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere dann verletzt, wenn der kantonale Richter unbewiesene Parteibehauptungen unbekümmert darum, dass sie von der Gegenseite bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (ZR 106 Nr. 32, Erw. 2.3.b).

Nach § 133 ZPO wird (unter anderem) Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Das damit angesprochene, durch die genannte Vorschrift gewährte und bei bundesprivatrechtlichen Ansprüchen bereits aus Art. 8 ZGB fliessende Recht auf Beweisführung stellt einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (§ 56 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 3 zu § 56 ZPO und N 1 vor §§ 133 ff. ZPO). Es gibt der beweisbelasteten Partei einen Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht anbotener Beweise zu rechtlich erheblichen strittigen Behauptungen (vorab tatsächlicher Natur).

Allerdings ist es unzulässig, vor der kantonalen Kassationsinstanz zu rügen, durch die Verletzung von bundesrechtlichen Vorschriften sei indirekt auch eine (inhaltlich nicht weiterreichende) kantonal-rechtliche Vorschrift (insbesondere § 57 ZPO, Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen) verletzt worden (M. Kuhn/ M. Nietlispach, Bundesrechtsmittel und kantonale Rechtsmittel – Die Perspektiven kantonalen Gerichte am Beispiel des Kantons Zürich, in ZZZ 2008/09, S. 297 ff., insbes. S. 302).

Art. 8 ZGB ist immer dann verletzt, wenn der kantonale Richter über eine für seinen Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung überhaupt keinen Beweis führen lässt und diese als richtig hinnimmt, während die Abnahme

einzelner (aber nicht aller angerufenen) Beweise, d.h. die blosser Verkürzung der prozessualen Rechte, nicht unter Art. 8 ZGB fällt, sondern kantonales Recht bzw. Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV) betrifft.

In casu erwog die Vorinstanz einerseits, der vom Beschwerdeführer genannte Zeitraum (namentlich Mitwirkung an den Ende 2001/Anfang 2002 geschlossenen Vereinbarungen) sei für das vorliegende Verfahren nicht massgeblich und andererseits, der Beschwerdeführer habe zudem keine näheren Einzelheiten genannt dafür, dass der Erfolg tatsächlich auf seine Bemühungen zurückzuführen sei. Insbesondere was die Kausalität der Bemühungen des Beschwerdeführers zu den Darlehen durch die Gründer und durch die der C. Holding eng verbundenen Personen anbelange, werde diese weder im einzelnen dargetan noch sei diese sonst wie ersichtlich (KG act. 2, S. 7). Damit hat die Vorinstanz die geltend gemachten "besonderen Gegenleistungen" des Beschwerdeführers aus rechtlichen Gründen (zeitlich) als für den vorliegenden Entscheid nicht relevant erachtet und andererseits auch eine – für ein Beweisverfahren – ungenügende Substanziierung angenommen. Ob ein Sachverhalt für die rechtliche Beurteilung (und die beweismässige Abklärung) genügend substanziiert ist, entscheidet sich wiederum nach Bundesrecht und kann vor Bundesgericht geltend gemacht werden. Damit hat die Vorinstanz jedenfalls keine willkürliche Beweiswürdigung getroffen, indem sie die Bemühungen des Beschwerdeführers als nicht gegeben gewürdigt habe (so der Beschwerdeführer in KG act. 1, Rz 30, S. 8 oben), sondern sie hat diese als ungenügend substanziiert bezeichnet. Fehl geht somit auch die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe zu Unrecht den Kausalzusammenhang zwischen seinen Bemühungen und den bilanzmässig relevanten Vorteilen (Gegenleistungen) verneint, obwohl diese von der Gegenpartei gar nicht bestritten worden seien und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (§§ 133 und 54 ZPO) verletzt (KG act. 1, Rz 30, S. 8). Die Vorinstanz hat den Kausalzusammenhang nicht verneint, sondern hat diesen gar nicht geprüft, da sie die Behauptungen in zeitlicher Hinsicht für nicht relevant und zudem für ungenügend substanziiert hielt. Eine Verletzung eines wesentlichen kantonalen Verfahrensgrundsatzes liegt somit nicht vor, soweit auf die Rüge überhaupt eingetreten werden kann.

3.1 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe im Hinblick auf die Frage, ob im Zeitpunkt der Bezahlung der fraglichen Honorarguthaben sämtliche anderen Rechnungen der C. Holding bezahlt gewesen seien, unzulässigerweise eine Konzernbetrachtungsweise angewandt und damit klares materielles Recht verletzt. Gestützt darauf habe sie in Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes kein Beweisverfahren darüber durchgeführt, ob die C. Holding im Zeitpunkt der streitigen Zahlungen ihren sämtlichen finanziellen Verpflichtungen ordentlich hätte nachkommen können; dies wäre von den Organen der C. Holding bezeugt worden und damit wäre das Tatbestandsmerkmal der Schädigungsabsicht entfallen. Dies gelte auch für die Behauptung des Beschwerdeführers, dass mit der sofortigen Bezahlung der Fr. 3 Mio. am 20. November 2002 [recte: am 2./3. Dezember 2002] nicht nur die Löhne der Mitarbeiter, sondern sämtliche im Monat November fällig gewordenen Verbindlichkeiten der C. Holding beglichen worden wären. Mit der Verweigerung eines Beweisverfahrens darüber verunmögliche die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den Beweis, dass seitens der Schuldnerin im Zeitpunkt der Zahlung keine Schädigungsabsicht vorgelegen habe. Zudem werde durch die Ignorierung der Ausführungen in der Klageantwort auch der Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt und die Vorinstanz habe durch die Nichtberücksichtigung dieser Sachverhaltselemente eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen (KG act. 1, Rz 32 - 38, S. 8 - 10).

3.2 Die Vorinstanz führt bezüglich Schädigungsabsicht der C. Holding (als Honorarschuldnerin) unter anderem aus, es komme massgeblich auf die finanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Honorarzahlung (um Mitte November 2002) an. Die von der Beschwerdegegnerin bestrittene Behauptung des Beschwerdeführers, wonach es in jenem Zeitpunkt keine offenen Rechnungen mehr gegeben habe, müsse relativiert werden, da auch der Beschwerdeführer einräume, es habe noch zwei Ausstände gegeben, sowie eine Forderung der eidgenössischen Steuerverwaltung, für welche es eine Zahlungsfrist bis Ende November 2002 gegeben habe. Weiter führt die Vorinstanz aus, die C. Holding sei zwar eine juristisch selbständige AG, wirtschaftlich aber Teil der C. Gruppe und mit dieser aufs Engste verbunden gewesen. Damit werde es praktisch verunmöglicht, die Situation der C. Holding isoliert zu betrachten. Wie es bisher alle Beteiligten getan hät-

ten, sei bei der Analyse der damaligen wirtschaftlichen Situation die C. Gruppe als Ganzes zu beurteilen (KG act. 2, Erw. 4.e, S. 12 f.).

3.3 Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde geltend macht, es sei klares materielles Recht verletzt worden, indem die Vorinstanz von einer Konzernbetrachtungsweise ausgehe, rügt er die Verletzung von materiellem Bundesrecht. Wie bereits ausgeführt wurde (vorne Erw. 2.4), kann er diese Rüge im vorliegenden Fall vor dem Bundesgericht erheben, weshalb darauf im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO).

Soweit der Beschwerdeführer im selben Zusammenhang geltend macht, die Vorinstanz hätte ein Beweisverfahren zu verschiedenen, von ihm vorgebrachten Behauptungen zur Frage der finanziellen Verhältnisse der C. Holding im Zeitpunkt der umstrittenen Honorarzahungen durchführen sollen, kann auf die Beanstandung ebenfalls nicht näher eingegangen werden. Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, bei der Ermittlung der Schädigungsabsicht komme es massgeblich auf die finanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Honorarzahung um Mitte November 2002 an. Je schlechter die Finanzlage, desto eher sei auf eine Schädigungsabsicht zu schliessen und auch bei der Zahlung fälliger Schulden sei eine Schädigungsabsicht zu bejahen, wenn der Schuldner wisse oder wissen müsse, dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr gelingen werde (unter Hinweis auf ZR 106/2007 Nr. 22, Erw. VI.5). Auch wenn im massgeblichen Zeitpunkt die buchmässigen Aktiven des Schuldners dessen buchmässige Passiven noch übersteigen sollten, stehe dies bei einer schlechten Prognose der Anfechtung nicht entgegen. Unter diesen Voraussetzungen sah es die Vorinstanz auf Grund der noch aufzuzeigenden schlechten Prognose als überflüssig an, zur Frage der Überschuldung ein Beweisverfahren durchzuführen (KG act. 2, Erw. 4.d, S. 11). Sie hat damit klar aus materiell-rechtlichen Gründen auf die Durchführung eines Beweisverfahrens zur finanziellen Situation der C. Holding im Zeitpunkt der Honorarzahung verzichtet. Die entsprechende Rüge wäre somit ebenfalls beim Bundesgericht vorzubringen und darauf kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Dasselbe gilt, soweit der Beschwerdeführer im selben Zusammenhang die Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche

Gehör geltend macht (KG act. 1, Rz. 37, S. 10 oben) und eine willkürliche Beweiswürdigung rügt, indem die entsprechenden Sachverhaltselemente bei der Beurteilung des Falles nicht berücksichtigt worden seien (KG act. 1, Rz. 38, S. 10).

4.1 In einem weiteren Punkt rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe die wirtschaftliche Situation der Schuldnerin unvollständig, einseitig und damit unhaltbar gezeichnet, indem sie das Verhalten und die Gegebenheiten nach der Honorarzahlung am 22. November 2002 nicht mehr berücksichtigt habe; sie hätte weitere Tatsachenbehauptungen in die Würdigung einbeziehen müssen (Verhandlungen im November 2002 mit der dänischen Gruppe M. A/S; schriftliche Erklärung der N. Bank vom 18. November 2002 zur Prüfung einer Kreditverlängerung in Höhe von Fr. 9,4 Mio.; Termsheet vom 24. November 2002, wonach ein Spin-Off der O. Srl. von der C.-Gruppe bis Ende Dezember 2002 geplant war mit Kreditornachlass von Fr. 43 Mio.; Verhandlungen mit K. im Dezember 2002 weit fortgeschritten; mündliche Vereinbarung mit den italienischen Banken vom 16. Dezember 2002 betreffend Schuldenverzicht im Umfang von 60% [EURO 22 Mio.], wenn die O. Srl. eine umgehende Zahlung von 37% der Forderung leiste; keine Überschuldung der C. Holding im November 2002). Damit sei ihr Recht auf das rechtliche Gehör verletzt worden. Auch habe die Vorinstanz die Begründungspflicht verletzt, indem sie nicht weiter begründe, weshalb sie den Zeitraum nach der Honorarzahlung bzw. nach dem 22. November 2002 nicht mehr berücksichtige. Der massgebende Sachverhalt sei unvollständig und damit auch willkürlich gewürdigt worden; die Vorinstanz habe mit dem Schluss auf eine Schädigungsabsicht eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen. Zudem habe sie bezüglich der aufgelisteten Sachverhaltselemente kein Beweisverfahren durchgeführt (KG act. 1, Rz. 39 - 45; S. 10 - 12).

4.2 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid unter Erwägung 5 aus, um die damalige wirtschaftliche Situation nachzuzeichnen, seien die Begebenheiten mit den zur Verfügung stehenden Aktenstücken aus dem hier interessierenden Zeitraum (relativ kurz vor und kurz nach den Zahlungsdaten vom 13. bzw. 15. November 2002) in chronologischer Ordnung aufzuzeigen. Basierend darauf werde

zu beantworten sein, ob die Zahlungen in einem Zeitpunkt erfolgt seien, in dem es aus einer objektivierten Sicht nicht mehr vertretbar gewesen sei, auf eine Sanierung hinzuarbeiten, weil die Insolvenz nicht mehr oder nur noch sehr unwahrscheinlich abzuwenden gewesen sei (KG act. 2, Erw. 5, S. 14 oben). In der Folge fasste die Vorinstanz den Inhalt verschiedener Aktenstücke zusammen, welche den Zeitraum vom August 2002 bis zum Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2002 umfassten (KG act. 2, S. 14 - 21). Schliesslich führte die Vorinstanz aus, es sei für das vorliegende Verfahren nicht entscheidend, wie sich die Dinge zwischen dem Zeitpunkt der Zahlung und der Konkureröffnung dann tatsächlich entwickelt hätten (KG act. 2, S. 21 unten). Nach weiteren Ausführungen zum auf Grund der bereits eingereichten Dokumente zusammengestellten Ablauf der Dinge bis zum 22. November 2002 (KG act. 2, S. 22 bis 24) hielt die Vorinstanz fest, die massgeblichen Beteiligten seien sich im Zeitraum um Mitte November 2002 somit durchaus bewusst gewesen, dass 4, 5 respektive 6 Mio. Fr. sofort benötigt würden und dass dafür keine verbindlichen Zusagen vorgelegen hätten, schon gar nicht von Drittinvestoren, dass die längerfristige Finanzierung erst recht nicht gesichert gewesen sei, und dass die C. Gruppe in jenem Zeitpunkt buchstäblich von der Hand in den Mund gelebt habe. Das vom Beschwerdeführer beantragte Beweisverfahren könne keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen und die Bestätigung der aktenmässig erstellten Erkenntnisse sei nicht erforderlich. Letztlich komme es nämlich nicht darauf an, was die Organe der C. Holding tatsächlich geglaubt hätten, sondern ob sie – bei einer objektivierten Betrachtungsweise – an eine Erholung hätten glauben dürfen (KG act. 2, S. 25 Mitte).

4.3 Die Vorinstanz machte in ihren Erwägungen deutlich, dass sie die vom Beschwerdeführer als unbeachtet geblieben gerügten Sachverhalte und Ereignisse nach dem 22. November 2002 als nicht relevant im Hinblick auf die Frage der Schädigungsabsicht der Organe der C. Holding angesehen hat, sondern dass es massgeblich auf die finanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt der strittigen Honorarzahmung (um Mitte November 2002) ankomme (KG act. 2, S. 11) bzw. dass die wirtschaftliche Situation im hier interessierenden Zeitraum (relativ kurz vor und kurz nach den Zahlungsdaten vom 13. bzw. 15. November 2002) zu untersuchen sei (KG act. 2, S. 14 oben). Die Frage, welche Begebenheiten bzw. in welchem

zeitlichen Rahmen diese im Hinblick auf die allfällige Schädigungsabsicht der Schuldnerin zum Zeitpunkt der strittigen Honorarzahlungen zu untersuchen seien, ist eine Rechtsfrage, weshalb auf die Rüge des Beschwerdeführers, es seien weitere Tatsachen in die Würdigung einzubeziehen, nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO). Auch auf die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör kann nicht eingetreten werden, wenn sich diese Rüge wie vorliegend auf die Beanstandung beschränkt, die genannten Sachverhaltselemente hätten in die Würdigung einbezogen werden müssen. Dasselbe gilt für die vom Beschwerdeführer diesbezüglich erhobene Rüge der Verletzung der Begründungspflicht (vgl. dazu auch ZR 107 Nr. 79).

Schliesslich hat der Beschwerdeführer auch beanstandet, die Vorinstanz wäre bezüglich der aufgelisteten Sachverhaltselemente verpflichtet gewesen, ein Beweisverfahren durchzuführen, wenn sie der Meinung gewesen sein sollte, dass diese Sachverhaltsbehauptungen nicht rechtsgenügend bewiesen seien (KG act. 1, Rz 45 a.E., S. 12). Wie bereits ausgeführt wurde, hat die Vorinstanz diese Sachverhaltselemente als nicht erheblich für ihren Entscheid erachtet und damit diesbezüglich aus materiell-rechtlichen Gründen auf eine Beweisabnahme verzichtet. Entsprechende Rügen wären somit ebenfalls mit zivilrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht zu erheben. Nicht gerügt wird an dieser Stelle, die Vorinstanz sei in Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze ohne Durchführung eines formellen Beweisverfahrens allein auf Grund bereits im Hauptverfahren eingereichter Beweismittel bzw. in antizipierter Beweiswürdigung von einer Schädigungsabsicht der Schuldnerin ausgegangen, indem sie einzelne Beweismittel (v.a. Verwaltungsratsprotokolle) gewürdigt habe, ohne den Parteien Gelegenheit zur abschliessenden Nennung ihrer Beweismittel gegeben zu haben (vgl. dazu aber die nachfolgenden Erw. 6.4 und 7.2).

5.1 Schliesslich macht der Beschwerdeführer eine willkürliche Würdigung des Sachverhaltes geltend, indem die Vorinstanz von einer Schädigungsabsicht ausgegangen sei, währenddem das Handelsgericht in seinem Urteil vom 14. Januar 2008 betreffend die Honorarzahlungen an Dr. H. auf Grund des im Wesentlichen gleichen Sachverhaltes zur gegenteiligen Ansicht gelangt sei. Der Be-

schwerdeführer macht geltend, dass die Vorinstanz eine Schädigungsabsicht hätte verneinen müssen, wenn sie auch die Sanierungsbemühungen nach dem 22. November 2002 berücksichtigt hätte. Entscheidend seien die im massgeblichen Zeitraum laufenden Sanierungsbemühungen: Kontakt mit verschiedenen Investoren im Oktober 2002 (u.a. P. und Q., Dänische Gruppe M.); VR-Sitzung vom 22. Oktober 2002: Kaufinteressent für R. Shop vorhanden, Q. an Due Diligence-Vervollständigung interessiert; VR-Sitzung vom 31. Oktober 2002: Treffen mit italienischen Banken gut verlaufen und Due Diligence mit Q. voraussichtlich um 15. November 2002 beendet; anfangs November 2002 Gespräche des Beschwerdeführers mit K. betreffend Refinanzierung und mit R., S. und T. betreffend grosser Bestellungen; 7. November 2002 Treffen C. Holding mit M. und Bestätigung vom 13. November 2002 mit grundsätzlicher Bereitschaft mit Fr. 10 Mio. bei Kapitalerhöhung dabei zu sein; 18. November 2002 schriftliche Erklärung N. Bank betreffend Prüfung einer Kreditverlängerung (Betrag Fr. 9,4 Mio.); Termsheet vom 24. November 2002: Planung des Spin-Off der O. Srl. von der C. Gruppe bis Ende Dezember 2002 mit Kreditorennachlass von ca. Fr. 43 Mio.; Ausarbeitung Memorandum of Understanding nach Besuch bei K. am 4. Dezember 2002; 16. Dezember 2002 mündliche Vereinbarung des Beschwerdeführers mit den italienischen Banken mit Schuldenverzicht von 60% (EUR 22 Mio.), falls die O. Srl. eine umgehende Zahlung von 37% der Forderung leiste; 2. Dezember 2002 zudem Zahlung von bereits zuvor zugesicherten Fr. 3 Mio. durch die Gründer der C. als Überbrückungskredit und In-Aussicht-Stellen weiterer Fr. 12 Mio. Die Nichtberücksichtigung dieser Sanierungsbemühungen führe zu einer einseitigen, unvollständigen und willkürlichen Würdigung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz und verletze auch den Anspruch des Beschwerdeführers auf das rechtliche Gehör (KG act. 1, Rz. 46 - 62, S. 12 - 15).

5.2 Wie bereits zuvor in Erw. 4.3 festgehalten wurde, hat die Vorinstanz erwogen, für das vorliegende Verfahren sei (rechtlich) nicht entscheidend, wie sich die Dinge zwischen dem Zeitpunkt der Zahlung und der Konkureröffnung dann tatsächlich entwickelt hätten (KG act. 2, S. 21 unten). Ob dies zutrifft, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts (im Hinblick auf die Schädigungsabsicht gemäss Art. 288 SchKG). Eine Verletzung wäre demnach mit zivilrechtlicher Berufung

beim Bundesgericht zu rügen und kann auch nicht über den Umweg der Beanstandung einer willkürlichen tatsächlichen Würdigung im kantonalen Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden. Selbst wenn man allenfalls davon ausgeht, es betreffe vorliegend eine tatsächliche Würdigung des Sachverhaltes, erscheint es jedenfalls nicht willkürlich, wenn für die Frage des Vorliegens einer Schädigungsabsicht im Zeitpunkt der Zahlung der strittigen Honorare (13. und 15. November 2002) nur auf zeitlich naheliegende Ereignisse und Kenntnisse, nicht jedoch auf spätere (in casu: nach dem 22. November 2002 eintretende) Tatsachen abgestellt wurde. Selbst wenn sich im Zeitraum nach dem 22. November 2002 bis Ende Jahr (Konkurseröffnung am 30. Dezember 2002) die Dinge nochmals (vorübergehend) zum Besseren gewendet haben sollten, wäre dies Mitte November 2002 noch nicht bekannt gewesen und - wie die Vorinstanz detailliert aufzeigte - auch kaum voraussehbar gewesen. Allerdings führt auch der Beschwerdeführer für diesen Zeitraum lediglich verschiedene Sanierungsbemühungen mit vagen Erfolgsaussichten auf, ohne konkrete Erfolge mit verbindlichen Zusagen vorweisen zu können. Sodann kann auch eine vom Handelsgericht in einem Parallelfall vorgenommene gegenteilige Würdigung die vorinstanzlichen Erwägungen nicht als willkürlich erscheinen lassen, ist doch die Vorinstanz in keiner Weise an diese Erwägungen des Handelsgerichts gebunden. Willkür in der Beweiswürdigung liegt sodann nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz (oder hier: das Handelsgericht) an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Der Beschwerdeführer kann daher diesbezüglich keine willkürliche tatsächliche Würdigung nachweisen, soweit auf die Beanstandung überhaupt eingetreten werden kann.

6.1 Der Beschwerdeführer rügt hinsichtlich der Schädigungsabsicht weiter, die Vorinstanz gehe willkürlich davon aus, der vorliegende Fall sei mit jenem von Dr. H. (Handelsgerichtsfall) nicht vergleichbar. Sodann basiere der Entscheid auf einem unlösbaren inneren Widerspruch, da die Vorinstanz zwar davon ausgehe, dass für die Beurteilung der "Absicht" der juristischen Person auf das kollektive

Wissen und Wollen der Organe abzustellen sei, jedoch gleichzeitig festhalte, es komme nicht massgebend auf die Einschätzung von H./I. an (KG act. 1, Rz. 63 - 69, S. 15 f.). Weiter beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz gehe willkürlich und in antizipierter Beweiswürdigung davon aus, Mitte November habe keineswegs festgestanden, dass die Gründer [H./I.] zu ihrem Ende Oktober 2002 gegebenen Wort stehen [und Swing Loans in Millionenhöhe bereitstellen] würden. Obwohl er in seinen Rechtsschriften rechtsgenügend behauptet habe, dass die Herren H. und I. im Zeitpunkt der Auszahlung der strittigen Honorare bereit gewesen seien, den Swing Loan zu gewähren und nur noch über die diesbezüglichen Modalitäten diskutiert worden sei, und er die Herren L., H. und I. als Zeugen berufen habe, gehe die Vorinstanz ohne Durchführung eines Beweisverfahrens und damit in Verletzung seines Anspruchs auf das rechtliche Gehör davon aus, die Gewährung des Kredites sei noch keineswegs sicher gewesen (KG act. 1, Rz. 70 - 74, S. 16 ff.). Weiter sei die Vorinstanz ohne Durchführung eines Beweisverfahrens einseitig und willkürlich auf Grund der bereits eingereichten Beweismittel (allerdings ohne Berücksichtigung des Termsheets Klageantwortbeilage 7) davon ausgegangen, den massgeblichen Beteiligten sei Mitte November 2002 bewusst gewesen, dass 4, 5 respektive 6 Mio. Fr. sofort benötigt würden. Sie gehe zudem davon aus, dass die Höhe des Darlehens H./I. von insgesamt Fr. 3 Mio. ungenügend gewesen sein müsse, ohne auf die Argumente und Beweismittel des Beschwerdeführers einzugehen und ihm Gelegenheit zu geben, seine Sachverhaltsdarstellung (dass das Darlehen in der Höhe von Fr. 3 Mio. einstweilen genügt hätte und demnach zum Zeitpunkt der Honorarzahungen keine Schädigungsabsicht der C. Holding vorgelegen habe) im Rahmen eines Beweisverfahrens zu belegen (KG act. 1, Rz. 76 - 81, S. 18 f.).

6.2 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid vorerst allgemein aus, nach der bundesgerichtlichen Definition liege eine Schädigungsabsicht dann vor, "wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber andern bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner mit seiner Handlung die Benachteiligung von Gläubigern oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu angestrebt hat. Es genügt vielmehr, wenn sich der Schuldner darüber hat Rechenschaft ge-

ben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlungen Gläubiger geschädigt werden. 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 haben" (unter Hinweis auf BGE 134 III 456 Erw. 4.1). Weiter verweist die Vorinstanz darauf, dass es sich bei der C. Holding um eine Aktiengesellschaft, mithin eine juristische Person handle, welche keine Absicht haben könne, so dass auf deren Organe bzw. auf die rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter abzustellen sei; eine Schädigungsabsicht sei von deren kollektivem Wissen und Wollen abhängig (KG act. 2, Erw. 4 und 4.a, S. 7 f.). Nach verschiedenen Ausführungen zu den finanziellen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Honorarzahlung (KG act. 2, S. 11 ff.) erwog die Vorinstanz, auf Grund der sich aus den Akten ergebenden finanziellen Situation im interessierenden Zeitraum (kurz vor und kurz nach den Zahlungsdaten vom 13. bzw. 15. November 2002) sei zu beantworten, ob die Zahlungen in einem Zeitpunkt erfolgt seien, in dem es aus einer objektivierten Sicht nicht mehr vertretbar gewesen sei, auf eine Sanierung hinzuarbeiten, weil die Insolvenz nicht mehr oder doch nur sehr unwahrscheinlich abzuwenden gewesen wäre (KG act. 2, Erw. 5 a.A., S. 14 oben). Schliesslich erwog die Vorinstanz im Hinblick auf die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach die Bereitschaft von H./I. zur Investition von weiteren insgesamt Fr. 3. Mio. zeige, dass die Weiterführung der C. Holding keineswegs hoffnungslos gewesen sei, dass es so oder so nicht massgeblich auf die Einschätzung von H./I. ankomme und dass deren Bereitschaft Mitte November 2002 ausserdem noch keineswegs festgestanden habe (KG act. 2, S. 23 Mitte). Der Verwaltungsrat habe nämlich erst am 29. November 2002 definitiv über die "Swing Loans" entschieden und die diesbezüglichen Verträge datierten vom 2. Dezember 2002. Das Verwaltungsratsprotokoll vom 22. November 2002 zeige deutlich, dass die Darlehensgeber damals grösste Bedenken und noch keineswegs entschieden gehabt hätten. Bezüglich der Höhe des Darlehens von Fr. 3 Mio. falle auf, dass diese Summe angesichts des verschiedentlich geäusserten Liquiditätsbedarfes unzureichend gewesen sein müsse. Den massgeb-

lich Beteiligten sei im Zeitraum Mitte November 2002 durchaus bewusst gewesen, dass 4, 5 respektive 6 Mio. Fr. sofort benötigt würden, dass dafür keine verbindliche Zusagen vorlagen und schon gar nicht von Drittinvestoren. Dass die Gründer schliesslich Fr. 3 Mio. eingeschossen hatten, ändere nichts daran, dass auch dieses Darlehen im fraglichen Zeitraum höchst unsicher gewesen sei und die C. Gruppe in jenem Zeitpunkt buchstäblich von der Hand in den Mund gelebt habe. Auch auf die Absichtserklärung der Gründer im Memorandum vom 29. Oktober 2002 (Einschuss von Fr. 6 Mio. zur Bezahlung der November-Löhne) hätten sich die Organe nicht verlassen können, da sich die dort genannten zahlreichen Bedingungen nicht erfüllen liessen, wovon Mitte November auszugehen gewesen sei. Ein Beweisverfahren könne keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen und es sei keine Bestätigung der aktenmässig erstellten Erkenntnisse nötig. Letztlich komme es nämlich nicht darauf an, was die Organe der C. Holding tatsächlich geglaubt hätten, sondern ob sie bei einer objektivierten Betrachtungsweise an eine Erholung glauben durften (KG act. 2, S. 25). Die weiter vom Beschwerdeführer aufgeführten Argumente vermöchten dieses Bild des unmittelbar drohenden Niederganges nicht zu relativieren. In der Folge würdigte die Vorinstanz den Business-Plan (BG act. 16/3), das Schreiben der N. Bank vom 18. November 2002 (BG act. 16/7), sowie den Beschluss des Verwaltungsrates vom 22. November 2002, das Projekt Sunrise voranzutreiben. Schliesslich fügte sie an, dass das spätere "Aus" der C. Holding nicht auf eine unerwartete Entwicklung zurückgegangen sei, sondern dass das eintrat, was vorhersehbar gewesen sei: Dass die vorhandenen Mittel nicht ausgereicht hätten, und dass Investoren und Veräusserungserlöse nicht rechtzeitig für den benötigten Liquiditätszuwachs sorgen würden. Mit dem Kreditorennachlass von ca. Fr. 43 Mio. der italienischen Banken habe Mitte November 2002 nicht fest gerechnet werden können, wie sich aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2002 ergebe (KG act. 2, S. 26).

6.3 Es sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass eine Verletzung von Art. 8 ZGB und damit von materiellem Bundesrecht vorliegt, wenn der Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden ist, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. Die Bestimmung ist ebenfalls verletzt, wenn der Richter

taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet; entsprechende Rügen sind vor Bundesgericht vorzubringen. Wo der Richter allerdings in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB gegenstandslos. In diesem Fall liegt freie Beweiswürdigung vor, welche bundesrechtlich nicht geregelt ist. Art. 8 ZGB schreibt dem Richter nicht vor, mit welchen Mitteln er den Sachverhalt abzuklären hat und wie das Ergebnis zu würdigen ist; selbst vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise werden nicht ausgeschlossen. Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt daher Art. 8 ZGB nicht, wenn der Richter schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält. Allerdings stellt sich dann die Frage, ob eine solche Beschränkung gegen Art. 9 BV oder gegen Beweisvorschriften des kantonalen Rechts verstösst; entsprechende Rügen sind daher im kantonalen Beschwerdeverfahren zulässig (ZR 95 Nr. 73).

6.4 Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen zwar ausgeführt, es komme nicht darauf an, was die Organe der C. Holding tatsächlich geglaubt hätten, sondern ob sie bei einer objektivierten Betrachtung an eine Erholung glauben durften (KG act. 2, S. 25). Auch hat sie erwogen, es komme nicht massgeblich auf die Einschätzung von H./I. an, führte jedoch gleichzeitig aus, deren Bereitschaft zur Gewährung eines Darlehens habe ausserdem Mitte November 2002 noch keineswegs festgestanden (KG act. 2, S. 23). Sie hat weiter auch ausgeführt, das vom Beschwerdeführer beantragte Beweisverfahren könne keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen und die Bestätigung der aktenmässig erstellten Erkenntnisse sei nicht erforderlich (KG act. 2, S. 25). Damit hat die Vorinstanz jedoch – wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht – dessen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem sie allein auf Grund bereits im Hauptverfahren eingereichter Beweismittel tatsächliche Annahmen im Hinblick auf die finanzielle Lage der C. Holding sowie der Schädigungsabsicht der Organe der C. Holding getroffen hat. Weder die Vorinstanz noch die erste Instanz haben über die dazu erhobenen, umstrittenen Behauptungen ein formelles Beweisverfahren gemäss §§ 136 ff.

ZPO durchgeführt: es wurde keine Beweisaufgabe erlassen und keine der Parteien hatte Gelegenheit, ihre Beweismittel in einer Beweisantwortungsschrift abschliessend zu nennen. Auch wird nicht ersichtlich, dass die Parteien explizit auf die Nennung weiterer Beweismittel verzichtet hätten. Gleichwohl haben die Vorinstanzen in Würdigung bereits im Hauptverfahren eingereichter Beweismittel tatsächliche Annahmen getroffen. So ging die Vorinstanz davon aus, die massgeblichen Beteiligten seien sich im Zeitraum Mitte November 2002 durchaus bewusst gewesen, dass 4, 5 respektive 6 Mio. Fr. sofort benötigt würden und dass dafür keine verbindlichen Zusagen vorgelegen hätten, schon gar nicht von Drittinvestoren. Das Darlehen der Gründer in der – unzureichenden – Höhe von Fr. 3 Mio. sei im massgeblichen Zeitpunkt höchst unsicher gewesen und die C. Gruppe habe in jenem Zeitpunkt buchstäblich von der Hand in den Mund gelebt (KG act. 2, S. 24/25). Diese Feststellungen traf die Vorinstanz teilweise entgegen der Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers, wonach Ende Oktober die Darlehen der Gründer in der Höhe von Fr. 6 Mio. respektive in Aussicht gestellten Fr. 15 Mio. fest zugesagt gewesen seien und nur noch über Modalitäten gesprochen worden sei, wofür er die Herren L., H. und I. als Zeugen offerierte (BG act. 35, Rz. 48, S. 13). Wenn die Vorinstanzen ihre Schlüsse allein auf Grund der bereits zuvor eingereichten Verwaltungsratsprotokolle und allenfalls weiterer schriftlicher Unterlagen zogen, haben sie die Rechte des Beschwerdeführers auf die Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne von §§ 136 ff. ZPO in unzulässiger Weise mittels antizipierter Beweiswürdigung verkürzt und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt. Daran ändert auch nichts, soweit sie argumentieren, auf die Einschätzung von H./I. komme es nicht massgeblich an. Gleichwohl wurde nämlich zur Frage, wie sich die finanzielle Situation der C. Gruppe im Zeitpunkt der strittigen Honorarzahungen präsentierte, unter anderem auch darauf abgestellt, ob und in welcher Höhe die Gründer Darlehen an die C. Gruppe zugesagt oder allenfalls auch nur in Aussicht gestellt hatten.

7.1 Der Beschwerdeführer macht bezüglich der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für ihn geltend, die Vorinstanz habe in Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche Gehör wiederum die Vorkommnisse nach Mitte November 2002 (insbesondere die positiven Entwicklungen ab Ende November 2002: Über-

weisung erste Tranche Überbrückungskredit H./I.; Verhandlungen mit der dänischen Gruppe M. A/S; Schreiben der N. Bank vom 18. November 2002; Termsheet vom 24. November 2002 betreffend Spin-Off der O. Srl. von der C. Gruppe; weit fortgeschrittene Verhandlungen mit der K.; mündliche Vereinbarung mit den italienischen Banken vom 16. Dezember 2002 bezüglich Schuldenverzicht) gänzlich ausser Acht gelassen, obwohl diese für die Beurteilung und Rückschlüsse auf die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht von Bedeutung gewesen wären. Die Vorinstanz habe diesbezüglich auch den massgebenden Sachverhalt willkürlich gewürdigt und wäre zudem verpflichtet gewesen, ein Beweisverfahren bezüglich der aufgeführten Sachverhaltsbehauptungen durchzuführen, wenn sie der Meinung gewesen wäre, diese seien nicht rechtsgenügend bewiesen (KG act. 1, Rz. 82 - 90, S. 20 - 22). Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer auch, die Vorinstanz habe entgegen seiner Behauptung, nicht umfassend über die finanzielle Situation der C. Holding Bescheid gewusst zu haben, willkürlich das Gegenteil angenommen und habe dazu kein Beweisverfahren durchgeführt. Zudem habe sie willkürlich auf den 22. November 2002 als den Zeitpunkt für den massgebenden Wissensstand abgestellt, obwohl die Zahlungen bereits am 13. und 15. November erfolgt seien. Zudem habe die Vorinstanz eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, indem sie davon ausgehe, es ergebe sich "zweifelsfrei aus den Akten", dass der Beschwerdeführer die Schädigungsabsicht der Gesellschaft erkannt habe (KG act. 1, Rz. 91 - 97, S. 22 - 24).

7.2 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz sei bei der Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht von einem falschen Zeitraum der berücksichtigten Ereignisse ausgegangen, ist wie bereits zuvor (Erw. 4.3) darauf hinzuweisen, dass damit eine falsche Rechtsanwendung beanstandet wird. Solche Rügen sind im vorliegenden Verfahren mit zivilrechtlicher Berufung beim Bundesgericht vorzubringen und darauf kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

Soweit der Beschwerdeführer jedoch geltend macht, die Vorinstanz sei in willkürlicher antizipierter Beweiswürdigung allein auf Grund der Akten und ohne Durchführung eines (formellen) Beweisverfahrens von tatsächlichen Annahmen

ausgegangen, welche bestritten gewesen seien, wird damit kantonales Verfahrensrecht tangiert. Wie bereits bezüglich der Frage der Schädigungsabsicht ausgeführt wurde, haben weder die Vorinstanz noch die erste Instanz über die zur Erkennbarkeit gemachten tatsächlichen Behauptungen ein formelles Beweisverfahren gemäss §§ 136 ff. ZPO durchgeführt: es wurde keine Beweisaufgabe erlassen und keine der Parteien hatte Gelegenheit, ihre Beweismittel in einer Beweisantretungsschrift abschliessend zu nennen und es wird auch nicht ersichtlich, dass die Parteien explizit auf die Nennung weiterer Beweismittel verzichtet hätten. Gleichwohl haben die Vorinstanzen in Würdigung bereits im Hauptverfahren eingereichter Beweismittel tatsächliche Annahmen getroffen. Damit wurde ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt. Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, es ergebe sich zweifelsfrei aus den Akten, dass der Beschwerdeführer die Schädigungsabsicht der C. Holding gekannt habe und gewusst bzw. in Kauf genommen habe, dass die ihm geleisteten Honorarzahungen die Interessen anderer Gläubiger beeinträchtigen könnten; dies müsse daher nicht mehr durch ein Beweisverfahren erhärtet werden (KG act. 2, S. 28). Die Vorinstanz verwies dazu auf zwei Kommentarstellen im SchKG-Kommentar Staehelin (N 20 und 23 zu Art. 288 SchKG). Allerdings wird nicht ersichtlich, inwiefern aus diesen Kommentarstellen hervorgehen sollte, dass entgegen der (kantonalen) Bestimmungen von §§ 133 ff. ZPO, insbesondere § 136 ZPO, über erhebliche, bestrittene Behauptungen kein formelles Beweisverfahren durchzuführen wäre. Dass sich die subjektiven Erfordernisse der Schädigungsabsicht und deren Kenntnis weitgehend auf innere Tatsachen beziehen und deshalb für deren Beweis auf Indizien, namentlich auch auf die effektive missliche Vermögenslage des Schuldners im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung, abgestellt werden darf (vgl. Staehelin, Kommentar zum SchKG III, Basel 1998, N 23 zu Art. 288 SchKG), ändert nichts daran, dass diese Indizien – falls sie umstritten sind – ebenfalls in einem ordentlichen, formellen Beweisverfahren zu beweisen sind.

8. Die Vorinstanzen haben mit ihrem Vorgehen einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt. Das angefochtene Urteil der Vorinstanz ist demnach aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin, welche die Abweisung der Beschwerde beantragte (KG act. 10, S. 2), kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2009 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 16'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'360.-- zu entrichten.
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 Fr. 280'581.70.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie das Bezirksgericht F., I. Abteilung (ad CG050026), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: