



Kass.-Nr. AA090012/U/ys

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Ersatzrichter Karl Schroeder, die Ersatzrichterin Doris Farner und der Ersatzrichter Mathis Zimmermann sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 30. April 2010

in Sachen

SAirGroup in Nachlassliquidation,

Hirschengraben 84, 8001 Zürich,
Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

X. AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

paulianische Anfechtung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. September 2008 (HG050365/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Die Beschwerdegegnerin ist eine Unternehmensberatungsfirma und erbrachte von November 2000 bis Mitte Mai 2001 entsprechende Dienstleistungen für die Beschwerdeführerin. Am 16. Mai 2001 bezahlte die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin die Rechnungen für die Monate Januar - März 2001 im Gesamtbetrag von Fr. 2'887'984.--, am 27. Juli 2001 die Rechnungen für die Monate April und Mai 2001 im Gesamtbetrag von Fr. 1'115'812.--. Am 4. Oktober 2001 bewilligte der Nachlassrichter der Beschwerdeführerin die provisorische Nachlassstundung. Mit Verfügung vom 20. Juni 2003 bestätigte der Nachlassrichter den von der Beschwerdeführerin mit den Gläubigern abgeschlossenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. In der Folge forderte die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 288 SchKG die erwähnten Zahlungen vom Mai und Juli 2001 zurück (KG act. 2 S. 3).

2. Am 18. November 2005 (nach vorgängiger Durchführung des Sühnverfahrens; HG act. 3) reichte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein mit dem Rechtsbegehren, diese sei zu verpflichten, ihr Fr. 3'721'000.-- (Fr. 4'003'796.-- abzüglich Mehrwertsteuer; HG act. 1 S. 8) zuzüglich Zins zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung der Klage (HG act. 11 S. 2). Mit Urteil vom 24. September 2008 wies das Handelsgericht die Klage ab (KG act. 2 S. 35). Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) (HG act. 32A, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht. Mit dieser beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4 S. 2 Ziff. 5). Die der Beschwerdeführerin nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 90'000.-- leistete sie innert Frist (KG act. 4 S. 2 Ziff. 4, act. 5/1, act. 9). Die Vorinstanz ver-

zichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 8). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 4, act. 5/2, act. 11) Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 11 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 12, act. 13/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten in diesem Beschwerdeverfahren nicht.

II.

1. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, mit der Absichtspauliana im Sinne von Art. 288 SchKG seien alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Bewilligung der Nachlassstundung in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen habe, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne zum Nachteil anderer zu begünstigen (KG act. 2 S. 14 Erw. V.1). Das Bundesgericht anerkenne den Schutz echter Sanierungsbemühungen vor einer paulianischen Anfechtung in dem Sinne, dass es bei der Anfechtung von Rechtshandlungen, welche "während und im Rahmen einer Sanierung des Schuldners" erfolgten, bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit einen "weniger strengen Massstab" anwende. Voraussetzung sei einerseits, dass die Sanierungsbemühungen des Schuldners als erfolgversprechend erschienen und andererseits, dass die Leistung des Gläubigers zum Zwecke der Sanierung und damit auch im Interesse der übrigen Gläubiger erbracht werde (KG act. 2 S. 22 Erw. 4.3.1). In der Wirtschaft sei "Unternehmenssanierung" der Sammelbegriff für alle Massnahmen zur Wiederherstellung existenzhaltender Gewinne (KG act. 2 S. 23 Erw. 4.3.2). Stehe eine Beratertätigkeit eines Unternehmensberaters im Zusammenhang mit der Sanierung eines Unternehmens, könne von Sanierungsberatung gesprochen werden. Erfüllten solche Leistungen die Voraussetzungen gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (erfolgversprechend erscheinende Sanierungsbemühungen des Schuldners einerseits und Leistung des Gläubigers zum Zwecke der Sanierung und damit auch im Interesse der übrigen Gläubiger andererseits), so seien sie schutzwürdig (KG act. 2 S. 24). Die Beschwerdegegnerin sei im Herbst

2000 damit betraut worden, strategische Alternativen für die Beschwerdeführerin auszuarbeiten. Sie sei als externe Beraterin vor allem in den Gebieten Airline, Restrukturierung und Mergers & Aquisition beigezogen worden. Am 31. Januar 2001 habe sie dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin einen Vorgehensvorschlag zur Restrukturierung und strategischen Neuausrichtung der Beschwerdeführerin präsentiert. Mit Schreiben vom 5. Februar 2001 habe sie der Beschwerdeführerin die Erweiterung ihres Auftrages auf eine ganzheitliche Beratung für die Restrukturierung der Beschwerdeführerin bestätigt (KG act. 2 S. 25). Die Beratertätigkeit der Beschwerdegegnerin sei spätestens mit Beginn des Jahres 2001 im Zusammenhang mit der Sanierung der Beschwerdeführerin gestanden. Insoweit könne von einer Sanierungsberatung gesprochen werden (KG act. 2 S. 26). Im Zeitraum ihrer Leistungserbringung bis ca. Mitte Mai 2001 habe die Beschwerdegegnerin aufgrund ihres Wissens durchaus (noch) von erfolgversprechend erscheinenden Sanierungsbemühungen ausgehen können. Ihre Beratertätigkeit sei gerade zum Zweck der Sanierung und damit auch im Interesse der übrigen Gläubiger erfolgt. Damit erfüllten ihre Leistungen die Voraussetzung gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Deshalb seien sie, entsprechend einem Sanierungsdarlehen, grundsätzlich schutzwürdig. Dies führe dazu, dass bei der nachfolgenden Beurteilung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit ein "weniger strenger Massstab" anzusetzen sei, und zwar in dem Sinne, dass Leistung und Gegenleistung als Einheit gewürdigt würden (KG act. 2 S. 27). Die Frage der Schädigungsabsicht könne offengelassen werden, wenn sich ergeben sollte, dass die Beschwerdegegnerin eine allenfalls vorhandene Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin nicht hätte erkennen können und müssen (KG act. 2 S. 29 Erw. 4.3.5). In einer Gesamtbetrachtung, bei welcher Leistung und Gegenleistung als Einheit gewürdigt werden müssten, sei nicht der Zeitpunkt massgebend, in welchem die Überweisungen der Beschwerdeführerin erfolgten, sondern vielmehr der Zeitraum, in welchem die Beschwerdegegnerin ihren Beitrag zur Sanierung erbracht habe. Die relevante Leistungserbringung sei von Anfangs 2001 bis ca. Mitte Mai 2001 erfolgt (KG act. 2 S. 29 Erw. 4.3.6). Die Umstände, welche bereits ca. Mitte Mai 2001 allgemein hätten bekannt gewesen sein dürfen, seien die wirtschaftlichen

Schwierigkeiten und strukturellen Probleme der Beschwerdeführerin spätestens seit Anfangs 2001, der massive Vorjahresverlust von Fr. 2.8 Mia., die ersten einschneidenden Massnahmen (Auswechseln der obersten Geschäftsleitung), die drohenden Liquiditätsprobleme und die laufenden Verhandlungen mit drei Grossbanken über die Gewährung einer zusätzlichen Kreditlinie von Fr. 1 Mia. zur Liquiditätssicherung (KG act. 2 S. 31 Erw. 4.3.6). Nebst diesen Umständen sei die Beschwerdegegnerin im Laufe ihrer Tätigkeit sicherlich noch an weitergehende Informationen als die breite Öffentlichkeit gelangt. Zweifelsohne sei ihr die schwierige finanzielle Lage der Beschwerdeführerin bekannt gewesen. Aufgrund ihrer Beratertätigkeit dürfe angenommen werden, dass sie von der Existenzgefährdung der Beschwerdeführerin Kenntnis gehabt habe. Die Existenzgefährdung einer Gesellschaft sei jedoch der Sanierungssituation immanent. Es sei gerade Aufgabe der Beschwerdegegnerin gewesen, einen Weg für das Überleben der Beschwerdeführerin aufzuzeigen. Die Kenntnis der Existenzgefährdung allein genüge daher sicherlich nicht, um anzunehmen, die Beschwerdegegnerin als Sanierungsberaterin hätte eine allenfalls vorhandene Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin erkennen können und müssen (KG act. 2 S. 31 Erw. 4.3.7). Inwiefern der Kenntnisstand der Beschwerdegegnerin über das Wissen um die schwierige finanzielle Lage der Beschwerdeführerin gemäss dem nicht geprüften konsolidierten Jahresabschluss 2000 Anfang März 2001 hinausgegangen sein solle und aus welchen Unterlagen der Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin die von (Firma A.) ex post angeblich festgestellte Überschuldung der Beschwerdeführerin hätte erkennen sollen, sei von der Beschwerdeführerin nicht konkret dargelegt worden. Eine Überschuldung habe von der Beschwerdegegnerin auch nicht erkannt werden müssen. Der Kenntnisstand der Beschwerdegegnerin im März 2001 habe sich im Wesentlichen auf das Wissen um die schwierige finanzielle Lage des Konzerns und die Notwendigkeit von Sanierungsmassnahmen beschränkt (KG act. 2 S. 32). Nachdem B. an der Generalversammlung vom 25. April 2001 die Zusicherung der Banken für eine Kreditfazilität von Fr. 1 Mia. und weitere Restrukturierungsmassnahmen bekanntgegeben habe, habe die Beschwerdegegnerin davon ausgehen dürfen, dass sich die Sanierungsbemühungen in die richtige Richtung bewegten. Zumindest während ihrer Beratertätigkeit

bis ca. Mitte Mai 2001 habe sie in guten Treuen von der Sanierungsfähigkeit und vom Sanierungswillen der Beschwerdeführerin ausgehen dürfen. Die Abwicklung des ganzen Geschäfts, umfassend Leistung und Gegenleistung, sei nicht nur im Interesse der Beschwerdegegnerin, sondern ebenso im Interesse der übrigen Gläubiger der Beschwerdeführerin gelegen (KG act. 2 S. 33). Würden vorliegend die echten Sanierungsbemühungen der Beschwerdegegnerin einerseits und die Entschädigungszahlungen der Beschwerdeführerin andererseits als Einheit gewürdigt, werde mithin eine Gesamtbetrachtung vorgenommen, führe dies zum Ergebnis, dass die Beschwerdegegnerin eine allenfalls vorhandene Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin weder habe erkennen können noch müssen. Die Klage sei deshalb abzuweisen (KG act. 2 S. 34).

2. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedenste Rügen (KG act. 1 S. 7 - 23), welche nachfolgend im Einzelnen behandelt werden. Die Beschwerdegegnerin wendet generell ein, es obliege der Beschwerdeführerin, ihre Beschwerde geltend zu machen und darzutun und nachzuweisen, dass sich der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund zu ihrem Nachteil ausgewirkt habe. Das habe die Beschwerdeführerin nicht getan. Bei der Beschwerde handle es sich um eine Prozessvoraussetzung. Deshalb sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde schon aus diesem Grund nicht einzutreten (KG act. 11 S. 14 f. Ziff. 51 - 53).

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Handelsgericht die Klage der Beschwerdeführerin ab. Deshalb ist die Beschwerdeführerin durch dieses Urteil ohne Weiteres beschwert und musste ihre Beschwerde weder weiter substantiieren noch nachweisen. Eine andere Frage ist, ob sich die einzelnen geltend gemachten Nichtigkeitsgründe zu ihrem Nachteil ausgewirkt haben (vgl. zu diesem Erfordernis § 281 ZPO). Diesen hat die Beschwerdeführerin darzutun. Ob sie das genügend gemacht hat, ist grundsätzlich bei der Behandlung der einzelnen Rügen zu prüfen. Dabei ist einerseits davon auszugehen, dass ein solcher Nachteil nur soweit speziell anzuführen ist, als er nicht auf der Hand liegt. Andererseits ist belanglos, ob ein Nachteil vorliegt oder nicht, wenn eine Rüge fehl geht bzw. sie abgewiesen wird und diesbezüglich kein Nichtigkeitsgrund festgestellt wird. Es ist dem Kassationsgericht überlassen, ob es vorab die Rüge prüft und auf eine

Prüfung des Nachteils verzichtet, wenn sich die Rüge als unbegründet erweist, oder ob es vorab prüft, ob sich die angefochtene Feststellung überhaupt zum Nachteil der Beschwerdeführerin auswirkte und verneinendenfalls auf eine Prüfung der Rüge verzichtet. Mit diesen Bemerkungen ist auf die Beschwerde unter diesen Aspekten (Beschwer, Nachteil) einzutreten.

3. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe bei der Sachverhalts-schilderung auf den Seiten 4 - 13 des angefochtenen Urteils verschiedene un-umstrittene Sachverhaltselemente nicht aufgeführt, obwohl sie für die Prüfung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit relevant seien (KG act. 1 S. 7 - 9 Ziff. 24 - 33).

a) Ist das Gericht auf eine aufgestellte Behauptung überhaupt nicht ein- getreten, muss angenommen werden, dass es dieselbe als rechtlich unerheblich angesehen hat (Kass.-Nr. AA050106 vom 28.7.2006 Erw. II.1.g.aa mit Ver- weisung auf von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Straf- sachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 41).

b) Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwer- de nicht zulässig, soweit der Weiterzug an das Bundesgericht möglich 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 [2008] Nr. 59).

c) Gegen das angefochtene Urteil mit einem Streitwert von weit über Fr. 30'000.-- ist die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG möglich (vgl. auch die zutreffende Rechtsmittelbelehrung in KG act. 2 S. 34 Erw. VI.3 und S. 35 Ziff. 6.b). Folglich kann im vorliegenden Verfahren auf Rügen, welche die Anwendung von Bundesrecht betreffen, nicht eingetreten werden.

d) Wie die Beschwerdegegnerin richtig einwendet, ist die Rüge der unvoll- ständigen oder lückenhaften Sachverhaltsfeststellung als Frage der Rechts- anwendung mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht geltend zu

machen (KG act. 11 S. 3 Ziff. 7 mit Verweisung auf Kass.-Nr. AA070068 vom 25.3.2008 Erw. III.3.b.aa mit weiteren Hinweisen, KG act. 11 S. 5 Ziff. 11).

e) Auf die Rügen, bei der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung fehlten wesentliche unbestrittene Sachverhaltselemente, kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

Sollte die Beschwerdeführerin damit aber geltend machen wollen, die Vorinstanz habe, indem sie die von der Beschwerdeführerin aufgelisteten Umstände nicht erwähnt habe, bestimmte Tatsachenfeststellungen willkürlich getroffen, hätte sie dies bei den einzelnen solchermassen beanstandeten tatsächlichen Feststellungen darzutun und wird dies ggfs. bei solchen Rügen geprüft. Auf allgemeine Rügen, bei der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung fehlten unbestrittene Tatsachen, kann nicht eingetreten werden. Es ist nicht Aufgabe des Kassationsgerichts, den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu ergänzen.

4. Die Vorinstanz stellte fest, an der Konzernleitungssitzung der Beschwerdeführerin vom 18. April 2001 habe B. darüber orientiert, dass KPMG *nun* die Beschwerdeführerin als Konzern bei der "Sanierung" beraten werde (KG act. 2 S. 10 Erw. 20 mit Verweisung auf HG act. 18/131 [Kursivschrift durch das Kassationsgericht wie in der Beschwerde KG act. 1 S. 8 Ziff. 31]). Die Beschwerdeführerin beanstandet das als aktenwidrig; dabei habe die Vorinstanz den Inhalt von HG act. 18/131 falsch wiedergegeben, indem sie den Eindruck erwecke, dass zuvor die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin bei der Sanierung beraten habe. Dies stehe aber in HG act. 18/131 nicht (KG act. 1 S. 8 f. Ziff. 31).

Zwar hat das Kassationsgericht mittlerweile klar festgestellt (vgl. zur diesbezüglichen Unsicherheit der Beschwerdeführerin KG act. 1 S. 5 Ziff. 12 f.), dass auch in Fällen, welche mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können, auf Rügen der Aktenwidrigkeit einzutreten ist (ZR 107 [2008] Nr. 21). Der gerügten vorinstanzlichen Erwägung ist aber nicht zu entnehmen, dass in HG act. 18/131 geschrieben stünde, die Beschwerdegegnerin hätte die Beschwerdeführerin vorher bei der Sanierung beraten. Die Rüge geht an der vorinstanzlichen Erwägung vorbei und damit fehl.

5. Ebenfalls als aktenwidrig bemängelt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe das "Frame Agreement" zwischen den Parteien unvollständig wiedergegeben, indem weggelassen worden sei, dass es sich dabei um alles andere als um ein Agreement zur Sanierungsberatung gehandelt habe (KG act. 1 S. 9 Ziff. 32).

Die Beschwerdegegnerin wendet zutreffend ein, dass die gerügte Erw. 20 auf S. 10 des angefochtenen Urteils das "Frame Agreement" gar nicht wiedergebe (KG act. 11 S. 5 Ziff. 13). Die Vorinstanz gab nicht den Inhalt dieses Dokuments wieder, sondern stellte lediglich fest, dass die Parteien dieses Dokument am 20. April 2001 unterzeichnet hätten, dass es rückwirkend per 1. Januar 2001 in Kraft getreten sei und dass die Beschwerdeführerin mit dieser Vereinbarung die Rechtsverhältnisse mit den verschiedenen Beratern standardisieren wollte (KG act. 2 S. 10 Erw. 20). Die Rüge geht daran vorbei und damit fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

6. Unter dem Titel "Schutzwürdigkeit von Sanierungsberatungen" erklärt die Beschwerdeführerin nach der Feststellung, dass als Rechtsfragen vom Bundesgericht zu beurteilen sein werde, ob und unter welchen Umständen Sanierungsberatungen generell im Anwendungsbereich von Art. 288 SchKG privilegiert zu behandeln seien und ob die vorliegend zu beurteilenden Leistungen der (wohl gemeint:) Beschwerdegegnerin im Speziellen diese Voraussetzungen erfüllten, sie rüge im vorliegenden Verfahren "diesbezüglich" eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (KG act. 1 S. 9 Ziff. 35). In der Folge macht sie indes vorab wiederum materiellrechtliche Ausführungen (KG act. 1 S. 9 - 11 Ziff. 36 - 44). Darauf kann nicht eingetreten werden (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. vorstehend Erw. 3). Das gilt auch für die Rügen der Verletzung der Begründungspflicht (KG act. 1 S. 11 Ziff. 40, 43 - 45) im Rahmen der Anwendung des materiellen Bundesrechts (vgl. auch dazu ZR 107 Nr. 59; so auch der zutreffende Einwand der Beschwerdegegnerin, KG act. 11 S. 6 Ziff. 17 mit Verweisungen).

7. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in der Klageschrift darauf hingewiesen, dass sich der Dienstleister für seine Leistungen bevorschussen lassen könnte. Die Vorinstanz sei darüber hinweggegangen und habe damit

(neben der Begründungspflicht) ihren Gehörsanspruch verletzt (KG act. 1 S. 11 Ziff. 41 und 43).

a) Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2).

b) Die Vorinstanz erwog, die Kenntnis der Existenzgefährdung (der Beschwerdeführerin) allein genüge nicht für die Annahme, dass die Beschwerdegegnerin als Sanierungsberaterin eine allenfalls vorhandene Schädigungsabsicht der Beschwerdeführerin hätte erkennen können und müssen. Anders zu entscheiden hiesse wohl, einem sanierungsbedürftigen Schuldner faktisch zu verunmöglichen, im Hinblick auf seine Sanierung und während einer solchen irgendwelche Sach- oder Dienstleistungen, insbesondere solche von Unternehmensberatern, auf Kredit, d.h. ohne Leistung einer Vorauszahlung, in Anspruch zu nehmen (KG act. 2 S. 31 f.).

c) Die Vorinstanz erkannte somit die grundsätzliche Möglichkeit der Bevorschussung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Sanierungssituation. Sie war indes der Auffassung, die Inanspruchnahme von Dienstleistungen ohne Bevorschussung müsse möglich sein, sei grundsätzlich zulässig und ändere nichts an ihrem Entscheid. Wenn sie auch nicht eigens auf die Ausführungen in Ziff. 101 der Klagebegründung einging (welche die Beschwerdeführerin

selber explizit nur "der Vollständigkeit halber" erwähnte; KG act. 1 S. 35), ergibt sich daraus doch, dass sie diese im vorliegenden Fall in dem Sinne als unbegründet oder irrelevant erachtete, als sie zu keinem anderen Urteil führten. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor. Diese Rüge geht fehl. Ob die Rechtsauffassung der Vorinstanz zutrifft, steht im vorliegenden Verfahren ausserhalb der Prüfung des Kassationsgerichts (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

8. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, der vorinstanzliche Entscheid stehe im Widerspruch zu bewährter Lehre und Praxis und stelle eine Praxisänderung dar. Die Vorinstanz hätte den Parteien diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen, um ihren Sachvortrag zu ergänzen. Die Unterlassung verletze ihren Gehörsanspruch (KG act. 1 S. 11 Ziff. 42, 44 f.).

a) Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn das Gericht einen Entscheid mit einer völlig neuen Begründung, welche die Parteien in keiner Weise erwarten müssen, versehen will und wenn den dadurch möglicherweise Betroffenen keine Möglichkeit gegeben wird, sich vorgängig dazu zu äussern (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 15 zu § 56, mit Verweisung auf den auch von der Beschwerdeführerin zitierten BGE 114 Ia 97). Umgekehrt ist daraus ersichtlich, dass der Gehörsanspruch grundsätzlich keine Pflicht des Gerichts statuiert, den Parteien seine Rechtsauffassung vor der Urteilsfällung bekanntzugeben (vgl. bereits ZR 78 [1979] Nr. 35 S. 60), zumindest wenn die Parteien aufgrund des Prozessstoffes und ihrer Vorbringen mit einer solchen Begründung rechnen müssen. Auf eine von den Parteien nicht vorgebrachte, vom Gericht aber als entscheidend betrachtete Rechtsauffassung müssen die Parteien nach kantonaler Praxis (nur) dann hingewiesen werden, wenn anzunehmen ist, sie könnten ihre Vorbringen im Hinblick darauf in tatsächlicher Hinsicht vervollständigen (ZR 108 [2009] Nr. 32).

b) Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Beschwerdeführerin Ausführungen zur Frage der Gläubigerschädigung, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat, zur Anwendung der entsprechenden Regel auf Dienstleistungsverträge und insbesondere zu den Fragen

der Anfechtbarkeit von Honorarforderungen von Sanierern und einer Privilegierung von Dienstleistungserbringern im Allgemeinen und Sanierern im Besonderen (HG act. 1 S. 33 - 35 Ziff. 96 - 101). Die Beschwerdeführerin rechnete mithin durchaus damit, dass diese rechtliche Thematik bedeutsam sein könnte. Schon deshalb verletzte die Vorinstanz ihren Gehörsanspruch nicht, wenn sie sie nicht noch einmal speziell darauf hinwies; und zwar auch dann nicht, wenn die Vorinstanz mit ihrer (von der Beschwerdeführerin eben als Möglichkeit zu erwartenden) Rechtsauffassung von der bisherigen Rechtspraxis abwich. Die Rüge geht schon deshalb fehl.

c) Überdies zeigte die Beschwerdeführerin nicht auf und ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sie ihre tatsächlichen Vorbringen über ihre 38-seitige Klagebegründung HG act. 1 und ihre 112-seitige Replik HG act. 17 hinaus hätte ergänzen wollen, wenn die Vorinstanz sie auf ihre Rechtsauffassung hingewiesen hätte. Auch unter diesem Aspekt geht diese Rüge fehl.

9. In Ziff. 46 ihrer Beschwerde listet die Beschwerdeführerin 18 einzelne vorinstanzliche Erwägungen auf, bezeichnet diese als tatsächliche Feststellungen und erklärt, sie seien willkürliche tatsächliche Annahmen, aktenwidrig und verletzen wesentliche Verfahrensgrundsätze, wie nachfolgend nachgewiesen werde (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 46).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, in den nachfolgenden Ziffern gebe die Beschwerdeführerin nicht im Einzelfall an, auf welche der in Ziff. 46 aufgelisteten Erwägungen sie sich beziehe, sondern überlasse es dem Gericht, diesen Bezug herzustellen. Das sei unzulässig (KG act. 11 S. 8 Ziff. 24).

Dieser Einwand ist grundsätzlich berechtigt. Die 18 aufgelisteten Erwägungen sind teilweise tatsächliche Feststellungen, teilweise allgemeine und teilweise auf den konkreten Sachverhalt bezogene rechtliche Erwägungen. Teilweise sind sie offensichtlich zutreffend (z.B. der ursprüngliche Auftrag der Beschwerdegegnerin habe sich im Laufe der Tätigkeit verändert, die relevante Leistungserbringung der Beschwerdegegnerin sei von Anfangs 2001 bis ca. Mitte Mai 2001 erfolgt). Soweit die Beschwerdeführerin pauschal alle diese Erwägungen mit-

einander beanstandet, kann mangels genügender Substantiierung nicht darauf eingetreten werden. Eingetreten werden kann nur auf Rügen, mit welchen die Beschwerdeführerin in ihren folgenden Erwägungen bezüglich klar genügend konkretisierten vorinstanzlichen Feststellungen genügend begründete Nichtigkeitsgründe geltend macht.

b) Auch die Darlegung der Beschwerdegegnerin trifft zu, dass die Beschwerdeführerin unter dem Titel "3. Beschwerdegegnerin als Saniererin / Sanierungsberaterin der SAirGroup?" im Wesentlichen die vorinstanzliche Qualifizierung der Beratungsleistungen der Beschwerdegegnerin als Sanierungsberatung rüge (KG act. 11 S. 8 Ziff. 25; KG act. 1 S. 12 - 17 Ziff. 46 - 72). Dazu wendet die Beschwerdegegnerin ein, es handle sich um eine Frage der Anwendung von Bundesrecht, worauf nicht eingetreten werden dürfe (KG act. 11 S. 8 f. Ziff. 25).

aa) Neben den Rügen der Willkür und Aktenwidrigkeit macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe mit der Feststellung der Sanierungsberatung die Verhandlungsmaxime verletzt. Denn die Beschwerdegegnerin selbst habe mehrfach behauptet, gerade nicht eine Saniererin der Beschwerdeführerin gewesen zu sein (KG act. 1 S. 13 ff. Ziff. 47 ff.). Bei der Verhandlungsmaxime handelt es sich nicht um Bundesrecht. Diese Rüge ist vorab zu prüfen. Allerdings hängt sie wesentlich mit der Frage zusammen, ob die vorinstanzlichen Erwägungen Anwendung von Bundesrecht sind oder tatsächliche Feststellungen. Die Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO) betrifft lediglich Tatsachen, nicht aber die Rechtsanwendung.

bb) Die Vorinstanz umschrieb allgemein den Sanierungsbegriff. In der Wirtschaft sei "Unternehmenssanierung" der Sammelbegriff für alle Massnahmen zur Wiederherstellung existenzerhaltender Gewinne. Der Sanierungsbegriff vereine alle betriebswirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Massnahmen der Problembewältigung. Es könne zwischen strategischen, organisatorischen, finanziellen und behavioristischen Sanierungsmassnahmen unterschieden werden. Stehe eine Tätigkeit eines Unternehmensberaters im Zusammenhang mit der Sanierung eines Unternehmens, könne von Sanierungsberatung gesprochen werden. Erfüllten solche Leistungen die Voraussetzungen gemäss der bundes-

gerichtlichen Rechtsprechung (erfolgversprechend erscheinende Sanierungsbemühungen des Schuldners einerseits und Leistung des Gläubigers zum Zwecke der Sanierung und damit auch im Interesse der übrigen Gläubiger andererseits), seien sie, entsprechend einem Sanierungsdarlehen, schutzwürdig. Bestehe beim Darlehensgeber die Leistung in der Gewährung neuer Zahlungsmittel und die Gegenleistung des Schuldners in der Rückzahlung des gewährten Darlehens mitsamt Zinsen, ständen sich bei der Beratertätigkeit die Dienstleistung des Beraters einerseits und die Honorarzahlung des Schuldners andererseits gegenüber. Bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit rechtfertige sich eine unterschiedliche Behandlung von Sach- und Dienstleistungen nicht, da während und im Rahmen von erfolgversprechend erscheinenden Sanierungsbemühungen sowohl Sach- als auch Dienstleistungen gleichermaßen dem Zwecke der Sanierung dienten und damit im Interesse aller Gläubiger stehen könnten (KG act. 2 S. 23 - 25).

Dabei handelt es sich um allgemeine, unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falles angestellte Erwägungen. Sie dienen in allgemeiner Weise der Subsumtion damit umschriebener Konstellationen unter Art. 288 SchKG (bzw. dem Ausschluss aus dem Anwendungsbereich dieser Norm) und bedeuten damit Rechtsanwendung.

cc) Sodann erwog die Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin habe dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin am 31. Januar 2001 einen Vorgehensvorschlag zur Restrukturierung und strategischen Neuausrichtung der Beschwerdeführerin präsentiert. Die Restrukturierung habe auf fünf Pfeilern basieren sollen: (1) Definition der strategischen Neuausrichtung, (2) Reduzierung/Beherrschung bestehender Airline Engagements, (3) Organisation der SAirLines-Division und Stabilisierung der operativen Funktionen, (4) Stabilisierung der Bilanzsituation/ Gruppenstruktur, Motivation der Mannschaft und (5) Mobilisierung der Ressourcen. In organisatorischer Hinsicht sei die Einsetzung eines "Steering Committees" (Projektleitung) und die Unterstützung der Strategie-, Risk- und Finance-Teams durch die Beschwerdegegnerin vorgeschlagen worden. Der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin habe sich entschlossen, dieses Restrukturierungsszenario zu

vertiefen. Mit Schreiben vom 5. Februar 2001 habe die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die Erweiterung ihres Auftrages auf eine ganzheitliche Beratung für die Restrukturierung der Beschwerdeführerin bestätigt. Sie habe insbesondere folgende Module zu bearbeiten gehabt: Unterstützung bei der Entwicklung und Einleitung einer Allianzstrategie im Airline-Bereich, Begleitung der Projekte zur Risikoreduzierung und Beherrschung im Airline-Beteiligungsbereich, Unterstützung der Erarbeitung und Umsetzung eines Konzepts zur Neuorganisation von Airline-Bereich und Gruppe, Unterstützung bei der Erarbeitung eines Konzepts für die Restrukturierung der Bilanz, Projektorganisation und Controlling. Dementsprechend habe die Beschwerdegegnerin in der Folge ihre Aufgabe auch wahrgenommen (KG act. 2 S. 25 f.).

Dabei handelt es sich um tatsächliche Feststellungen. Diese als solche werden von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet.

dd) Anschliessend erwog die Vorinstanz, spätestens die Präsentation vom 31. Januar 2001 sei klarerweise unter dem Zeichen der Sanierung der Beschwerdeführerin gestanden, sei doch detailliert ein auf fünf Pfeilern basierender Vorgehensvorschlag zur Restrukturierung und strategischen Neuausrichtung präsentiert worden. Dabei gelte es zu berücksichtigen, dass schon die Entwicklung eines Sanierungskonzepts und nicht erst deren Präsentation oder gar die Mithilfe bei der Umsetzung von Massnahmen als Sanierungsleistung im vorerwähnten Sinne zu betrachten sei. Ebenso stelle bereits ein interner Beitrag zur Sanierung und nicht erst eine von der Öffentlichkeit wahrgenommene Massnahme eine Sanierungsleistung dar. Somit sei davon auszugehen, dass die Beratertätigkeit der Beschwerdegegnerin spätestens mit Beginn des Jahres 2001 im Zusammenhang mit der Sanierung der Beschwerdeführerin gestanden sei und dass insoweit von einer Sanierungsberatung gesprochen werden könne. Mit Schreiben vom 5. Februar 2001 habe dann auch die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die Erweiterung ihres Auftrages auf eine ganzheitliche Beratung für die Restrukturierung der Beschwerdeführerin bestätigt (KG act. 2 S. 26 f.).

Damit subsumierte die Vorinstanz die vorstehend unter lit. cc zitierten tatsächlichen Feststellungen unter ihre in der vorstehenden lit. bb zitierte Umschrei-

bung einer Sanierungsberatung. Diese Subsumtion ist wiederum Rechtsanwendung.

ee) Die vorinstanzliche Qualifikation der Dienstleistungen, für welche die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die streitgegenständlichen Honorarrechnungen stellte, als Sanierungsberatung ist mithin Rechtsanwendung, basierend auf von der Beschwerdeführerin nicht gerügten Feststellungen des Inhalts der Präsentation vom 31. Januar 2001 und der Bestätigung mit Schreiben vom 5. Februar 2001. Als Rechtsanwendung untersteht sie nicht der Verhandlungsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO. Die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime geht an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei und damit fehl. Auf welche weiteren nicht behaupteten Tatsachen die Vorinstanz überdies abgestellt habe (KG act. 1 S. 16 Ziff. 64 - 66), substantiiert die Beschwerdeführerin nicht. Darauf kann nicht eingetreten werden.

ff) Wohl betonte die Beschwerdegegnerin, wie die Beschwerdeführerin an sich richtig darlegt (KG act. 1 S. 13 Ziff. 47), verschiedentlich, sie sei nicht als Saniererin für die Beschwerdeführerin tätig gewesen; sie sei lediglich zur Evaluation strategischer Alternativen beauftragt worden und habe strategische Empfehlungen, nicht einen Vorschlag zur Sanierung gegeben; ihre Aufgabe sei es gewesen, Vorschläge zur Restrukturierung zu erarbeiten, um dem Verwaltungsrat Möglichkeiten aufzuzeigen, wieder zur Profitabilität zurückzukehren (KG act. 11 [= Klageantwort] S. 6, S. 9 Ziff. 17, S. 14 Ziff. 25, S. 10 Tabelle, S. 17 Ziff. 33, S. 19 Ziff. 37, S. 26 Ziff. 59, S. 41 Ziff. 97, S. 43 Ziff. 102, KG act. 28 [= Duplik] S. 11 Ziff. 22, S. 18 Ziff. 32, S. 22 Ziff. 38, S. 43 Ziff. 88, S. 91 Ziff. 195, S. 110 Ziff. 236 f., S. 121 zweiter Absatz, S. 129 Ziff. 278, S. 154 Ziff. 341). Gleichwohl verletzte die Vorinstanz mit der gegenteiligen Feststellung, die Beschwerdegegnerin habe Sanierungsberatungen bzw. -leistungen erbracht (was heisst, dass sie als Saniererin tätig gewesen sei), die Verhandlungsmaxime nicht. Denn die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz beruht nicht auf anderen als von den Parteien (insbesondere, wie gerügt, von der Beschwerdegegnerin) behaupteten Tatsachen, sondern auf einem anderen rechtlichen Verständnis dieser Sanierungsberatungen bzw. -leistungen. Wenn die Beschwerdegegnerin betonte,

es sei damals nicht um eine Sanierung der Beschwerdeführerin gegangen (KG act. 28 S. 11 Ziff. 22, S. 59 Ziff. 123, S. 89 Ziff. 192), so verstand sie darunter eine Sanierung im Sinne von Art. 725 OR (KG act. 28 S. 18 oben, S. 59 Ziff. 123, S. 89 Ziff. 192, S. 97 Ziff. 203, S. 121 zweiter Absatz). Die Vorinstanz verstand indes bereits "Vorschläge zur Restrukturierung und strategischen Neuausrichtung" (KG act. 2 S. 31) als Sanierungsberatung. Diese tatsächliche Feststellung (Vorschläge der Beschwerdegegnerin zur Restrukturierung und strategischen Neuausrichtung) liegt durchaus innerhalb des von den Parteien, insbes. der Beschwerdegegnerin Behaupteten (vgl. auch KG act. 1 S. 17 Ziff. 68).

gg) Schliesslich machte die Beschwerdeführerin selber vor Vorinstanz geltend, zu den Aufgaben der Beschwerdegegnerin habe ausdrücklich die "Unterstützung bei der Erarbeitung eines Konzepts für die Restrukturierung [verdeckt Sanierung] der Bilanz" gehört (KG act. 17 S. 55 Ziff. 146). Die Beschwerdeführerin selber machte damit eine Sanierungsberatung seitens der Beschwerdegegnerin geltend. Der Vorwurf der Verletzung der Verhandlungsmaxime durch eben eine solche Annahme der Vorinstanz geht auch deshalb fehl.

c) Die Vorinstanz schloss aus den von der Beschwerdeführerin nicht beanstandeten tatsächlichen Feststellungen der Präsentation vom 31. Januar 2001 und dem Bestätigungsschreiben vom 5. Februar 2001 (KG act. 2 S. 25 f.) darauf, dass die Beschwerdegegnerin eine Sanierungsberatung bzw. -leistung im von der Vorinstanz umschriebenen Sinn erbracht hat. Dabei handelt es sich um Rechtsanwendung. Auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Nachdem, wie vorstehend geprüft, die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime fehl geht, vermag die Beschwerdeführerin mit den Rügen in den Ziffern 47 - 72 keinen im vorliegenden Verfahren zu prüfenden Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Die Einwendungen der Beschwerdeführerin, welche ihrer Auffassung nach überdies gegen eine Qualifikation als Sanierungsleistung sprechen (Projekt "Chess" [KG act. 1 S. 14 Ziff. 50 - 52, S. 16 Ziff. 63], Präsentationen vom 10. April und 9. Mai 2001 [KG act. 1 S. 14 Ziff. 54], Frame Agreement vom 20. April 2001 [KG act. 1 S. 14 f. Ziff. 55, S. 16 Ziff. 67], vereinbartes Honorar [KG act. 1 S. 15 Ziff. 57, S. 17 Ziff. 71], Betitelung der Rechnun-

gen [KG act. 1 S. 15 Ziff. 58], Aussage von B. vom 25. April 2001 [KG act. 1 S. 16 Ziff. 67], Triebfeder der Beschwerdegegnerin [KG act. 1 S. 17 Ziff. 72), richten sich gegen die Subsumtion unter den vorinstanzlichen Begriff der Sanierungsberatung und sind damit Einwendungen rechtlicher Natur (so auch die Ausführungen in KG act. 1 S. 17 Ziff. 69 f.), welche die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht vorbringen und auf welche deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden kann.

10. Unter dem Titel "4. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht" macht die Beschwerdeführerin geltend, die Annahme, Sanierungsdienstleistungen könnten unter gegebenen Umständen schutzwürdig sein, weshalb es sich rechtfertige, die Frage nach der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nach einem weniger strengen Massstab zu beurteilen, beruhe auf einer Verletzung von wesentlichen Verfahrensgrundsätzen (KG act. 1 S. 18 Ziff. 74). Auch dabei handelt es sich indes um eine Frage der Rechtsanwendung, worauf im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann. Die Rüge in Ziff. 75 der Beschwerde (KG act. 1 S. 18) ist eine blosse Zusammenfassung der Rügen unter dem Titel "3. Beschwerdegegnerin als Saniererin /Sanierungsbraterin der SAirGroup?". Dazu ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen. Die Rügen gehen fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

11. Was die Vorinstanz hätte prüfen und beurteilen müssen (KG act. 1 S. 19 Ziff. 80 - 82), ist ebenso eine Rechtsfrage wie diejenige, ob die Vorinstanz grundsätzlich hätte ein Beweisverfahren durchführen müssen (KG act. 1 S. 19 Ziff. 83; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 - 3 vor §§ 133 ff.) und diejenige nach der Behauptungslast (KG act. 1 S. 19 f. Ziff. 83 und 86; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 f. zu § 113; Kass.-Nr. AA080170 vom 29.6.2009 Erw. II.4.c mit weiteren Hinweisen). Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

12. Die Beschwerdeführerin führt aus, es sei widersprüchlich und damit willkürlich, dass die Vorinstanz einerseits von spezifischen Sanierungsdienstleistungen spreche, mit welchen die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin angeblich bis Mitte Mai 2001 zu Hilfe gekommen sei, andererseits den Kenntnisstand der Beschwerdegegnerin vom März 2001 als im Wesentlichen auf das

Wissen um die schwierige finanzielle Lage des Konzerns und die Notwendigkeit von Sanierungsmassnahmen beschränkt bezeichne und dahingestellt lasse, ob die Beschwerdegegnerin nach Beendigung der Projektes Chess am 21. März 2001 weiterhin mit Informationen über die finanzielle Situation oder Restrukturierungsbemühungen der Beschwerdeführerin bedient worden wäre (KG act. 1 S. 19 Ziff. 84).

Die Beschwerdegegnerin wendet zu Recht ein, die Beschwerdeführerin lege damit nicht genügend dar, welche tatsächliche Annahme des angefochtenen Entscheides aufgrund welcher Aktenstelle willkürlich sein soll (KG act. 11 S. 11 Ziff. 38), und die Beschwerdeführerin begründe auch nicht, inwiefern die drei von ihr genannten Passagen des angefochtenen Urteils widersprüchlich sein sollen (KG act. 11 S. 12 Ziff. 40). Tatsächlich ist die von der Beschwerdeführerin behauptete Widersprüchlichkeit nicht erkennbar. Tatsächlich liess die Vorinstanz, wie die Beschwerdegegnerin ebenfalls zu Recht einwendet (KG act. 11 S. 11 Ziff. 39), an der von der Beschwerdeführerin zitierten Stelle nicht dahingestellt, ob die Beschwerdegegnerin nach Beendigung des Projektes Chess am 21. März 2001 weiterhin mit Informationen über die finanzielle Situation oder Restrukturierungsbemühungen der Beschwerdeführerin bedient worden wäre, sondern die Vorinstanz erwog, von der Beschwerdeführerin sei nicht hinreichend konkret behauptet worden, inwieweit dies der Fall gewesen wäre (KG act. 2 S. 32 unten). Die mit einem behaupteten Widerspruch begründete Willkürüge geht schon deshalb fehl.

13. Als willkürlich und ihren Anspruch auf ein Beweisverfahren verletzend beanstandet die Beschwerdeführerin weiter die vorinstanzlichen Feststellungen, eine Überschuldung des Konzerns (der Beschwerdeführerin) sei nicht zur Diskussion gestanden, die Beschwerdegegnerin habe keine Kenntnis vom Schreiben von C. an den Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin gehabt, aus der "möglichen Kenntnis" eines Memorandums der D. AG an B. vom 21. März 2001 und/oder von von den Banken gestellten verschärften Kreditbedingungen für den Milliardenkredit lasse sich nichts zu Gunsten der Erkennbarkeit der möglichen Schädigungsabsicht ableiten (KG act. 1 S. 20 Ziff. 87). Die

Beschwerdeführerin habe vor Vorinstanz behauptet, es sei mehrmals von Überschuldung die Rede gewesen, die Beschwerdegegnerin habe vom Memorandum der D. mindestens mündlich Kenntnis erhalten, und die Beschwerdegegnerin habe von unerfüllbaren Kreditbedingungen für den Milliardenkredit Kenntnis erhalten (KG act. 1 S. 20 Ziff. 88). Willkürlich sei die Annahme, angebliche Sanierungsmassnahmen seien im damaligen Zeitpunkt ernstlich erfolgsversprechend erschienen, weil es gemäss B. erst aufgrund der angeblichen Zusicherung eines Milliardenkredits möglich gewesen sei, die Sanierung ohne Gefährdung der Liquidität in Angriff zu nehmen, dieser Kredit tatsächlich aber bis zum Schluss nie zur Verfügung gestanden sei (KG act. 1 S. 20 Ziff. 89).

Die Vorinstanz führte kein Beweisverfahren durch. Vom Kassationsgericht kann deshalb nicht geprüft werden, ob die gerügten vorinstanzlichen Feststellungen willkürlich oder haltbar sind. Diese Frage bzw. Prüfungsmöglichkeit stellte sich erst nach Durchführung eines Beweisverfahrens. Ob die Vorinstanz hätte ein Beweisverfahren durchführen müssen, ist aber eine Frage des Bundesrechts (vgl. vorstehend Erw. 11). Darauf kann im vorliegenden Verfahren deshalb nicht eingetreten werden.

14. Als aktenwidrig und willkürlich bezeichnet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz den Kenntnisstand der Beschwerdegegnerin in Bezug auf nachteilige, die Existenz der Beschwerdeführerin gefährdende Umstände im Wesentlichen auf den Zeitpunkt von März 2001 beschränke und danach lediglich zwei vermeintlich günstige Umstände erwähne, nämlich die Mitteilung von B. an der Generalversammlung vom 25. April 2001 betreffend Zusicherung der Banken für eine neue Kreditlimite von Fr. 1 Mrd. und die Bekanntgabe weiterer Restrukturierungsmassnahmen unter Fortführung einer redimensionierten Dual-Strategie (KG act. 1 S. 20 f. Ziff. 90).

Die Rüge ist auch beim Studium der vorinstanzlichen Erwägungen, auf welche die Beschwerdeführerin dazu verwies (KG act. 2 S. 32 f.), nicht verständlich. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe nicht konkret dargelegt, inwiefern der Kenntnisstand der Beschwerdegegnerin über das Wissen um die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin gemäss dem nicht geprüften konsolidier-

ten Jahresabschluss 2000 Anfang März 2001 hinausgegangen sein soll und aus welchen Unterlagen der Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin die von (Firma A.) ex post angeblich festgestellte Überschuldung der Beschwerdeführerin hätte erkennen sollen (KG act. 2 S. 32). Wollte die Beschwerdeführerin diese Erwägung als aktenwidrig oder willkürlich rügen, hätte sie darlegen müssen, dass und wo sie demgegenüber vor Vorinstanz das konkret dargelegt hätte, was die Vorinstanz als nicht konkret dargelegt bezeichnet. Das hat die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht gemacht. Wollte die Beschwerdeführerin aus den nachfolgenden vorinstanzlichen Erwägungen darüber, was B. an der Generalversammlung vom 25. April 2001 bekanntgegeben habe (KG act. 2 S. 33) einen Widerspruch zur vorstehend genannten Erwägung geltend machen, so ist kein solcher ersichtlich. Wollte die Beschwerdeführerin indes geltend machen, es sei willkürlich, dass die Vorinstanz betreffend die Zeit nach März 2001 lediglich auf das abgestellt habe, was B. an der Generalversammlung vom 21. April 2001 bekanntgegeben habe, aber nicht auf negative Umstände, aus denen die Beschwerdegegnerin eine Überschuldung der Beschwerdeführerin bzw. ein Scheitern von Sanierungsbemühungen hätte erkennen können bzw. müssen, so ist ihr die vorinstanzliche Erwägung entgegenzuhalten, sie habe keine solchen Umstände konkret dargelegt, welche Erwägung die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht substantiiert widerlegt. Die Rüge geht fehl, soweit sie geprüft werden kann.

15. In den Ziffern 91 - 96 ihrer Beschwerde (KG act. 1 S. 21 f.) kritisiert die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz ihrem Urteil bei der Prüfung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht einen falschen Massstab bzw. falsche Kriterien zugrundegelegt habe. Das ist indes eine Frage der Rechtsanwendung. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

16. Als Verletzung der Begründungspflicht und ihres Gehörsanspruchs rügt die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Erwägung, die Sanierungsbemühungen der Beschwerdeführerin seien durchaus noch als erfolgversprechend erschienen (KG act. 2 S. 33). Die Vorinstanz erkläre nicht, aufgrund welcher tatsächlichen Umstände welche Sanierungsmassnahmen aus welchem Grund

bezüglich welchen Zeitpunkts als erfolgversprechend qualifiziert würden und ob die Beschwerdegegnerin von sämtlichen Einzelheiten dieser Umstände Kenntnis gehabt habe (KG act. 1 S. 22 Ziff. 97).

Die Vorinstanz gab auf den Seiten 4 - 13 ihres Urteils einen Überblick über den Sachverhalt. Von der Seite 5 Erw. 5 an schilderte sie dabei auch Vorkehren, welche sie als Sanierungsmassnahmen bezeichnete (die Präsentation der Beschwerdegegnerin vom 31. Januar 2001 [KG act. 2 S. 5 f. Erw. 5] sei "klarerweise unter dem Zeichen der Sanierung" der Beschwerdeführerin gestanden [KG act. 2 S. 26 Erw. 4.3.4]). Wenn sie an der von der Beschwerdeführerin bezeichneten Stelle zusammenfassend erwog, die Sanierungsbemühungen seien durchaus noch als erfolgversprechend erschienen, meinte sie offenkundig die auf den Seiten 5 - 13 geschilderten Vorkehren von anfangs 2001 bis zur streitgegenständlichen Überweisung an die Beschwerdegegnerin Ende Juli 2001. Zum Kenntnisstand der Beschwerdegegnerin äusserte sich die Vorinstanz insbesondere auf den Seiten 31 - 33 des Urteils. Die Rüge geht fehl.

17. Als willkürlich und die Begründungspflicht verletzend bezeichnet die Beschwerdeführerin auch die vorinstanzlichen Erwägungen, die Hoffnung auf ein Gelingen der Sanierung und damit auf eine günstige Entwicklung der Beschwerdeführerin seien noch als berechtigt erschienen, und, zumindest während ihrer Beratertätigkeit bis ca. Mitte Mai 2001 habe die Beschwerdegegnerin in guten Treuen von der Sanierungsfähigkeit und vom Sanierungswillen der Beschwerdeführerin ausgehen dürfen. Dies seien deshalb willkürliche tatsächliche Annahmen und die Vorinstanz verletze damit deshalb die Begründungspflicht, weil sie sich auf keine konkreten Tatsachen und Akten stützten (KG act. 1 S. 22 Ziffer 98).

Dazu ist auf die vorstehende Erwägung zu verweisen. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich durchaus, aufgrund welcher Umstände die Vorinstanz zu den gerügten Schlussfolgerungen gelangte. Eine Willkür dabei wies die Beschwerdeführerin mit ihrer unsubstantiierten Behauptung nicht nach. Auch diese Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

18. Unter dem Titel "5. Kausalität der gerügten Nichtigkeitsgründe zum Nachteil der Beschwerdeführerin" macht die Beschwerdeführerin keine neuen Nichtigkeitsgründe geltend, sondern möchte darlegen, dass sich die vorher gerügten Nichtigkeitsgründe zu ihrem Nachteil ausgewirkt hätten (KG act. 1 S. 22 f. Ziff. 100 - 103) und wie bei Gutheissung der Beschwerde zu verfahren sei (KG act. 1 S. 23 Ziff. 104 f.). Da die Beschwerdeführerin indes mit ihren vorherigen Ausführungen keinen im vorliegenden Verfahren überprüfbaren Nichtigkeitsgrund nachgewiesen hat, sind die Ausführungen unter diesem Titel 5. der Beschwerde obsolet und ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dementsprechend ist sie auch zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 57'960.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 30'000.-- 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 Fr. 3'721'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. September 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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: