



Kass.-Nr. AA090020/U/mum

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 19. Juli 2010

in Sachen

X. AG,

Beklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

SAirGroup in Nachlassliquidation,

Hirschengraben 84, 8001 Zürich,
Klägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend

paulianische Anfechtung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2008 (HG060018/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin war seit dem 15. Juni 1999 als Revisionsstelle der SAirGroup im Handelsregister eingetragen. Mit Schreiben vom 15. Juni 2001 trat sie als solche zurück (angefochtenes Urteil = KG act. 2 S. 2).

Zwischen dem 5. März 2001 und dem 10. September 2001 bezahlte die SAirGroup verschiedene Rechnungen der Beschwerdeführerin im behaupteten Totalbetrag von Fr. 3'218'401.60 (KG act. 2 S. 7 - 9).

Am 5. Oktober 2001 wurde der SAirGroup die Nachlassstundung bewilligt (KG act. 2 S. 10 Erw. 4). Am (recte [OG act. 3/2]) 26. Juni 2003 wurde ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung rechtskräftig (KG act. 2 S. 4 Erw. 3). Am 20. Juni 2005 leitete die SAirGroup in Nachlassliquidation (= Beschwerdegegnerin) beim Friedensrichteramt eine Klage gegen die Beschwerdeführerin ein. Am 16. Januar 2006 machte sie die Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (KG act. 2 S. 4 Erw. 3). Damit verlangte sie als paulianische Anfechtung im Sinne von Art. 287 SchKG (KG act. 2 S. 16 - 18) und Art. 288 SchKG (KG act. 2 S. 4 ff.) die Rückzahlung der Honorare im behaupteten Totalbetrag von Fr. 3'218'401.60 (KG act. 2 S. 2).

2. Mit Urteil vom 5. Dezember 2008 verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin Fr. 2'560'124.05 zu bezahlen (KG act. 2 S. 35 Dispositiv Ziffer 1 Abs. 1). Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen (KG act. 2 S. 35 Dispositiv Ziffer 1 Abs. 2). Die Vorinstanz auferlegte die Kosten der Beschwerdeführerin zu 4/5 und der Beschwerdegegnerin zu 1/5 und verpflichtete die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 45'000.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 36 Dispositiv Ziffern 3 und 4).

3. Gegen das handelsgerichtliche Urteil vom 5. Dezember 2008 reichte die Beschwerdeführerin (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) innert Frist (HG act. 42B mit Anhang, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie, Dispositiv Ziffer 1 Abs. 1 und Dispositiv Ziffern 2 - 4 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und die Klage sei abzuweisen (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG act. 2 S. 2) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4 S. 2 Ziff. 5). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 75'000.-- (KG act. 4 S. 2 Ziff. 4) leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 5/1, act. 7). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 6). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 5/2, act. 10) Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 12). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin habe einen Betrag von Fr. 14'900.-- versehentlich doppelt eingeklagt. In diesem Betrag sei die Klage deshalb abzuweisen (KG act. 2 S. 10 Erw. 3.2). Im Betrag von Fr. 643'377.55 ständen die bezahlten Leistungen der Beschwerdeführerin im direkten Zusammenhang mit ihrem Mandat als Revisionsstelle der SAirGroup. In diesem Betrag sei eine Rückforderung deshalb ausgeschlossen (KG act. 2 S. 15). Die bezüglich einer darin enthaltenen Zahlung ebenfalls geltend gemachte Überschuldungsanfechtung im Sinne von Art. 287 SchKG sei nicht zulässig (KG act. 2 S. 16 - 18). Die Klage sei deshalb (auch) im Betrag von Fr. 643'377.55 abzuweisen (KG act. 2 S. 18). Bei den übrigen Tätigkeiten der Beschwerdeführerin im Umfang von insgesamt Fr. 2'560'124.05 habe es sich um reine Beratungsdienstleistungen gehandelt. Diesbezüglich sei eine Gläubigerschädigung (im Sinne von Art. 288 SchKG) zu bejahen (KG act. 2 S. 18). Unter dem Titel Schädigungsabsicht hielt die Vorinstanz fest, in Anbetracht des Wissens der SAirGroup um ihre schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass sie zumindest in Kauf

genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden. Die Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG sei erfüllt (KG act. 2 S. 25 f.). Die Beschwerdeführerin habe damit rechnen müssen, dass die SAirGroup mit den Honorarzahlungen an sie andere Gläubiger schädigen könnte. Auch die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG müsse bejaht werden. Die Beschwerdeführerin sei deshalb zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin Fr. 2'560'124.05 zu bezahlen (KG act. 2 S. 34).

2. Die Beschwerdeführerin macht im Rahmen behaupteter Nichtigkeitsgründe vorab geltend, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren die Schädigungsabsicht der Organe der SAirGroup bestritten. Es habe sich dabei mithin um eine erhebliche streitige Tatsache im Sinne von § 133 ZPO gehandelt (KG act. 1 S. 12 Ziff. 35). Insbesondere habe sie vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die "Going Concern-Prämisse" bis zum 11. September 2001 immer erfüllt gewesen sei, weil die SAirGroup nicht überschuldet und die Liquidität für mindestens ein Jahr gesichert gewesen sei, dass die SAirGroup bis zu diesem Zeitpunkt aufrecht gestanden sei und daher ihre fälligen Schulden ohne weiteres habe bezahlen können und dürfen. Erst als Folge der Ereignisse vom 11. September 2001 sei sie zahlungsunfähig geworden, sei die Überschuldung eingetreten und habe sie die Bilanz deponieren bzw. um Nachlassstundung nachsuchen müssen (KG act. 1 S. 12 Ziff. 36). Die Beschwerdeführerin habe als direkten Gegenbeweis die massgebenden Organpersonen der SAirGroup als Zeugen angerufen. Für die Behauptung der fehlenden Überschuldung habe sie als Beweis eine Expertise offeriert. Zur Frage der ausreichenden Liquidität habe sie ebenfalls zahlreiche Beweismittel genannt. Im Beweisverfahren wäre es ihr offengestanden, weitere Beweismittel zu bezeichnen (KG act. 1 S. 13 Ziff. 38). Die Beschwerdegegnerin habe nirgends geltend gemacht, der Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung der SAirGroup seien davon ausgegangen, sie sei überschuldet. Insbesondere habe die Beschwerdegegnerin nicht geltend gemacht, die Organpersonen der SAirGroup hätten die behauptete angebliche Überschuldung erkannt und gegen eine solche Erkenntnis gehandelt (KG act. 1 S. 14 Ziff. 42). Die Beschwerdegegnerin habe nicht geltend gemacht, der Verwaltungsrat habe den Eintritt des als möglich

erkannten Konkurses ernst genommen, damit gerechnet, sich damit abgefunden und in diesem Sinne die Gläubigerschädigung in Kauf genommen (KG act. 1 S. 15 Ziff. 44 f.). Indem die Vorinstanz eine Eventualabsicht angenommen habe, obwohl die Beschwerdeführerin dargetan habe, dass der Verwaltungsrat der SAirGroup nicht um die angeblich schädigenden Folgen seiner Handlungen gewusst habe und obwohl die Beschwerdegegnerin diese Behauptungen nicht bestritten und keine substantiierten Gegenbehauptungen zu Wissen und Willen der Organe aufgestellt habe, habe die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime gemäss § 54 ZPO verletzt (KG act. 1 S. 16 Ziff. 46).

a) Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin behaupte die Schädigungsabsicht der SAirGroup. Diese sei per 31. Dezember 2000 bereits überschuldet gewesen. Verwaltungsrat und Konzernleitung seien schon im Jahre 2000 über die schlechte finanzielle Situation ins Bild gesetzt worden. In verschiedenen Berichten sei der Verwaltungsrat der SAirGroup auf "die gravierenden finanziellen Probleme und den sich verschärfenden Liquiditätsengpass" hingewiesen worden. Es sei eindeutig - so die Behauptungen der Beschwerdegegnerin weiter gemäss Vorinstanz -, dass die SAirGroup mit den Überweisungen an die Beschwerdeführerin ab März 2001 zumindest in Kauf genommen habe, dass die übrigen Gläubiger geschädigt würden (KG act. 2 S. 19 mit Verweisung auf HG act. 1 Ziff. 133 - 136 [S. 48 f.]). Die Vorinstanz erwog unter Verweisung auf BGE 134 III 452 Erw. 7.2, in tatsächlicher Hinsicht stehe fest, dass sich die SAirGroup ihrer finanziellen und strukturellen Schwierigkeiten ab Beginn des Jahres 2001 bewusst gewesen sei (KG act. 2 S. 21). In der Folge zitierte die Vorinstanz aus verschiedenen von der Beschwerdegegnerin zu ihren Behauptungen eingereichten Akten zur finanziellen Lage der SAirGroup und der SAirLines (OG act. 3/26, 3/29 - 3/31, 3/33 - 3/36, 3/38, 3/40 -3/44, 3/64, 3/68, 3/75, 3/76, 3/81, 3/82, 3/88, 3/89, 3/92, 3/94, 3/4) (KG act. 2 S. 21 - 24) und erwog in einer Würdigung dieser Akten, für die Beurteilung der Schädigungsabsicht sei insgesamt entscheidend, dass die SAirGroup schon vor den ersten Honorarzahlungen an die Beschwerdeführerin über ihre finanzielle Notlage im Bilde gewesen sei. Schon im November 2000 sei die Lage vom Verwaltungsrat als "kritisch" und im Dezember 2000 als "besorgniserregend" beurteilt worden, und es sei klar gewesen, dass der Finanz-

bedarf im Falle von Stress-Szenarien nur über einen Verkauf von Beteiligungen hätte abgefangen werden können (KG act. 2 S. 24 Erw. 2.2). Im Frühjahr 2001 sei auch die Frage im Raum gestanden, ob die Bilanz nicht zu Liquidationswerten habe erstellt werden müssen. Die SAirGroup habe ihren Liquiditätsengpass nur durch Kredite oder durch Veräusserung von Aktiven überbrücken können. Die dramatische Liquiditätsproblematik sei in den Sitzungen der Finanzkommission des Verwaltungsrates wie auch in den Sitzungen des Verwaltungsrates mehrfach besprochen worden. Der Verwaltungsrat habe auch Kenntnis davon gehabt, dass gemäss Restrukturierungsvorschlägen von A. lediglich der Kern des Konzerns habe gerettet werden können, und dies auch nur, wenn die Dual-Strategie aufgegeben würde. Im März 2001 sei ebenfalls bekannt gewesen, dass selbst ein Kredit von einer Milliarde Franken nicht genügen würde, um den Liquiditätsengpass zu lösen. Die Situation habe sich in der Folge zunehmend verschärft. Gleichwohl habe die SAirGroup der Beschwerdeführerin in den Monaten März bis September 2001 Honorare für Beratungsdienstleistungen bezahlt. In Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden. Aus den dargelegten Gründen müsse die Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden (KG act. 2 S. 25 f.).

b) Die Vorinstanz legte damit ihrem Urteil nicht Tatsachen zugrunde, welche die Beschwerdegegnerin in ihren Ausführungen im Hauptverfahren vor Vorinstanz (vgl. insbes. OG act. 1 S. 12 ff., S. 48 f., OG act. 28 S. 130 f.) und mit den von ihr eingereichten Dokumenten (insbes. OG act. 3/26 - 3/94; vgl. dazu OG act. 1 S. 14 - 40) nicht behauptet hatte. Die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO) geht fehl. Eine andere, nachfolgend zu prüfende Frage ist, ob die Vorinstanz in zulässiger Weise ohne Durchführung eines Beweisverfahrens aufgrund der genannten Behauptungen und Indizien auf eine Schädigungsabsicht der SAirGroup bzw. ihrer handelnden Organe schliessen durfte. Im Rahmen dieser Prüfung ist ggfs. auch die Frage zu behandeln, ob die Vorinstanz auf eine Schädigungsabsicht der SAirGroup schliessen durfte, ohne Wissen und Willen konkret bezeichneter, für die SAirGroup handelnder Personen festgestellt zu

haben. Diese Frage ist schon deshalb keine solche der Verhandlungsmaxime, weil die Vorinstanz keine solchen Feststellungen traf, also auch dann die Verhandlungsmaxime nicht verletzt, wenn die Beschwerdegegnerin keine solchen personell spezifizierten Behauptungen vorgebracht hatte, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. Wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang (Verhandlungsmaxime) betont, die Beschwerdegegnerin habe ausgeführt, der Verwaltungsrat habe das volle Ausmass der Katastrophe ignoriert und es mental abgelehnt, die Situation zu akzeptieren; sie habe aber nirgends geltend gemacht, der Verwaltungsrat habe entgegen seiner Erklärung zur Fortführungsfähigkeit in den testierten Abschlüssen den Eintritt eines als möglich erkannten Konkurses ernst genommen, mit ihm gerechnet, sich damit abgefunden und in diesem Sinne die Gläubigerschädigung gewollt; die Beschwerdegegnerin habe vielmehr behauptet, die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung hätten sich geweigert, die Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen; das schliesse aber ein aktuelles Wissen um das tatsächliche Ausmass der "schlechten finanziellen Lage" aus (KG act. 1 S. 15), so ist festzustellen, dass die Vorinstanz auch gar keine dem entgegenstehende tatsächliche Feststellungen zur tatsächlichen Kenntnis und Willensbildung der einzelnen Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder der SAirGroup machte. Ohne solche Feststellungen schloss sie von einem (als solchem offenbar unbestrittenem) "Wissen um die schlechte finanzielle Lage" auf eine Inkaufnahme einer Gläubigerschädigung durch die Zahlungen an die Beschwerdeführerin. Auch darin liegt kein Abstellen auf nicht behauptete Tatsachen, mithin keine Verletzung der Verhandlungsmaxime, sondern eine Schlussfolgerung, deren Zulässigkeit nachfolgend zu prüfen ist.

3. Bezüglich der vorinstanzlichen Feststellung einer Schädigungsabsicht der SAirGroup rügt die Beschwerdeführerin neben der Verletzung der Verhandlungsmaxime, dass die Vorinstanz allein gestützt auf die Würdigung von Indizien und vorläufig eingereichter Beweismittel entschieden habe, ohne ein Beweisverfahren durchzuführen und ohne die von der Beschwerdeführerin offerierten Beweise abzunehmen. Damit habe sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt wie auch Verfahrensgrundsätze zum Beweisverfahren (KG act. 1 S. 16 - 19). Sodann habe die Vorinstanz mit der Schlussfolgerung auf eine Schädigungs-

absicht der SAirGroup (bzw. auf eine Inkaufnahme der Gläubigerschädigung) willkürliche tatsächliche Feststellungen getroffen (KG act. 1 S. 19 - 21).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Frage, welche Schlussfolgerungen aus den äusseren Gegebenheiten bzw. aus dem Verhalten der betreffenden Personen zu ziehen seien, sei nicht ("reine") Tat-, sondern primär Rechtsfrage (KG act. 10 S. 4 f. Ziff. 8 und 9 mit Verweisung auf BGE 134 III 462 Erw. 7). Tatfrage sei, ob die verantwortlichen Organe die schädigende Wirkung ihres Verhaltens tatsächlich vorausgesehen hätten. Rechtsfrage sei, ob die Organe aufgrund der tatsächlich festgestellten Umstände die schädigende Wirkung hätten voraussehen können und müssen ("als Voraussetzung des Eventualvorsatzes"), ob den Organen aufgrund ihrer Kenntnisse über die wirtschaftliche Situation eine Schädigungs- und Begünstigungsabsicht vorzuwerfen sei (KG act. 10 S. 9 Ziff. 23 mit Verweisung auf BGE 5P.35/2000 Erw. 5.a; KG act. 10 S. 21 Ziff. 52). Da der Begriff der Schädigungsabsicht ein Begriff des Bundesrechts sei, könne eine diesbezügliche Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Urteils nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht, sondern ausschliesslich beim Bundesgericht gerügt werden (KG act. 10 S. 9 Ziff. 23). Die Vorinstanz habe in einer Rechtsanwendung den sich aus den Rechtsschriften der Parteien ergebenden unbestrittenen Sachverhalt unter den Begriff der Schädigungsabsicht subsumiert (KG act. 10 S. 9 Ziff. 21, S. 17 Ziff. 41). Die von der Beschwerdeführerin zur Frage der Schädigungsabsicht vorgebrachten Behauptungen habe die Vorinstanz aus rechtlichen Gründen als nicht entscheidrelevante Tatsachen nicht berücksichtigt (KG act. 10 S. 12 Ziff. 30, S. 20 Ziff. 48). Die behauptete Verletzung des Rechts auf (Gegen-) Beweisführung sei eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Darauf könne im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (KG act. 10 S. 7 f., S. 10 f. Ziff. 26, S. 18 Ziff. 43).

b) Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde 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).

Gegen das angefochtene handelsgerichtliche 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. 36 Ziff. 6.b). Folglich kann im vorliegenden Verfahren auf Rügen, welche die Anwendung von Bundesrecht betreffen, nicht eingetreten werden.

Im Zusammenhang mit der von der Beschwerdeführerin beanstandeten vorinstanzlichen Feststellung der Erfüllung der Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG ist deshalb vorab zu klären, ob es sich dabei um eine tatsächliche Feststellung oder um die blossе Anwendung von Bundesrecht handelt, wie die Beschwerdegegnerin geltend gemacht. Handelt es sich um die blossе Anwendung von Bundesrecht, ist auf darauf bezogene Rügen im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten.

c) Nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung ist die im Tatbestand von Art. 288 SchKG enthaltene "Schädigungsabsicht" nicht (bloss) ein normativer (Rechts-)Begriff. Die Frage, was für eine Absicht die Schuldnerin bzw. ihre Organe bei Zahlungen gemäss Art. 288 SchKG hatte bzw. ob sie die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen, ist eine tatsächliche, einem Beweisverfahren zugängliche Frage (Kass.-Nr. AA070141 vom 3.10.2008 Erw. II.1.e mit Verweisungen).

d) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vor, wenn der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzuge. Nicht erforderlich sei, dass der Schuldner mit seiner Handlung die Benachteiligung von Gläubigern oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu bezweckt habe. Es genüge vielmehr, wenn sich der Schuldner darüber habe Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen habe, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt würden. Die direkte oder indirekte Schädigungsabsicht des Schuldners betreffe zunächst eine innere Tatsache und lasse sich unmittelbar nur durch die Parteiaussage beweisen, im Übrigen aber bloss durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren

Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt hätten "(Tatfrage)". Gestützt darauf sei zu beurteilen, ob begrifflich eine Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vorgelegen habe "(Rechtsfrage)" (BGE 134 III 452, 456 Erw. 4.1 mit Verweisung zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage auf BGE 26 II 617 Erw. 4 S. 620, 33 II 665 Erw. 3 S. 667 und 55 III 80 Erw. b S. 87).

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

begünstigen. In BGE 55 III 80, 86 f. erwog das Bundesgericht, die Vorinstanz habe aus verschiedenen Tatsachen auf die Absicht der Schuldnerin geschlossen. Dieser Schluss von äusseren auf innere Tatsachen sei, weil tatsächlicher Natur, für das Bundesgericht ebenso verbindlich wie die Feststellung jener Tatsachen, welche die Vorinstanz als Indizien dafür gewürdigt habe. Zur Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG erwog das Bundesgericht, Eventualabsicht genüge. Namentlich genüge schon das eventuelle Wollen der Benachteiligung bzw. Begünstigung, das heisse das Wollen für einen bestimmten vorausgesehenen Fall. In einem von der Beschwerdegegnerin zitierten (KG act. 10 S. 9 Ziff. 23) Urteil vom 19. September 2000 erwog das Bundesgericht, ob den Beschwerdeführern aufgrund ihrer Kenntnis über die wirtschaftliche Situation eine Schädigungs- und Begünstigungsabsicht vorzuwerfen sei, sei eine Rechtsfrage (5P.35/2000 Erw. 5.i).

e) Klar ist demnach, dass Feststellungen über das Wissen und insbesondere das Wollen des Schuldners im Sinne von Art. 288 SchKG tatsächliche Fragen sind. Was für eine Absicht der Schuldner hatte, ist Tatfrage. Rechtsfrage - vom Bundesgericht klar bejahte Rechtsfrage - ist, ob Eventualvorsatz genügt. Ebenfalls Rechtsfrage ist die Definition des Eventualvorsatzes. So sind es auch Rechtsfragen, ob der Schuldner zur Erfüllung des Eventualvorsatzes wissen musste, dass seine Handlung Gläubiger benachteilige, oder ob er zur Erfüllung des Eventualvorsatzes nur die Möglichkeit kennen musste, dass (und ggfs. mit welcher Wahrscheinlichkeit) seine Handlung Gläubiger benachteiligen könne - während es Tatfragen sind, ob er dies wusste oder ob er die Möglichkeit kannte. Schwierig ist die Abgrenzung insbesondere dort, wo eine verwendete Umschreibung sowohl eine tatsächliche Feststellung wie auch eine rechtliche Schlussfolgerung sein kann. Dies trifft auf die Frage zu, ob der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt (oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt). Wird deswegen, weil der Schuldner bei den vorhandenen äusseren Gegebenheiten habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige, darauf geschlossen, dass er dies tatsächlich vorausgesehen hat, handelt es sich (trotz der Formulierung "können und müssen", welche an sich ein

normatives Element beinhaltet) um eine tatsächliche Feststellung. Wird aber demgegenüber bloss festgestellt, dass der Schuldner bei den vorhandenen äusseren Gegebenheiten habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige, ohne dass daraus geschlossen wird, dass er das auch tatsächlich vorausgesehen hat (also mit der Möglichkeit, dass er das aus nachträglicher objektiver Sicht hat voraussehen können und müssen, es aber tatsächlich nicht vorausgesehen hat [weil er allenfalls zu wenig sorgfältig war]), handelt es sich um eine Rechtsfrage, wie in diesem Zusammenhang insbesondere auch die Frage, ob dies (eine eigentliche Fahrlässigkeit?) tatsächlich die Voraussetzung des Eventualvorsatzes, der Absicht im Sinne von Art. 288 SchKG erfüllt. In diesem Sinne kann es vom rechtlichen Vorverständnis abhängen, ob die Feststellung einer Schädigungsabsicht in einem konkreten Fall eine tatsächliche Feststellung oder eine Rechtsanwendung ist. Wenn das Kassationsgericht in den Entscheiden vom 13.7.2006 (Kass.-Nr. AA050126) und vom 3.10.2008 (Kass.-Nr. AA070141) erklärte, dass die Frage des Vorliegens einer Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG eine tatsächliche, einem Beweisverfahren zugängliche Frage ist, so ging es dabei vom (rechtlichen) Verständnis der Schädigungsabsicht als tatsächliches Wissen des Schuldners aus, dass seine fragliche Handlung Gläubiger benachteiligen kann, wobei der Schuldner trotz dieses Wissens handelt (entweder weil er direkt die Gläubigerbenachteiligung bzw. -begünstigung will oder weil er eine solche in Kauf nimmt). Um dieses Wissen zu haben, muss der Schuldner tatsächlich ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen, dass er nicht alle Gläubiger befriedigen können wird. Rechnet er nicht mit einer solchen realen Möglichkeit (und sei es grobfahrlässig), hat er dieses Wissen und damit die so verstandene Schädigungsabsicht nicht. Wird indes dieses Wissen oder ein Element davon wie das Rechnen mit der Möglichkeit, nicht alle Gläubiger befriedigen zu können, aufgrund einer anderen Rechtsanschauung nicht als der Schädigungsabsicht immanent erachtet und wird der Umstand, dass der Schuldner aus objektiver Sicht eine Gläubigerbenachteiligung hat voraussehen können und müssen, als für die Erfüllung der Schädigungsabsicht genügend erachtet (auch wenn der Schuldner tatsächlich eine Gläubiger-

benachteiligung nicht vorausgesehen hat), trifft darauf die kassationsgerichtliche Feststellung der Schädigungsabsicht als tatsächliche Frage nicht zu.

Es ist jeweils im konkreten Einzelfall zu untersuchen, ob das Gericht eine tatsächliche Feststellung getroffen oder Rechtsanwendung vorgenommen hat.

f) Die Vorinstanz erwog theoretisch zur Schädigungsabsicht, es genüge, wenn sich der Schuldner darüber habe Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen habe, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt würden. Blosser Fahrlässigkeit genüge nicht. Der bei den Beteiligten gegebene subjektive Befund sei das prägende Element des Anfechtungstatbestandes von Art. 288 SchKG. Eine blosser Nachlässigkeit des Schuldners beim Bedenken der möglichen Folgen seines Handelns könnte als grundlegende Rechtfertigung der schweren Sanktion der Anfechtbarkeit nicht genügen. *Der erforderliche Eventualvorsatz sei ein psychischer Sachverhalt.* Soweit keine Äusserungen des Schuldners selbst vorhanden seien, müsse aufgrund äusserer Sachumstände über die Frage des Eventualvorsatzes entschieden werden. Dränge sich bei objektiver Beurteilung der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge des Handelns auf, so sei dies ein gewichtiges *Indiz* für seinen Eventualvorsatz. Das blosser Bewusstsein der Überschuldung genüge nicht als Indiz, da hier der Erfüllungscharakter noch im Vordergrund stehen könne (KG act. 2 S. 5 f. Erw. 2 mit Verweisungen; Kursivschrift durch das Kassationsgericht).

Daraus folgt, dass (auch) die Vorinstanz das Vorliegen des Eventualvorsatzes als tatsächliche Frage behandelte. Das Vorliegen eines psychischen Sachverhalts ist eine tatsächliche Frage. In diesem Zusammenhang waren für die Vorinstanz die Antworten auf die Fragen, ob der Schuldner habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteilige, bzw. ob er sich darüber habe Rechenschaft geben können und müssen, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt würden, *Indizien* für das Vorliegen des psychischen Sachverhalts des Eventualvorsatzes, welchen sie auch unter diesem Aspekt als tatsächliche Frage verstand.

Bezogen auf den konkreten Sachverhalt erwog die Vorinstanz, in Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden. Aus den (von der Vorinstanz vorgängig) dargelegten Gründen müsse die Voraussetzung der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden (KG act. 2 S. 25 f.). Vor dem Hintergrund der zitierten theoretischen Erwägungen zur Schädigungsabsicht traf die Vorinstanz damit eine tatsächliche Feststellung.

g) Nicht zu übersehen ist, dass die Vorinstanz dabei Erwägungen aus dem mehrfach zitierten Urteil des Bundesgerichts BGE 134 III 452 S. 463 übernommen hat (vgl. insbes. BGE 134 III S. 456 Erw. 4.1 und S. 463 Erw. 7.4), teilweise wortwörtlich (vgl. die letzten beiden Sätze auf S. 25 f. des angefochtenen Urteils KG act. 2 mit dem letzten Satz der Erwägung 7.4 und der Erwägung 7.5 in BGE 134 III 463).

Die Beschwerdegegnerin leitet daraus ab, dass es sich nicht um eine tatsächliche Frage, sondern um eine Rechtsfrage handle. Sie führt aus, wäre der Schluss von den Umständen auf den Eventualvorsatz tatsächlicher Natur, hätte das Bundesgericht die Sache (im Verfahren, das zum BGE 134 III 452 führte) zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückweisen müssen. Daraus, dass das Bundesgericht dies nicht getan habe, folge, dass es sich beim Schluss von den äusseren Umständen auf den Eventualvorsatz im Sinne der Schädigungsabsicht nach Art. 288 SchKG um die Anwendung von Bundesrecht handle (KG act. 10 S. 5).

Diese Argumentation erscheint zwar insoweit plausibel, als das bundesgerichtliche Vorgehen im zitierten Entscheid tatsächlich die Vermutung nahelegt, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid die Frage der Inkaufnahme als rechtliche Frage behandelte. Einerseits wäre aber eine solche Behandlung in einem andern Fall für den vorliegenden Fall nicht bindend. Andererseits liegt es nicht in der Aufgabe des Kassationsgerichts, im vorliegenden Verfahren darüber zu befinden, weshalb das Bundesgericht im Entscheid 134 III 452 nach der Fest-

stellung, dass das Handelsgericht die Frage ausdrücklich offengelassen hatte, ob und ab wann auf Seiten der SAirGroup eine Schädigungsabsicht bestanden hatte (BGE 134 III 462 Erw. 7), die Sache nicht zur entsprechenden tatsächlichen Feststellung an das Handelsgericht zurückgewiesen hat. Noch weniger liegt es am Kassationsgericht, darüber zu befinden, ob dies richtig war oder nicht. Immerhin ist festzustellen, dass das Bundesgericht auch in diesem mehrfach zitierten Entscheid klar festhielt, dass die Schädigungsabsicht des Schuldners eine tatsächliche Frage ist, und zwar auch dann, wenn sie durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten beantwortet wird (BGE 134 III 456 Erw. 4.1). Aus dem Umstand, dass das Bundesgericht die Sache nicht an das Handelsgericht zurückwies, kann deshalb nicht geschlossen werden, dass die Frage der Schädigungsabsicht als innere Tatsache eine Rechtsfrage wäre.

h) Im Gegensatz zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerin (KG act. 10 S. 9 Ziff. 21, S. 13 Ziff. 32, S. 17 Ziff. 41) subsumierte die Vorinstanz nicht in einer blossen Rechtsanwendung einen sich aus den Rechtsschriften der Parteien ergebenden unbestrittenen Sachverhalt unter den Begriff der Schädigungsabsicht, sondern die Schädigungsabsicht als solche war die streitige und damit beweisbedürftige Tatsache (deren rechtliche Relevanz steht ausser Frage). Ob die tatsächlichen Umstände, welche die Vorinstanz aus den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Beweismitteln würdigte, einzeln oder insgesamt oder als solches gar nicht bestritten waren, ändert nichts daran, dass die Vorinstanz in einer Würdigung derselben, mithin einer eigentlichen Beweiswürdigung zu tatsächlichen Schlüssen bezüglich bestrittener tatsächlicher Fragen (Inkaufnahme der Schädigung anderer Gläubiger, Schädigungsabsicht) gelangte. Dabei ist dem angefochtenen Urteil auch nicht zu entnehmen, dass die Vorinstanz Tatsachenbehauptungen der Parteien aus rechtlichen Gründen als für die (tatsächliche) Frage der Schädigungsabsicht irrelevant erachtet hätte (wie die Beschwerdegegnerin geltend macht, KG act. 10 S. 12 Ziff. 30).

i) Die Beschwerdegegnerin wendet weiter ein, die Beschwerdeführerin habe weder die Beweismittel, auf welche sich die Vorinstanz gestützt haben sollte, noch

die beanstandete Passage im angefochtenen Urteil bezeichnet. Auf die entsprechende Rüge sei schon deshalb nicht einzutreten (KG act. 10 S. 17 Ziff. 40).

Demgegenüber erklärte die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in Erw. IV.B.III.2.1 auf den S. 21 ff. ihrer Erwägungen einzelne Behauptungen aus der Klageschrift zitiert und in der folgenden Erwägung auf S. 24 des angefochtenen Urteils einen Teil dieser Behauptungen gewürdigt und daraus den tatsächlichen Schluss auf die Schädigungsabsicht gezogen (KG act. 1 S. 11 Ziff. 33). Damit substantiierte sie ihre Rüge genügend. Der Einwand geht fehl.

k) Zusammenfassend traf die Vorinstanz mit den Erwägungen, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden, und dass die Voraussetzung der Schädigungsabsicht als erfüllt betrachtet werden müsse, tatsächliche Feststellungen. Die Beschwerdeführerin hatte die entsprechenden Behauptungen der Beschwerdegegnerin bestritten. Die Vorinstanz hätte über diese für sie relevanten umstrittenen Tatsachen ein durch einen Beweisauflassbeschluss zu eröffnendes (§ 136 ZPO) Beweisverfahren durchführen müssen (§ 133 ZPO). Demgegenüber traf sie in einer Würdigung einstweilen eingereichter Beweismittel und von Indizien (KG act. 2 S. 21 - 25 Erw. 2) tatsächliche Feststellungen. Das verletzt einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (ZR 95 [1996] Nr. 73). Da die Vorinstanz nicht unter Ablehnung jeglicher beweismässiger Abklärung allein aufgrund von Behauptungen entschieden hat, sondern in Würdigung eingereichter Beweismittel, ist im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdegegnerin (KG act. 10 S. 7 f. Ziff. 18 und 19, S. 18 Ziff. 43) nicht der bundesrechtliche Beweisführungsanspruch nach Art. 8 ZGB betroffen, sondern die kantonalrechtlich geregelte Art der Durchführung des Beweisverfahrens gemäss §§ 133 ff. ZPO (zur Abgrenzung vgl. ZR 95 Nr. 73 und ZR 106 [2007] Nr. 32). Das auf dieser Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes beruhende angefochtene Urteil ist im beantragten Umfang (KG act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 1) aufzuheben. Nachdem die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime erfolglos ist (vorstehend Erw. 2), muss bezüglich der streitigen Frage der Schädigungsabsicht ein ordnungsgemässes Beweisverfahren durch-

geführt werden. Die Sache ist demnach nicht spruchreif. Entgegen dem Antrag 2 der Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 2) ist deshalb kein neues Sachurteil durch das Kassationsgericht zu fällen, sondern die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen, d.h. zur Durchführung eines mit einem Beweisauflagebeschluss zu eröffnenden Beweisverfahrens, und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO). Über welche Tatsachenbehauptungen der Parteien Beweis zu erheben ist (KG act. 10 S. 13 Ziff. 31), wird die Vorinstanz vorab vor Erlass eines Beweisauflagebeschlusses zu prüfen haben. Dabei wird die Vorinstanz zum Erlass eines Beweisauflagebeschlusses auch die Position der Beschwerdeführerin zu prüfen haben, die Beschwerdegegnerin hätte substantiieren müssen, welche Organpersonen bei der SAirGroup im Zeitpunkt jeder einzelnen Zahlung eine Schädigungsabsicht mit entsprechendem Wissen und Willen gehabt hatten, die Beschwerdegegnerin habe aber keine solchen substantiierten Behauptungen aufgestellt.

4. Innerhalb ihrer Prüfung der Schädigungsabsicht erwog die Vorinstanz, die SAirGroup habe im Frühjahr 2001 ihren Liquiditätsengpass nur durch Kredite oder durch Veräusserung von Aktiven überbrücken können. Im März 2001 sei bekannt gewesen, dass nur bei Verlängerung der Banklinien für die nächsten sechs Monate genügend Liquidität vorhanden sein und selbst ein Kredit von Fr. 1 Mia. nicht genügen würde, um den Liquiditätsengpass zu lösen. Im Juli 2001 habe die SAirGroup ihre Liquidität praktisch nur über Fremdmittel sicherstellen können (KG act. 2 S. 25).

a) Die Beschwerdeführerin beanstandet auch diesbezüglich, dass die Vorinstanz darüber kein Beweisverfahren durchgeführt habe. Die Beschwerdeführerin habe im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass die Liquidität der SAirGroup auch ohne Beanspruchung des Milliardenkredits während der ganzen Zeit bis zum 11. September 2001 nicht nur auf sechs Monate hinaus, sondern auf mindestens ein Jahr hinaus gesichert gewesen sei. Bei ihrer Feststellung, dass der Liquiditätsengpass zu gross gewesen sei, als dass noch sämtliche Schulden bei Fälligkeit hätten bezahlt werden können, habe sich die Vorinstanz ausschliesslich auf vorläufig eingereichte Beweismittel gestützt, ohne den Parteien

mittels Beweisaufnahmebeschlusses die Möglichkeit zu eröffnen, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Damit habe sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1 S. 17 - 19).

b) Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, die vorinstanzlichen Feststellungen stützten sich auf Ausführungen der Beschwerdegegnerin, die von der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden seien. Insbesondere habe die Beschwerdeführerin nicht bestritten, dass der Kredit von Fr. 1 Mia. nicht ausgereicht hätte, um den Untergang der SAirGroup zu verhindern. Überdies habe die Beschwerdeführerin selber aus einem Protokoll einer Sitzung der Finanzkommission vom 17. März 2001 zitiert, dass für die nächsten sechs Monate nur dann genügend Cash ohne zusätzliche Massnahmen zur Verfügung stehe, wenn gewisse auslaufende Banklinien um drei bis vier Monate verlängert werden könnten, und dass ein Kredit von Fr. 1 Mia. nicht genüge, sondern dass weitere strukturelle Massnahmen zur Liquiditätsbeschaffung erforderlich seien. Damit habe die Beschwerdeführerin selber die entsprechenden Ausführungen zum Gegenstand ihrer Behauptungen gemacht. Diese hätten deshalb von der Vorinstanz als anerkannt betrachtet werden dürfen. Des weiteren habe die Beschwerdeführerin selber festgehalten, unbestritten sei, dass sich die SAirGroup in einer angespannten Liquiditätssituation befunden und mit einer hohen Verschuldung zu kämpfen gehabt habe. Die Beschwerdeführerin habe ausgeführt, das Hauptproblem des Konzerns sei bei der Liquidität gelegen; es sei insbesondere darum gegangen, den hohen Liquiditätsbedarf zu beseitigen. Die Vorinstanz habe diese Situation zu Recht als dramatische Liquiditätsproblematik zusammengefasst und sich diesbezüglich nicht auf vorläufig eingereichte Beweismittel gestützt. Schliesslich bestreite die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht den Liquiditätsengpass an sich, sondern führe lediglich aus, dass sie behauptet habe, die Liquidität sei bis zum 11. September 2001 auf mindestens ein Jahr hinaus gesichert gewesen. Wie lange die Liquidität noch zu welchem Zeitpunkt gesichert gewesen sei bzw. was die Beschwerdeführerin dazu gemeint habe, sei aber von der Vorinstanz gar nicht beurteilt worden. Die Vorinstanz habe ihr Urteil deshalb nicht auf streitige Tatsachen gestützt (KG act. 10 S. 18 - 20 Ziff. 44 - 47).

c) Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz an den Stellen, welche sie in der Beschwerde zitierte, ausgeführt, unbestritten sei, dass sich die Beschwerdegegnerin in einer angespannten Liquiditätssituation befunden und mit einer hohen Verschuldung zu kämpfen gehabt habe. Diese Probleme seien jedoch erkannt gewesen, und der Verwaltungsrat sei ihnen mit adäquaten Massnahmen begegnet, die dazu geführt hätten, dass die Going Concern-Prämisse immer habe aufrechterhalten werden können (HG act. 11 S. 90 Ziff. 328). Basierend auf den im März 2001 erhältlichen Angaben seien die Beschwerdeführerin und auch die Beschwerdegegnerin zum Schluss gekommen, dass die Fortführungsfähigkeit auf den Zeitraum von einem Jahr auch ohne Überbrückungskredit von Fr. 1 Mia. sichergestellt gewesen sei. Dieses Ergebnis habe die Beschwerdegegnerin im Hinblick auf die ordentliche Generalversammlung vom 25. April 2001 durch eine erneute Durchsicht des aktualisierten Liquiditätsplanes sowie in Gesprächen mit dem Finanzchef, dem Management sowie dem Konzernchef Mario Corti geprüft. Sie sei zum Schluss gekommen, dass sie an ihrer ursprünglichen Einschätzung habe festhalten können: Die Liquidität sei auf ein Jahr hinaus gesichert gewesen. Damit sei die Going Concern-Prämisse erfüllt gewesen (HG act. 11 S. 94 Ziff. 340 - 342, HG act. 33 S. 85 Rz 342).

Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen hatte die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz u.a. geltend gemacht, weder Verwaltungsrat noch die Geschäftsleitung der SAirGroup seien mindestens bis zum 11. September 2001 davon ausgegangen, die SAirGroup sei überschuldet. Mindestens bis zum 11. September 2001 sei die Going Concern-Prämisse somit immer erfüllt gewesen. Die Organe der SAirGroup seien davon ausgegangen, dass es ihnen gelingen werde, durch die getroffenen und geplanten Massnahmen die Liquidität zu sichern, den Konzern zu restrukturieren und allen Gläubigerforderungen nachzukommen. Alle massgebenden Organmitglieder der SAirGroup seien im gesamten Zeitraum, in dem die Zahlungen an die Beschwerdegegnerin erfolgt seien, davon ausgegangen, dass die SAirGroup nicht überschuldet sei und der Konzern ein positives Eigenkapital aufweise, dass ausreichende Liquidität vorhanden sei oder beschafft werden könne, dass die Forderungen aller Gläubiger im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit bezahlt werden könnten und dass die Going Concern-Prämisse erfüllt sei. Der SAirGroup sei es

bis zum 11. September 2001 immer möglich gewesen, alle fälligen Forderungen zu bezahlen und ihren fälligen Verpflichtungen nachzukommen (KG act. 2 S. 20).

Demnach hatte die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz geltend gemacht, die Liquidität sei - u.a. aufgrund verschiedener vorgeschlagener Massnahmen (Reduktion Nettoumlaufvermögen, Verzicht auf Investitionen und Akquisitionen, Vornahme von Devestitionen [Verkauf von Konzerngesellschaften und Beteiligungen], "Securitisations" von Flugzeugen, Kapitalbeschaffung über die Ausgabe von Vorzugsaktien [HG act. 11 S. 91 Ziff. 332]) - auf ein Jahr hinaus gesichert gewesen, und zwar ohne Milliardenkredit und ohne (zusätzliche) Fremdmittel. Einerseits bestritt die Beschwerdeführerin damit im Gegensatz zur Behauptung in der Beschwerdeantwort durch ihre gegenteiligen Darstellungen, dass der Milliardenkredit nicht ausgereicht hätte, um den Untergang der SAirGroup zu verhindern. Aus der Sitzung der Finanzkommission vom 17. März 2001 zitierte die Beschwerdeführerin nicht nur die Aussagen von Beat Lehmann, dass nur dann, wenn gewisse auslaufende Banklinien (Fr. 800 - 900 Mio.) um drei bis vier Monate verlängert werden könnten, für die nächsten sechs Monate genügend Cash "ohne zusätzliche Massnahmen" zur Verfügung stehe und dass die Finanzdelegation zum Schluss gekommen sei, dass ein Kredit von Fr. 1 Mia. nicht genüge, sondern dass weitere strukturelle Massnahmen zur Liquiditätsbeschaffung erforderlich seien; vielmehr zitierte die Beschwerdeführerin auch entsprechende empfohlene Massnahmen (Securitization, weitere Bilanzmassnahmen, mögliche Massnahmen zur Liquiditätsbeschaffung wie Verkauf von Liegenschaften, von Wertpapieren im Umlaufvermögen, von strategisch nicht relevanten Beteiligungen etc. [HG act. 11 S. 25 f.]). Zusammen mit der eigenen Behauptung, die Liquidität sei für den Zeitraum von einem Jahr auch ohne Überbrückungskredit von Fr. 1. Mia. (und ohne zusätzlichen Fremdmittel) sichergestellt gewesen, beinhalten diese Zitate keine Anerkennung der gerügten vorinstanzlichen Feststellungen. Die Vorinstanz stellte im Gegensatz zu den Behauptungen der Beschwerdeführerin fest, dass selbst ein Kredit von Fr. 1 Mia. nicht genügt hätte, um den Liquiditätsengpass zu lösen, dass die SAirGroup die Liquidität praktisch nur über Fremdmittel habe sicherstellen können und dass "die SAirGroup" (Bedeutung: deren Organe) das gewusst hätten. Diese Feststellungen zu bestrittenen Tatsachen traf die Vorinstanz

aufgrund einer Würdigung von im Hauptverfahren eingereichten Beweismitteln (KG act. 2 S. 21 - 24). Das war unzulässig (vgl. bereits die diesbezüglichen Erläuterungen in der vorstehenden Erwägung 3.k). Auch zu dieser umstrittenen Thematik - Liquiditätslage der SAirGroup vor dem 11. September 2001 und/oder Wissen der Organe darüber - wird die Vorinstanz ein durch einen Beweisaufgabenbeschluss zu eröffnendes Beweisverfahren durchführen müssen.

5. Als willkürliche Beweiswürdigung rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz festgestellt habe, der Liquidationsengpass der SAirGroup sei so dramatisch gewesen, dass der Verwaltungsrat in Kauf genommen haben müsse, dass eine gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger nicht mehr möglich sei (KG act. 1 S. 19 Ziff. 57). Die Beschwerdeführerin habe dargetan, dass sowohl sie als auch KPMG als ihre Nachfolgerin als Revisionsstelle und Konzernprüferin mit dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung (der SAirGroup) zum Ergebnis gelangt seien, dass die Fortführungsfähigkeit gegeben sei, weil die Liquidität auf mindestens ein Jahr hinaus gesichert sei (KG act. 1 S. 20 Ziff. 58). Ohne sich damit auseinanderzusetzen, scheine die Vorinstanz demgegenüber einfach aus dem hohen Liquiditätsbedarf sowie aus dem Eintritt der Nachlassstundung an und für sich auf eine bereits vorher nicht ausreichend vorhandene Liquidität zu schliessen. Für den Schluss auf eine Schädigungsabsicht müsste erstellt sein, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates erkannt hätten, dass die Liquidität entgegen den Informationen, die der Verwaltungsrat erhalten habe, nicht ausreichen würde. Auch dazu habe sich die Vorinstanz nicht geäussert (KG act. 1 S. 20 f. Ziff. 59). Überdies sei die kantonale Begründungspflicht verletzt, weil jeder nachvollziehbare Schluss von den im Urteil aufgezählten teilweise bestrittenen angeblichen Tatsachen auf das Beweisergebnis "Absicht der Organe" fehle (KG act. 1 S. 21 Ziff. 62).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet dazu ein, die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, für ihre Rüge eine konkrete Textpassage im vorinstanzlichen Urteil zu bezeichnen. Deshalb sei auf die Rüge nicht einzutreten (KG act. 10 S. 20 Ziff. 49). Zudem habe die Vorinstanz gar keine Beweiswürdigung vorgenommen. Entsprechend könne auch keine willkürliche Beweiswürdigung erfolgt sein (KG

act. 10 S. 20 Ziff. 50). Die Beurteilung, ob aufgrund der unbestrittenen Tatsachen die Voraussetzungen eines Eventualvorsatzes (als genügende Schädigungsabsicht) erfüllt worden seien, sei rechtlicher und nicht tatsächlicher Natur (KG act. 10 S. 21 Ziff. 52). Die Begründungspflicht sei nicht verletzt, weil die Ausführungen der Vorinstanz nachvollziehbar seien und in Aufbau, Logik und Argumentation der Begründung des Bundesgerichts in BGE 134 III 452, 462 f. Erw. 7 folgten (KG act. 10 S. 21 Ziff. 53). Schliesslich könne vorliegend auch die Verletzung der Begründungspflicht beim Bundesgericht gerügt werden und sei deshalb eine solche Rüge im kantonalen Beschwerdeverfahren unzulässig (KG act. 10 S. 21 f. Ziff. 54).

b) Das angefochtene Urteil ist bereits wegen der Verletzung der kantonalrechtlichen prozessualen Beweisverfahrensregeln aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zur Durchführung eines förmlichen Beweisverfahrens zurückzuweisen (vorstehend erw. 3). Erst nach Durchführung eines solchen ist eine neue Beweiswürdigung vorzunehmen und sind aufgrund einer solchen Tatsachen festzustellen. Die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung ist deshalb obsolet, und es braucht nicht darüber befunden zu werden. Immerhin kann aber im Hinblick auf den neu zu fällenden Entscheid der Vorinstanz und eine allfällige neue Nichtigkeitsbeschwerde auf Folgendes hingewiesen werden:

c) Die Beschwerdeführerin substantiierte genügend, welche vorinstanzlichen Erwägungen sie hierunter beanstandet und an welcher Stelle sich diese im angefochtenen Urteil befinden (KG act. 1 S. 19 Ziff. 57 i.V. mit S. 11 f. Ziff. 33). Dieser Aspekt stände einem Eintreten auf die Rüge nicht entgegen. Zur Frage der Tatsachenfeststellungen und der Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen. Die Beschwerdeführerin rügte die Verletzung der Begründungspflicht im Zusammenhang mit tatsächlichen Feststellungen. Dies ist als Bestandteil der Beweiswürdigung und der Tatsachenfeststellung im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen, wenn auch eher ebenfalls als Frage der willkürlichen tatsächlichen Feststellung denn als Verletzung der Begründungspflicht.

Abgesehen von der offenen und mittels Beweisverfahrens zu beantwortenden Frage der Liquiditätslage der SAirGroup und ihrer allgemeinen finanziellen Lage zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen und der umstrittenen tatsächlichen Kenntnis der für die Zahlungen an die Beschwerdeführerin zuständigen Organe der SAirGroup über diese wirtschaftliche Situation erscheint die vorinstanzliche Feststellung, in Anbetracht des Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden, insofern als kurzschlüssig, als das Wissen um eine schlechte finanzielle Lage weder als solches schon ein Wissen um die ernsthafte Möglichkeit einschliesst, dass nicht mehr alle Gläubiger befriedigt werden könnten, noch das fehlende Vertrauen darauf, dass dies nicht passiert (sondern eben die Inkaufnahme dieses als ernsthaft möglich erkannten Umstandes).

Zwar ist auch diesbezüglich nicht zu verkennen, dass das Handelsgericht im Wesentlichen die Beurteilung des Bundesgerichts aus dem BGE 134 III 452, S. 463 Erw. 7.4 übernommen hat. Es ist indes nicht bekannt, was für Behauptungen die Parteien zur Schädigungsabsicht der (Organe der) SAirGroup in tatsächlicher Hinsicht in dem vom Bundesgericht beurteilten Verfahren vorgebracht bzw. nicht vorgebracht hatten. Die schlechte finanzielle Lage und das Wissen der Organe um eine solche Lage sind Indizien für das Vorliegen einer Schädigungsabsicht. Im vorliegenden Verfahren behauptete die Beschwerdeführerin allerdings Umstände, welche das Gegenteil indizieren sollen. So behauptete sie, der Verwaltungsrat sei (bis zum 11. September 2001) jederzeit von der Fortführungsfähigkeit (Erfüllung der Going Concern-Prämisse) und auf ein Jahr gesicherter Liquidität ausgegangen (vgl. KG act. 2 S. 20, vorstehend Erw. 4.c). Ohne Auseinandersetzung mit diesen Behauptungen bzw. behaupteten Gegenindizien und ggfs. ohne Abklärung derselben insbesondere durch Befragung der den zuständigen Organen angehörenden Personen über ihr Wissen, ihre Zukunftsannahmen (unter Konfrontation mit den Tatsachen) und ihre Beweggründe bei den Zahlungen an die Beschwerdegegnerin darf nicht einfach aufgrund eines Wissens um die schlechte finanzielle Lage davon ausgegangen werden, die zuständigen Organe der SAirGroup hätten ernsthaft mit der Möglichkeit gerechnet, durch die

Zahlungen an die Beschwerdeführerin könnten andere Gläubiger geschädigt werden, und eine solche Schädigung (wenn auch nicht direkt gewollt, so doch) billigend in Kauf genommen.

6. Die Beschwerdeführerin bringt auch im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage der Erkennbarkeit einer Schädigungsabsicht verschiedene Rügen vor (KG act. 1 S. 21 - 27). Die Frage der Erkennbarkeit stellt sich nur bzw. erst, wenn überhaupt eine Schädigungsabsicht der SAirGroup feststeht. Da dies entsprechend den vorstehenden Erwägungen erst noch mittels eines Beweisverfahrens abgeklärt, die Beschwerde schon deshalb gutgeheissen und die Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückgewiesen werden muss und das Ergebnis offen ist, braucht auf die Rügen im Zusammenhang mit der Frage der Erkennbarkeit nicht eingegangen zu werden. Immerhin kann auch in diesem Zusammenhang im Hinblick auf den neuen Entscheid und eine allfällige neue Nichtigkeitsbeschwerde Folgendes festgehalten werden:

6.1. Die Beschwerdegegnerin wendet zu Recht ein, dass die Frage der Erkennbarkeit als solche eine Frage der Anwendung des Bundesrechts ist (KG act. 10 S. 5 Ziff. 10 mit Verweisung auf Kass.-Nr. AA080014 vom 22.12.2008 Erw. II.5.b mit weiteren Hinweisen). Darauf bzw. auf diesbezügliche Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Das gilt auch für die Frage, welche tatsächlichen Behauptungen dafür relevant und abzuklären sind. Auf die allgemeine Rüge, die Vorinstanz habe diese Frage gestützt auf die Würdigung von Indizien und auf vorläufig eingereichte Beweismittel beantwortet, ohne ein Beweisverfahren durchzuführen (KG act. 1 S. 24 Ziff. 70 - 72), könnte deshalb nicht eingetreten werden.

6.2. Hingegen wäre grundsätzlich auf gegen vorinstanzliche Tatsachenfeststellungen gerichtete Rügen einzutreten, auch wenn sich diese tatsächlichen Feststellungen in den Erwägungen zur Erkennbarkeit finden. Dies trifft auf die vorinstanzliche Erwägung zu, der Liquiditätsengpass habe (nach dem Rücktritt der Beschwerdeführerin als Revisionsstelle) die Existenz der SAirGroup bedroht (KG act. 2 S. 33 zweiter Absatz; zur Rüge vgl. KG act. 1 S. 24 f., S. 26 Ziff. 79). Dazu

kann auf die vorstehenden Erwägungen zur Frage der Liquidität verwiesen werden (vorstehend Erw. 4).

7. Die Beschwerdegegnerin hatte die Rückerstattung verschiedenster Zahlungen der SAirGroup an die Beschwerdeführerin im Totalbetrag von Fr. 3'218'401.60 verlangt (KG act. 2 S. 7 - 9), darunter einer Zahlung von Fr. 46'000.-- vom 17.7.2001 mit Rechnungsdatum vom 23.3.2001 (KG act. 2 S. 8 Pos. 12). Bezüglich dieser Zahlung hat die Vorinstanz erwogen, die Beschwerdeführerin habe in der Klageantwort bestritten, diese Zahlung erhalten zu haben. Nachdem die Beschwerdegegnerin die entsprechende Rechnung vom 23. März 2001 eingereicht habe, habe die Beschwerdeführerin in der Duplik ausgeführt, dass sie nun einen Zahlungseingang habe feststellen können. Die Rechnung betreffe jedoch - so die Behauptung der Beschwerdeführerin gemäss Vorinstanz - Leistungen im Zusammenhang mit der Revisionstätigkeit; die Gleichwertigkeit dieser Leistungen (mit der Zahlung dafür) stehe ausser Frage. Dazu erwog die Vorinstanz, dieser Einwand betreffe die Gläubigerschädigung und werde nachstehend unter Ziff. IV.B.II.2.1. ff. behandelt (KG act. 2 S. 10 Erw. 3.1).

7.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe an der Stelle, auf welche sie in der vorzitierten Erwägungen verwiesen habe, ausgeführt, dass es bei der Zahlung von Revisionsdienstleistungen an der Schädigungsabsicht der SAirGroup gefehlt habe. In der Folge habe sie aber offenbar versehentlich den Betrag von Fr. 46'000.-- dabei nicht berücksichtigt und die Klage gleichwohl auch in diesem Umfang gutgeheissen (KG act. 1 S. 27 f.).

7.2. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Vorinstanz habe sich in der Erw. 3.1 auf S. 10 des angefochtenen Urteils (zur Zahlung von Fr. 46'000.--) nicht auf die Frage der Schädigungsabsicht, sondern auf die Frage der Gleichwertigkeit/Gläubigerschädigung bezogen (KG act. 10 S. 26 Ziff. 69). Auf S. 13 des angefochtenen Urteils habe die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung verworfen, dass die Zahlung von Revisionsleistungen keine objektive Gläubigerschädigung habe darstellen können. Damit sei die Frage auch bezüglich der Fr. 46'000.-- beantwortet gewesen (KG act. 10 S. 26 f. Ziff. 70). Die Qualifikation der Leistungen der Beschwerdeführerin als Revisionsleistungen oder

nicht sei eine Rechtsfrage (KG act. 10 S. 28 Ziff. 73, Ziff. 75). Bei den Leistungen, welche mit der Zahlung von Fr. 46'000.-- entschädigt worden waren, habe es sich nicht um Revisionsleistungen gehandelt (KG act. 10 S. 28 f. Ziff. 75 f.). Die Vorinstanz habe die Zahlung von Fr. 46'000.-- unter die "übrigen Leistungen" der Beschwerdeführerin als reine Beratungsdienstleistungen subsumiert (KG act. 10 S. 29).

7.3. Nach dem Hinweis, der Einwand der Beschwerdeführerin (die Zahlung von Fr. 46'000.-- betreffe Leistungen im Zusammenhang mit der Revisionsstätigkeit, womit die Gleichwertigkeit dieser Leistungen ausser Frage stehe) betreffe die Gläubigerschädigung und werde nachstehend unter Ziff. IV.B.II.2.1. ff. behandelt, ging die Vorinstanz unter diesen Erwägungen ("2.1. Leistungen der Beklagten in direktem Zusammenhang mit ihrer Funktion als Revisionsstelle der SAirGroup" [KG act. 2 S. 12 - 18] und "2.2. Übrige Leistungen der Beklagten" [KG act. 2 S. 18]) nicht mehr auf diese Zahlung von Fr. 46'000.-- ein. Eine Qualifikation - welche Frage tatsächlich eine Rechtsfrage ist - als "übrige Leistung" geht daraus nicht hervor (ebensowenig wie eine Qualifikation als Revisionsleistung). Tatsächlich scheint eine diesbezügliche Behandlung der Zahlung von Fr. 46'000.-- (als Prüfung, ob es sich dabei um eine Revisionsleistung oder eine übrige Leistung gehandelt hatte) untergegangen zu sein. Da das angefochtene Urteil ohnehin aus einem andern Grund aufgehoben werden muss, kann dies aber offengelassen werden. Die Vorinstanz wird im neuen Urteil Gelegenheit haben, explizit zu erklären, ob diese Zahlung von Fr. 46'000.-- Revisionsdienstleistungen oder übrige Leistungen betrifft, wenn dieser Unterschied auch für das neue Urteil weiterhin relevant sein sollte.

7.4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe die Behauptung, mit dieser Zahlung von Fr. 46'000.-- seien Leistungen im Zusammenhang mit der Revisionsstätigkeit bezahlt worden, nicht bestritten. Deshalb (und, sinngemäss, weil diese Zahlung daher unter die Leistungen falle, bezüglich welcher die Vorinstanz eine Rückforderung ausschloss) sei die Klage in diesem Umfang durch das Kassationsgericht mit einem eigenen diesbezüglichen Sachentscheid ohne weiteres abzuweisen (KG act. 1 S. 28 Ziff. 87 f., S. 2 Anträge

Ziff. 3.b). Die Vorinstanz scheint diese Frage tatsächlich gar nicht entschieden zu haben. Es liegt nicht am Kassationsgericht, dies quasi erstinstanzlich zu tun. Die Klage ist deshalb auch diesbezüglich nicht vom Kassationsgericht abzuweisen, sondern die Vorinstanz wird sich nach der Rückweisung darüber explizit zu äussern haben.

8. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie habe vor Vorinstanz ausgeführt, die SAirGroup habe die Grundlagen für ihre Liquiditätsplanung durch die Beschwerdeführerin aufarbeiten lassen, indem sie ihr den Auftrag erteilt habe, im "Financial Exposure Report" die anstehenden finanziellen Verpflichtungen vollständig zu erfassen. Ferner habe die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz ausgeführt, dass der "Financial Exposure Report" auch Grundlage für eine Prüfung der Going Concern-Prämisse gebildet habe. Das Total der entsprechenden Leistungen betrage Fr. 812'250.--. Ferner habe sie vor Vorinstanz ausgeführt, dass die Unterstützung der SAirGroup bei der Implementation des Rechnungslegungsstandards IAS 39 eine notwendige Voraussetzung für eine gesetzeskonforme Rechnungslegung gewesen sei. Das Total dieser Leistungen betrage Fr. 175'250.--. Diese Leistungen seien Voraussetzungen gewesen dafür, dass sie ihre Aufgabe als Revisionsstelle überhaupt habe erfüllen können. Damit gehörten diese Leistungen zu den Revisionsdienstleistungen. Diese Vorbringen zur Qualifikation dieser Leistungen und zu deren Notwendigkeit für die Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung seien von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten worden. Gleichwohl habe die Vorinstanz diese Leistungen nicht als Revisionsdienstleistungen, sondern als reine Beraterdienstleistungen qualifiziert und damit die Verhandlungsmaxime verletzt, indem sie ihrem Urteil Tatsachen zugrunde gelegt habe, die nicht behauptet worden seien, nämlich dass die entsprechenden Leistungen nicht mit der Revision im Zusammenhang gestanden seien (KG act. 1 S. 29 f.).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Qualifikation einer bestimmten Leistung als Revisionsleistung oder als übrige Leistung sei keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage. Darauf finde die Verhandlungsmaxime keine Anwendung (KG act. 10 S. 30 f. Ziff. 80).

b) Dies trifft an sich zu. Die Beschwerdeführerin macht indes nicht geltend, die Qualifikation der Leistungen verletze die Verhandlungsmaxime, sondern das Abstellen auf nicht behauptete Tatsachen, nämlich dass die entsprechenden Leistungen nicht mit der Revision in Zusammenhang gestanden seien.

c) Diesbezüglich erklärt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe vor Vorinstanz gar keinen direkten Zusammenhang der entsprechenden Leistungen mit der Revisionstätigkeit behauptet. Im Gegenteil habe die Beschwerdeführerin selber zwischen Revisionsarbeiten, Beratung bei der Rechnungslegung, Beratung im Zusammenhang mit EDV-Projekten und Steuerberatung unterschieden und die Unterstützung bei der Implementation des Standards IAS 39 und die Erstellung des Financial Exposure Reports ausdrücklich (nicht den Revisionsarbeiten, sondern) der Beratung bei der Rechnungslegung zugewiesen. Die Verhandlungsmaxime sei nicht verletzt (KG act. 10 S. 31 Ziff. 81 f.).

d) Auch dieser Einwand ist richtig. Die Beschwerdeführerin erklärte vor Vorinstanz, sie habe im Wesentlichen vier Kategorien von Dienstleistungen erbracht, nämlich Revisionsarbeiten, Beratung bei der Rechnungslegung, Beratung im Zusammenhang mit EDV-Projekten und Steuerberatung (HG act. 11 S. 97 Ziff. 351). Die Implementation des Standards IAS 39 und den Financial Exposure Report machte sie als Beratung bei der Rechnungslegung geltend (HG act. 11 S. 99 - 101 Ziff. 357 - 362). Die Vorinstanz unterschied zwischen Leistungen der Beschwerdeführerin in direktem Zusammenhang mit ihrer Funktion als Revisionsstelle der SAirGroup (KG act. 2 S. 12 Erw. 2.1) und übrigen Leistungen (KG act. 2 S. 18 Erw. 2.2). Unter den Leistungen der Beschwerdeführerin in direktem Zusammenhang mit ihrer Funktion als Revisionsstelle führte sie die Leistungen auf (KG act. 2 S. 15 Erw. 2.1.4), welche die Beschwerdeführerin unter dem Titel "Revisionsarbeiten" aufgeführt hatte (HG act. 11 S. 98 f. Ziff. 354 f.). Unter den übrigen Leistungen führte sie alle anderen auf (KG act. 2 S. 18 Erw. 2.2), welche die Beschwerdeführerin als Beratung bei der Rechnungslegung (IAS 39 Implementation, Financial Exposure Report; HG act. 11 S. 99 - 101 Ziff. 357 - 361), Beratung im Zusammenhang mit EDV-Projekten (HG act. 11 S. 101 f. Ziff. 363 - 370) und Steuerberatung (HG act. 11 S. 102 f. Ziff. 371 f.) geltend

gemacht hatte. Von einer Verletzung der Verhandlungsmaxime kann somit keine Rede sein. Ob die Subsumtion richtig ist oder nicht, ist eine Rechtsfrage, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann (vorstehend Erw. 3.b).

9. Die Vorinstanz erwog, mit Schreiben vom 16. März 2001 habe die Beschwerdeführerin der Finanzdelegation des Verwaltungsrates der SAirGroup mitgeteilt, dass sie aufgefordert worden sei, die Angemessenheit der Annahme eines Going Concern zu prüfen ("we are required to consider the appropriateness of the going concern assumption adopted in the preparation of the financial statement") (KG act. 2 S. 30 f.).

a) Die Beschwerdeführerin bezeichnet das als willkürliche tatsächliche Annahme. Gemäss korrekter Übersetzung habe sie erklärt, sie sei verpflichtet, die Angemessenheit der Going Concern-Prämisse zu überprüfen (KG act. 1 S. 31 Ziff. 100 f.).

b) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Beschwerdeführerin unterlasse es darzulegen, inwiefern sich die behauptete falsche Übersetzung zu ihrem Nachteil ausgewirkt habe. Die Willkürüge sei schon deshalb unbeachtlich (KG act. 10 S. 32 Ziff. 83). Dieser Einwand ist berechtigt.

10. Als Verletzung klaren materiellen Rechts rügt die Beschwerdeführerin eine vorinstanzliche Rechtsauffassung, dass es nicht zu den gesetzlichen Aufgaben der Revisionsstelle gehöre, die Going Concern-Prämisse zu prüfen (KG act. 1 S. 31 f. Ziff. 100 - 102) und dass die Vorinstanz die Leistungen im Zusammenhang mit dem Financial Exposure Report und der Implementierung des Standards IAS 39 nicht als Revisionsleistungen berücksichtigte (KG act. 1 S. 32 Ziff. 102 f.). Die Beschwerdegegnerin wendet zu Recht ein, dass die Rüge der Verletzung von Bundesrecht im vorliegenden Verfahren nicht zulässig ist (vgl. vorstehend Erw. 3.b) und auf diese Rüge deshalb nicht eingetreten werden könne (KG act. 10 S. 32 f. Ziff. 85). Dies gilt auch bezüglich der in Ziff. 106 f. der Beschwerde vorgetragenen Rüge (KG act. 1 S. 33). Die Frage der Qualifikation der Leistungen der Beschwerdeführerin ist eine Rechtsfrage und keine Beweisfrage.

Die Vorinstanz nahm die Subsumtion unter Leistungen im direkten Zusammenhang mit dem Mandat der Beschwerdeführerin als Revisionsstelle bzw. unter übrige Leistungen nicht gestützt auf (vorläufig eingereichte) Beweismittel vor, sondern aufgrund rechtlicher Erwägungen. Auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 3.b).

11. Zusammenfassend beruht die angefochtene vorinstanzliche Gutheissung der Klage, d.h. die der Beschwerdeführerin damit auferlegte Verpflichtung, der Beschwerdegegnerin Fr. 2'560'124.05 zu bezahlen, auf ohne Durchführung eines Beweisverfahrens unzulässigen tatsächlichen Feststellungen. Antragsgemäss müssen deshalb Dispositiv Ziffer 1 Abs. 1 und damit auch die davon abhängigen Dispositiv Ziffern 2 - 4 des angefochtenen Urteils aufgehoben werden. Im Gegensatz zu den weiteren Anträgen der Beschwerdeführerin ist aber kein eigenes Sachurteil durch das Kassationsgericht zu fällen. Der Antrag, die Klage sei im Umfang von Fr. 2'560'624.05 abzuweisen (KG act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 2), basiert auf der Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 10 Ziff. 29 i.V. mit S. 13 - 16 Ziff. 39 - 48). Diese Rüge geht indes fehl (vorstehend Erw. 2). Das Verfahren ist bezüglich der Forderung der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin sei zur Zahlung von Fr. 2'560'624.05 an sie zu verpflichten, nicht spruchreif. Vielmehr muss - sollten dazu genügend substantiierte streitige Behauptungen vorliegen (vgl. vorstehend Erw. 3.h), was vorab die Vorinstanz zu prüfen und zu entscheiden hat - ein ordentliches, durch einen Beweisaufhebungsbeschluss zu eröffnendes Beweisverfahren durchgeführt werden, und die Sache ist dazu an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bezüglich dem Antrag, die Klage sei im Umfang von Fr. 46'000.-- abzuweisen (KG act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 3.b), wird die Vorinstanz erstinstanzlich darüber entscheiden müssen (wenn sie die Klage nicht bereits aus andern Gründen auch bezüglich dieser Fr. 46'000.-- abweist), ob die Leistungen, welche der entsprechenden Honorarzahlung zugrunde lagen, unter in direktem Zusammenhang mit der Funktion der Beschwerdeführerin als Revisionsstelle der SAirGroup stehende Leistungen (KG act. 2 S. 12 ff. Erw. 2.1) oder unter übrige Leistungen (KG act. 2 S. 18 Erw. 2.2) zu subsumieren sind. Der Antrag, die Klage sei im Umfang vom Fr. 175'250.-- und Fr. 812'250.-- durch das Kassationsgericht abzuweisen (KG act. 1 S. 2 Anträge

Ziff. 3.b), basiert auf Rügen (KG act. 1 S. 11 Ziff. 31, S. 30 - 33 Ziff. 99 - 104), die fehl gehen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann (vorstehend Erw. 8 - 10).

12. Mit dem vorliegenden Beschluss entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung (KG act. 4 S. 2 Ziff. 5). Dies hat keine Bedeutung im Umfang, in welchem das angefochtene Urteil aufgehoben wird, da mit der Aufhebung das vorinstanzliche Verfahren in den Stand vor Erlass des angefochtenen Urteils versetzt wird. Hingegen wird das angefochtene Urteil in dem Umfang, in dem es nicht aufgehoben wird (Dispositiv Ziff. 1 zweiter Absatz; KG act 2 S. 35: Abweisung der Klage im Fr. 2'560'124.05 übersteigenden Betrag), rechtskräftig (vorbehältlich einer diesbezüglichen Beschwerde ans Bundesgericht).

III.

Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung von Dispositiv Ziffer 1 Abs. 1 sowie Dispositiv Ziffern 2 - 4 des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage im Umfang von Fr. 2'560'124.05 (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragte die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (KG act. 10 S. 2). Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrem Antrag auf Aufhebung. Hingegen unterliegt sie mit ihrem Antrag auf Klageabweisung. Dabei war der Antrag auf Klageabweisung nicht als blosser Unter-Antrag für den Fall eines eigenen Sachentscheides des Kassationsgerichts gestellt worden, sondern als eigentlicher Hauptantrag (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin unterliegt und obsiegt in umgekehrter Weise. Entsprechend diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von § 64 Abs. 2 ZPO beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Entsprechend sind die Prozessentschädigungen gegenseitig wettzuschlagen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen

gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden der erste Absatz von Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2008 sowie die Dispositiv Ziffern 2 - 4 dieses Urteils aufgehoben, und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
 2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 46'000.--.
 3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
 4. Die Prozessentschädigungen für das Beschwerdeverfahren werden wettgeschlagen.
 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. 2'560'124.--.
- 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: