



---

Kass.-Nr. AA090173-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichterin Sylvia Frei, Präsidentin i.V., der Ersatzrichter Karl Schroeder, die Ersatzrichterin Doris Farner, die Ersatzrichter Pius Huber und Mathis Zimmermann sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 25. April 2011**

in Sachen

1. **Bank X. (vormals Bank XY.)**,

Beklagte 1 und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

2. **...**,

gegen

### **SAirGroup in Nachlassliquidation**,

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

betreffend

**paulianische Anfechtung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2009 (HG050370/U/ei)**

## **Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

### **I.**

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

### **II.**

1. Am 11. Juli 2001 unterzeichneten die SAirGroup einerseits, die Bank A., die Bank XY. sowie die Bank B. andererseits ein "1'000'000'000 Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement" ("Milliardenkredit"; KG act. 2 [= angefochtenes Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2009] S. 2). Die Bank X. (Beschwerdeführerin, vormals Bank XY.) und die Bank A. übernahmen gemäss diesem Vertrag die Rolle von "Joint Arrangers", die Beschwerdeführerin zusätzlich diejenige eines "Facility Agent" (KG act. 2 S. 2).

Am 28. Mai 2001 forderte die Beschwerdeführerin namens der "Joint Arrangers" die Bezahlung der ersten Tranche einer sog. "Upfront Fee" im Umfang von Fr. 1 Mio., am 24. Juli 2001 die zweite Tranche von Fr. 3'750'000.-- sowie eine "Agency Fee" von Fr. 20'000.--. Die SAirGroup (Beschwerdegegnerin) hat die beiden Tranchen der "Upfront Fee" wie auch die "Agency Fee" am 29. Mai 2001 bzw. am 3. August 2001 an die Beschwerdeführerin überwiesen, welche die "Upfront Fee" jeweils zu je einem Drittel an die Bank A. und an die Bank B. weiterleitete (KG act. 2 S. 2).

Am 5. Oktober 2001 wurde der Beschwerdegegnerin die Nachlassstundung bewilligt (KG act. 2 S. 8 mit Verweisung auf HG act. 4/16).

2. Am 21. November 2005 reichte die Beschwerdegegnerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich unter Beilage einer Weisung vom 11. August 2005 (HG act. 3A) eine paulianische Anfechtungsklage gegen die Beschwerdeführerin (und gegen die Bank A.) ein. Damit verlangte sie, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 1'603'333.-- zu bezahlen (HG act. 1 S. 2), und zwar als (teilweise) Rückerstattung der bezahlten "Upfront Fees" und der "Agency Fee" im Sinne von Art. 288 SchKG (HG act. 1 S. 12 f., S. 96 f.).

3. Mit Urteil vom 3. November 2009 verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin Fr. 1'603'333.-- nebst Zins zu bezahlen (KG act. 2 S. 38 Dispositiv Ziffer 1). Ferner verpflichtete das Handelsgericht mit dem gleichen Urteil die Bank A., der Beschwerdegegnerin Fr. 1'583'333.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 38 Dispositiv Ziff. 2).

4. Gegen dieses handelsgerichtliche Urteil reichte die Beschwerdeführerin beim Kassationsgericht rechtzeitig (HG act. 61B; KG act. 1) eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein. Damit beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Rückweisung der Sache an das Handelsgericht zur Neuurteilung und die Streichung verschiedener Feststellungen und Erwägungen im angefochtenen Urteil (KG act. 1 S. 2 - 4). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 4) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 Ziff. 5). Die ihr nach § 75 ZPO ZH auferlegte Prozesskaution von Fr. 56'000.-- (KG act. 5 Ziff. 4) leiste-

te die Beschwerdeführerin innert Frist (KG act. 6/1, act. 11). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 7). Mit ihrer (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 6/2, act. 12) Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit überhaupt darauf einzutreten sei (KG act. 12). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 13). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

### III.

1. Die Beschwerdeführerin rügt vorab, die Vorinstanz habe festgestellt, sie, die Beschwerdeführerin, habe nach dem 3. August 2001 keine Agenten-Leistungen mehr erbracht. Diese Feststellung sei aktenwidrig, willkürlich und unter Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze zustande gekommen (KG act. 1 S. 15).

a) Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Agency Fee", gemäss einem "Agency Fee Letter" vom 11. Juli 2001 sei durch die Beschwerdegegnerin die Zahlung von jährlichen "Agency Fees" im Umfang von Fr. 20'000.-- an die Beschwerdeführerin geschuldet gewesen. Die erste dieser Zahlungen sei drei Tage nach dem 11. Juli 2001 zu leisten gewesen (KG act. 2 S. 12). Der Betrag von Fr. 20'000.-- sei durch die Beschwerdegegnerin jedoch erst am 3. August 2001 und damit nach Fälligkeit und Unterzeichnung des Milliarden-Kreditvertrages überwiesen worden. Weder das "Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement" noch der "Agency Fee Letter" definierten die Leistungen, welche mit der Bezahlung der "Agency Fee" hätten abgegolten werden sollen. Im "Agency Fee Letter" werde lediglich erwähnt, dass es sich um eine "administrative agency Fee" (das heisse - so die Vorinstanz - eine Verwaltungsgebühr im Zusammenhang mit der Agententätigkeit) handle. Die administrativen Leistungen eines Agenten bzw. dessen Bereitschaft, als Agent zu handeln, würden notorischerweise vor Unterzeichnung eines Vertrages erbracht. Es sei nicht ersichtlich, weshalb es im vorliegenden Fall anders sein solle. Die Beschwerdeführerin

unterlasse in ihren Rechtsschriften Ausführungen darüber, dass sie ihre Bemühungen als Agentin vollständig bzw. teilweise erst nach Bezahlung der "Agency Fee" erbracht habe. Zudem handle es sich bei den behaupteten Arbeiten, bezüglich welcher die Beschwerdeführerin geltend mache, dass sie die Gegenleistung zur "Upfront Fee" und zur "Agency Fee" darstellen würden, zum einen um Leistungen, welche nicht im Zusammenhang mit der administrativen Tätigkeit eines Agenten ständen, und zum anderen um Leistungen, welche selbst nach Darstellung der Beschwerdeführerin vor Überweisung der "Agency Fee" vom 3. August 2001 erbracht worden seien. Es beständen somit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin ihre geltend gemachten Leistungen ganz oder teilweise nach dem 3. August 2001 erbracht habe. Anderes werde von der Beschwerdeführerin nicht behauptet und sei aus den Akten auch nicht ersichtlich. Daran ändere nichts, dass der "Agency Fee Letter" grundsätzlich Vorauszahlung vorschreibe, komme es doch auf die realen Umstände und nicht auf den Wortlaut einer Vereinbarung an (KG act. 1 S. 13 f.).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, entgegen diesen vorinstanzlichen Erwägungen habe sie in ihren Rechtsschriften dargelegt, dass sie die für die "Agency Fee" geschuldeten Gegenleistungen auch nach Erhalt der Zahlung vom 3. August 2001 erbracht habe. So habe sie in der Duplik ausgeführt, dass mit der "Upfront Fee" und "Agency Fee" die folgenden Aufwendungen vergütet werden sollten: Ausführliche Risikoanalysen über den Kreditnehmer, Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien der Kreditfazilität sowie zwischen Kreditgebern untereinander, Koordination unter den verschiedenen Kreditgebern, Ausarbeitung von Offerten, "Termsheets" und der Kreditfazilität, fortlaufende Überprüfung des Kreditnehmers mit Blick auf die Erfüllung der "Conditions Precedent" (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 41 mit Verweisung auf HG act. 53 Ziff. 32). Insbesondere bei der Koordination unter den verschiedenen Kreditgebern handle es sich um eine vertragstypische administrative Leistung des "Facility Agenten" als Vertreter der "Joint Arrangers" im Zusammenhang mit der Kreditfazilität. Diese würden notorischerweise während der ganzen Laufdauer der Kreditfazilität erbracht, das heisse nach Abschluss der Kreditfazilität. Gleiches gelte für die "fortlaufende" Überprüfung des Kreditnehmers mit Blick auf die Erfüllung der "Conditions

Precedent", wobei die Überprüfung durch den "Facility Agent" wie auch durch die kreditgebenden Banken zu erfolgen gehabt habe. Die Bestimmungen der Kreditfazilität und die "Summary Terms and Conditions" des "Termsheet" belegten dies eindeutig (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 42 f. mit Verweisung auf HG act. 4/4, 4/5, 17 Ziff. 526 f. und 53 Ziff. 32 und 39). Die Beschwerdegegnerin habe vor Vorinstanz nie bestritten und damit die Ausführungen der Beschwerdeführerin anerkannt, dass die Leistungen von der Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als "Facility Agent" effektiv erbracht worden seien (KG act. 1 S. 17 Ziff. 43). In ihrer Duplik habe die Beschwerdeführerin dargelegt, dass es sich bei der "Agency Fee" um eine Pauschalvergütung gehandelt habe, die ein ganzes Leistungspaket beinhaltet habe (KG act. 1 S. 17 Ziff. 44). Für die vorinstanzliche Annahme, sämtliche für diese Pauschalvergütung geschuldeten Gegenleistungen der Beschwerdeführerin seien vor dem 3. August 2001 erbracht worden, fehle jegliche Grundlage in den Akten. Zudem habe die Beschwerdegegnerin nie bestritten und damit die Ausführungen der Beschwerdeführerin anerkannt, dass die nach dem 3. August 2001 noch verbliebenen und bis zum Grounding der Beschwerdegegnerin vereinbarungsgemäss erbrachten Leistungen einen Gegenwert in mindestens der Höhe der bezahlten "Agency Fee" gehabt hätten (KG act. 1 S. 18 Ziff. 45; S. 19 Ziff. 50). Es sei gerichtsnotorisch, dass die genannten Leistungen unmöglich vor Unterzeichnung des Vertrages hätten erbracht werden können, wie dies die Vorinstanz in irriger und willkürlicher Weise annehme. Vielmehr handle es sich dabei um fortlaufende Leistungen, die während der ganzen Laufzeit der Kreditfazilität (das heisse während eines ganzen Jahres) von der Beschwerdeführerin zu erbringen gewesen seien. Diese Tatsache ergebe sich zweifelsfrei aus den Bestimmungen der Kreditfazilität. Auch habe die Beschwerdeführerin stets behauptet, dass diese Leistungen von ihr "fortlaufend" zu erbringen gewesen seien (KG act. 1 S. 18 Ziff. 46). Bei der vorinstanzlichen Feststellung, sämtliche für die Pauschalvergütung geschuldeten Gegenleistungen seien vor dem 3. August 2001 erfolgt, handle es sich somit um eine willkürliche tatsächliche Annahme, die von den Parteien in ihren Rechtsschriften nie behauptet worden sei (KG act. 1 S. 18 Ziff. 47). In der Duplik habe die Beschwerdeführerin dargelegt, dass sie von der Beschwerdegegnerin in ihrer Eigenschaft als "Facility Agent" und kreditgebende

Bank am 20. August 2001 und 6. September 2001 ersucht worden sei, die von der Beschwerdegegnerin eingereichte Dokumentation betreffend die "Conditions Precedent" zwecks Abruf der Kreditlinie zu überprüfen. Diese Überprüfung sei somit nach der angefochtenen Zahlung vom 3. August 2001 erfolgt (KG act. 1 S. 18 Ziff. 48). Die Vorinstanz habe es in aktenwidriger Weise unterlassen, diese Tatsachen und eingereichten Akten in ihre Erwägungen miteinzubeziehen (KG act. 1 S. 19 Ziff. 49). Die Vorinstanz habe auch die Behauptung nicht berücksichtigt, dass die effektiven Aufwendungen der Beschwerdeführerin durch die "Agency Fees" nur teilweise gedeckt gewesen seien und der Abschluss der Kreditfazilität für sich allein gesehen für die Beschwerdeführerin nicht rentabel gewesen sei (KG act. 1 S. 19 Ziff. 50). Dadurch habe die Vorinstanz die Begründungspflicht und den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 19 Ziff. 51). Ferner habe die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt, da die Beschwerdegegnerin nie bestritten habe, dass die Beschwerdeführerin die für die "Agency Fees" geschuldeten Gegenleistungen nach Erhalt der Zahlung vom 3. August 2001 vertragsgemäss erbracht habe (KG act. 1 S. 19 f. Ziff. 53 f.). Soweit die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin bezüglich der von ihr erbrachten Gegenleistungen für die "Agency Fee" als unvollständig oder zu unbestimmt erachtet habe, hätte sie die Beschwerdeführerin auf diesen Mangel hinweisen müssen. Indem sie das nicht getan habe, habe sie die richterliche Fragepflicht verletzt (KG act. 1 S. 20 Ziff. 55).

c) Die Beschwerdegegnerin hält diesen Rügen entgegen, an der von der Beschwerdeführerin in Ziff. 41 der Beschwerde zitierten Stelle ihrer Duplik habe sie lediglich die grundsätzliche rechtliche Qualifikation von "Upfront und Agency Fees" behandelt. Erst im darauf folgenden Abschnitt der Duplik würden die Leistungen der konkret zwischen den Parteien vereinbarten "Upfront und Agency Fees" behandelt. Diese Leistungen würden insbesondere in Ziff. 39 der Duplik aufgezählt. Hier fehle prompt die nun von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Leistung "Koordination unter den verschiedenen Kreditgebern" (KG act. 12 S. 13 f. Ziff. 34 f.). Diese Aufgabe sei nie erbracht worden. Die Beschwerdeführerin habe es auch diesbezüglich (und bei weiteren Ausführungen; KG act. 12 S. 15 Ziff. 40) verpasst, darzulegen, welche Leistungen sie als "Facility Agent" nach

dem 3. August 2001 konkret erbracht hätte. Die vorinstanzlichen Feststellungen seien deshalb weder aktenwidrig noch willkürlich (KG act. 12 S. 15 Ziff. 37). Bei der in Ziff. 42 der Beschwerde darüber hinaus aufgezählten Leistung der fortlaufenden Überprüfung des Kreditnehmers betr. "Condition Precedent" habe es sich nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz selbst nicht um eine Leistung gehandelt, welche durch die "Agency Fee" abzugelten gewesen sei, sondern (wenn überhaupt) durch die "Upfront Fee" (KG act. 12 S. 15 Ziff. 38 f.). Im Gegensatz zur Behauptung der Beschwerdeführerin ergebe sich aus den von dieser (in Ziff. 48 f. der Beschwerde) zitierten Akten nicht, dass sie die Ersuchen vom 20. August 2001 und vom 6. September 2001 in ihrer Eigenschaft als "Facility Agent" entgegengenommen habe. Vielmehr seien diese Gesuche an alle drei kreditgebenden Banken gemeinsam gerichtet worden. Es sei keine Aktenwidrigkeit ersichtlich. Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht sei nicht zulässig und, wie die Rügen der Verletzung des Gehörsanspruchs und der Verhandlungsmaxime, unzutreffend (KG act. 12 S. 16 f. Ziff. 43 - 50). Die Beschwerdeführerin habe auf eine Referentenaudienz verzichtet. Damit habe sie auch darauf verzichtet, auf ihre Substantiierungspflicht hingewiesen zu werden, und dürfe keine Verletzung der richterlichen Fragepflicht geltend machen (KG act. 12 S. 18 Ziff. 52, S. 11 Ziff. 26).

d) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO ZH). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die

Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 [1982] Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

e) Die Beschwerdeführerin beanstandet die vorinstanzliche Erwägung, sie habe in ihren Rechtsschriften Ausführungen darüber unterlassen, dass sie ihre Bemühungen als Agentin vollständig oder teilweise erst nach Bezahlung der "Agency Fee" erbracht habe, und macht geltend, sie habe solche Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen. Entsprechend den vorstehend genannten Substantiierungsanforderungen hat sie zur Begründung dieser Rüge aufzuzeigen, wo sie vor Vorinstanz solche Ausführungen gemacht hat. Die Rüge ist nur anhand der von der Beschwerdeführerin spezifiziert zitierten Aktenstellen zu prüfen, ohne dass weitere Aktenstellen zu suchen wären. Der pauschale Verweis auf die Duplik HG act. 53 (KG act. 1 S. 15 Ziff. 41) genügt nicht.

aa) Die Beschwerdeführerin verwies auf HG act. 53 (Duplik) Ziff. 32 (KG act. 1 S. 16 Ziff. 41), HG act. 17 (Klageantwort) Ziff. 526 f., HG act. 53 Ziff. 32 und 39, act. 4/4 und 4/5 (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 42, S. 18 Ziff. 46 und 48, S. 20 Ziff. 55), HG act. 53 Ziff. 38 (KG act. 1 S. 18 f. Ziff. 44), HG act. 53 Ziff. 232, act. 54/2 und 54/5 (KG act. 1 S. 18 f. Ziff. 48 f.), HG act. 53 Ziff. 41 und 45 (KG act. 1 S. 19 Ziff. 50), HG act. 4/126 (KG act. 1 S. 20 Ziff. 55).

bb) Mit den Hinweisen auf von der Beschwerdegegnerin eingereichte Dokumente (HG act. 4/4, 4/5, 4/126) kann die Beschwerdeführerin von vornherein keine Ausführungen ihrerseits vor Vorinstanz nachweisen.

cc) In Ziff. 526 f. der Klageantwort äusserte sich die Beschwerdeführerin zu Bedingungen ("Conditions Precedent") des Kreditvertrages (HG act. 4) (HG

act. 17 S. 132 f.). Diese Stellen enthalten keine Ausführungen über den Zeitpunkt von tatsächlichen Bemühungen der Beschwerdeführerin als Agentin.

dd) In Ziff. 32 der Duplik äusserte sich die Beschwerdeführerin, wie die Beschwerdegegnerin zutreffend einwendet, zur rechtlichen Qualifikation von "Upfront und Agency Fees" (HG act. 53 S. 11; vgl. Titel lit. a) bzw. dazu, welche Aufwendungen dem Kreditgeber mit der Bezahlung der "Upfront und Agency Fees" vergütet werden sollten (HG act. 53 S. 11 f.). Auch daraus ergeben sich keine Ausführungen zum Zeitpunkt von tatsächlichen Bemühungen der Beschwerdeführerin als Agentin.

ee) In Ziff. 38 der Duplik erklärte die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe sich gegenüber den "Joint Arrangers" verpflichtet, dem "Facility Agent" für dessen Aufwendungen eine pauschale Zusatzvergütung von Fr. 20'000.-- ("Agency Fee") zu bezahlen (HG act. 53 S. 13). In Ziff. 39 der Duplik erklärte die Beschwerdeführerin, sie habe für die "Upfront Fee" und die "Agency Fee" die in folgenden 7 Punkten substantiierten konkreten Gegenleistungen erbracht. Die ersten 4 dieser 7 Punkte betreffen offensichtlich Aufwendungen vor dem 3. August 2001 (Teilnahme an Verhandlungen bis zum 10. Juli 2001, Verhandlung und Ausarbeitung verschiedener Offerten, eines Termsheets und der Kreditfazilität). Der fünfte Punkt, Durchführung einer eingehenden Risikoanalyse der SAirGroup anhand der zugänglichen externen Informationen, ist wie auch der siebte Punkt, Entgelt für externe Berater, zeitlich völlig undefiniert. Einzig der sechste Punkt behauptet Tätigkeiten nach dem 3. August 2001, nämlich "fortlaufende Überprüfung der von der SAirGroup eingereichten Unterlagen betreffend die Conditions Precedent zwecks Abruf der Kreditlinie (z.B. Schreiben SAirGroup an Joint Arrangers vom 6. September 2001)" (HG act. 53 S. 14). In Ziff. 205 der Duplik erklärte die Beschwerdeführerin, die wirklich aufwendigen Leistungen seien erst nach der Bezahlung der zweiten Tranche (gemeint: der "Upfront Fee"; vgl. erste Zeile dieser Ziffer) "(fortlaufende Überprüfung der finanziellen Situation der SAirGroup insbesondere mit Blick auf die Erfüllung der Conditions Precedent)" erbracht worden. Auch dies beweise, dass es sich bei der Upfront Fee um eine Vorschusszahlung gehandelt habe (HG act. 53 S. 53; vgl. auch

nachfolgend lit. gg). Nach dieser Darstellung verstand die Beschwerdeführerin, wie die Beschwerdegegnerin ebenfalls zu Recht einwendet, die im sechsten Punkt der Ziffer 39 der Duplik erwähnten Leistungen als solche, welche mit der "Upfront Fee" entschädigt worden sind (vgl. auch KG act. 1 S. 22 Ziff. 61). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz daraus keine Behauptung bezüglich der "Agency Fee" entnahm.

ff) Ziff. 41 der Duplik enthält keine Behauptung betreffend den Zeitpunkt von tatsächlichen Bemühungen der Beschwerdeführerin als Agentin.

gg) In Ziffer 45 der Duplik behauptete die Beschwerdeführerin, die bis zum Grounding der SAirGroup vereinbarungsgemäss erbrachten Leistungen hätten einen Gegenwert in der Höhe der angefochtenen Zahlungen gehabt. Dazu verwies die Beschwerdeführerin auf Ziff. 205 f. der Duplik (KG act. 1 S. 16). Ziff. 205 der Duplik bezieht sich auf die "Upfront Fee" (vgl. auch vorstehend lit. ee), Ziff. 206 auf eine "Commitment Fee" (HG act. 53 S. 53 f.). Dies stützt diese Rüge nicht.

hh) Ziff. 232 der Duplik besteht aus einem Zitat aus einem obergerichtlichen Urteil vom 20. Juni 2008 in Sachen Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich u.a. gegen C. (HG act. 53 S. 59 f. mit Verweisung auf Beilage 4 zu dieser Duplik) und befasst sich mit der Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sie und die beiden anderen "Joint Arrangers" davon ausgegangen seien, dass die Beschwerdegegnerin die "Conditions Precedent" erfüllen werde (HG act. 53 S. 59 Ziff. 231). Auch diese Ziffer enthält keine Behauptung betreffend den Zeitpunkt von tatsächlichen Bemühungen der Beschwerdeführerin als Agentin.

ii) Auch mit ihren Hinweisen auf die Duplikbeilagen HG act. 54/2 und 54/5 weist die Beschwerdeführerin nicht nach, dass sie entgegen der vorinstanzlichen Feststellung im vorinstanzlichen Verfahren konkrete Bemühungen als Agentin nach dem 3. August 2001 behauptet hätte, zumal sie die Duplikbeilage 54/2 als Beweis für die Richtigkeit des sechsten Punkts ihrer Behauptungen in Ziff. 39 der Duplik anführte (HG act. 53 S. 14), welchen sie aber auf die "Upfront fee" bezogen hatte (vorstehend lit. ee).

kk) Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin nicht nach, dass sie im Gegensatz zur beanstandeten vorinstanzlichen Erwägung im vorinstanzlichen Verfahren Ausführungen darüber gemacht hätte, dass sie ihre Bemühungen als Agentin vollständig bzw. teilweise erst nach Bezahlung der "Agency Fee" erbracht hätte. Die diesbezüglichen Rügen der Aktenwidrigkeit und willkürlichen tatsächlichen Feststellung gehen fehl.

f) Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu, dass Leistungen von Agenten notorischerweise während der ganzen Laufdauer der Kreditfazilität erbracht würden, kann nicht eingetreten werden. Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH 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 zutrifft. Dies trifft bei der - gegen das angefochtene handelsgerichtliche Urteil zulässigen (vgl. Art. 72 ff. BGG; vgl. auch die zutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung in KG act. 2 S. 39 Ziff. 7.b) - Beschwerde in Zivilsachen hinsichtlich der Anwendung von Bundesrecht zu (Art. 95 lit. a BGG; vgl. ZR 107 [2008] Nr. 59). Dies gilt auch für Rügen, welche die Anwendung der allgemeinen Lebenserfahrung betreffen. Solche Erfahrungssätze haben gewissermassen die Funktion von Normen und werden vom Bundesgericht den Rechtssätzen in dem Sinne gleichgestellt, dass ihre Anwendung vom Bundesgericht ebenfalls frei überprüft wird (Kass.-Nr. AA080101 vom 20.7.2009 Erw. III.6.2 mit weiteren Hinweisen, insbesondere auf Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 95; vgl. auch Kass.-Nr. AA080092 vom 12.8.2009 Erw. II.5.7). Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf Notorietät betrifft die allgemeine Lebenserfahrung.

g) Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe nicht bestritten, dass sie (die Beschwerdeführerin) die für die "Agency Fee" geschuldeten Gegenleistungen nach Erhalt der Zahlung vom 3. August 2001 vertragsgemäss erbracht habe, und die auf dieser Behauptung basierende Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime geht schon deshalb fehl, weil die Beschwerdeführerin nicht nachwies, dass sie dies im vorinstanzlichen Verfahren behauptet

hätte (vorstehend lit. e). Das gilt auch für die damit zusammenhängenden Rügen der Verletzung der Begründungspflicht und des Gehörsanspruchs.

h) Die Vorinstanz erachtete die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht als unklar, unvollständig oder unbestimmt im Sinne von § 55 ZPO ZH. Die auf dieser Behauptung basierende Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht geht schon deshalb fehl. Aber auch die gemäss der vorinstanzlichen Feststellung unterlassenen Behauptungen der Beschwerdeführerin, dass sie ihre Bemühungen als Agentin vollständig bzw. teilweise erst nach Bezahlung der "Agency Fee" erbracht habe, lösten keine richterliche Fragepflicht aus bzw. die Vorinstanz verletzte auch unter diesem Aspekt die richterliche Fragepflicht nicht, indem sie die Beschwerdeführerin nicht zu entsprechenden Erklärungen aufforderte. Eine anwaltlich vertretene Partei muss sich die Vermutung entgegenhalten lassen, dass sich nicht zugetragen habe, was nicht vorgetragen wurde (ZR 105 [2006] Nr. 5 Erw. II.4.b mit Verweisung auf ZR 81 [1982] Nr. 118). Zwar ist es nicht so, dass bei einer anwaltlich vertretenen Partei überhaupt keine Fragepflicht bestünde. Insbesondere ist die Fragepflicht auch bei einer anwaltlich vertretenen Partei dann auszuüben, wenn anzunehmen ist, diese Partei habe es infolge eines Rechtsirrtums versäumt, erhebliche Tatsachen zu behaupten oder zu bestreiten (Kass.-Nr. AA080148 vom 7.12.2009 Erw. II.10.d.cc mit weiteren Hinweisen). Die Beschwerdeführerin nennt indes keine Anhaltspunkte dafür, dass das im vorliegenden Fall so gewesen wäre.

i) Im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Erwägung, die Beschwerdeführerin habe Ausführungen darüber unterlassen, dass sie ihre Bemühungen als Agentin vollständig bzw. teilweise erst nach Bezahlung der Agency Fee erbracht haben soll, wies die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen in der Beschwerde (KG act. 1 S. 15 - 21 Ziff. 40 - 58) keinen Nichtigkeitsgrund nach.

2. Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, die Vorinstanz habe festgestellt, sie, die Beschwerdeführerin, habe nach dem 3. August 2001 keine Leistungen mehr für die "Upfront Fee" erbracht (KG act. 1 S. 21 lit. c).

a) Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Upfront Fee" (KG act. 2 S. 14), mit dieser seien die Planung bzw. Vorbereitung der Fazilität durch die "Joint Arrangers" abgegolten worden, mithin Leistungen, welche im Zusammenhang mit der Offertenstellung vom 24. April 2001 wie auch der Aushandlung und Unterzeichnung des Kreditvertrages vom 11. Juli 2001 und somit je vor Überweisung der angefochtenen Beträge vom 29. Mai 2001 bzw. 3. August 2001 erbracht worden seien. Etwas anderes sei von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert vorgebracht worden und aus den Akten auch nicht ersichtlich. Die behaupteten Arbeiten, von welchen die Beschwerdeführerin selber geltend mache, dass sie die Gegenleistung zur "Upfront Fee" darstellen würden "(act. 53 Rz 39)", seien alles Leistungen, welche vor dem 29. Mai 2001 bzw. vor dem 3. August 2001 erbracht worden seien. Dass auch die Überprüfung der "Conditions Precedent" von der "Upfront Fee" sowie Entgelte für externe Berater abgegolten sein sollen, wie dies die Beschwerdeführerin geltend mache, sei weder dem "Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement" noch dem "Upfront Fee Letter" zu entnehmen und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert behauptet. Diese mache zudem geltend, dass mit der "Upfront Fee" auch die Bereitstellung bzw. Reservation des vereinbarten Kreditrahmens abgegolten worden sei. Diesem Einwand könne nicht gefolgt werde, habe doch die sog. "Commitment Commission" die Bereitstellungskosten, das heisse die Kreditfazilität, abgegolten (KG act. 2 S. 14 f.).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt, dass es sich bei den von ihr erbrachten Gegenleistungen für die "Upfront Fee" um ein umfassendes Paket verschiedener Leistungen gehandelt habe (KG act. 1 S. 21 f. Ziff. 60). Sie habe dargelegt, dass dieses Leistungspaket sowohl Leistungen umfasst habe, die vor dem 3. August 2001 erbracht worden seien, als auch solche, die nach diesem Datum erbracht worden seien "(fortlaufende Überprüfung der Conditions Precedent, Entgelt für verbindliche Teilnahme am Konsortialkredit, Kosten für Bereitstellung des Kreditrahmens von CHF 1 Mia., Opportunitätskosten usw.)" (KG act. 1 S. 22 f. Ziff. 61). Zudem habe sie im vorinstanzlichen Verfahren aufgezeigt, dass ein Teil der "Upfront Fee" das Entgelt für die Sicherung der Liquidität im Notfall sowie für die Stabilisierung der Finanzie-

rungskosten gewesen sei. Dieser Sachverhalt sei von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten und damit anerkannt worden (KG act. 1 S. 23 Ziff. 62). Die vorinstanzliche Annahme, sämtliche für die in Form der "Upfront Fee" bezahlte Pauschalvergütung geschuldeten Gegenleistungen seien vor dem 3. August 2001 erbracht worden, sei willkürlich (KG act. 1 S. 23 Ziff. 63). Die Vorinstanz habe auch die Behauptungen unberücksichtigt gelassen, die effektiven Aufwendungen der Beschwerdeführerin seien durch die "Upfront fee" nur teilweise gedeckt worden; der Abschluss der Kreditfazilität sei für sich alleine gesehen für die Beschwerdeführerin nicht rentabel gewesen; die Leistungen nach der angefochtenen Zahlung bis zum Grounding der SAirGroup seien vereinbarungsgemäss erbracht worden, diese hätten einen Gegenwert in der Höhe der angefochtenen Zahlungen gehabt. Damit habe die Vorinstanz die Begründungspflicht und den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 23 f. Ziff. 64 f.). Sodann lasse sich die vorinstanzliche Annahme, sämtliche von der Beschwerdeführerin geschuldeten Gegenleistungen für die angefochtene "Upfront Fee" seien vor dem 3. August 2001 erbracht worden, keiner Parteibehauptung entnehmen und verletze deshalb die Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 24 Ziff. 66).

c) Die Beschwerdegegnerin wendet dazu ein, trotz der Bezeichnung als willkürliche tatsächliche Annahmen mache die Beschwerdeführerin de facto gar keine solche geltend. Vielmehr rüge sie, dass die Vorinstanz bestimmte Behauptungen ihrerseits nicht berücksichtigt habe. Das stimme jedoch nicht. Bei der vorinstanzlichen Einschätzung, sämtliche für die in Form der "Upfront Fee" bezahlten Vergütung geschuldeten Gegenleistungen seien vor dem 3. August 2001 erbracht worden, handle es sich nicht um eine (willkürliche) tatsächliche Annahme, sondern um eine rechtliche Schlussfolgerung. Zu dieser sei die Vorinstanz aufgrund der dem Gericht von den Parteien konkret vorgetragenen tatsächlichen und unbestrittenen Umständen gelangt. Auf diese Rechtsfrage könne nicht eingetreten werden. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz seien von der Beschwerdegegnerin entgegen den Behauptungen in der Beschwerde bestritten worden. Demgegenüber sei von der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden, dass die "Upfront Fee" grundsätzlich in drei Tranchen zu leisten gewesen sei und die dritte Tranche bei Erfüllung der "Conditions Precedent" zu leisten gewesen

wäre, alternativ spätestens 60 Tage nach Vertragsabschluss (KG act. 12 S. 18 - 20 Ziff. 54 - 60).

d) Die Vorinstanz schloss aus dem "Up Front Fee Letter" vom 11. Juli 2001, dass mit der "Upfront Fee" die Planung bzw. Vorbereitung der Fazilität durch die "Joint Arrangers" abgegolten werden sollte (KG act. 2 S. 14). Dabei handelt es sich um Vertragsauslegung (Auslegung des "Upfront Fee Letter"). Die Vertragsauslegung ist Anwendung von Bundesrecht. Auf entsprechende Rügen kann im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA090066 vom 29.5.2010 Erw. II.1.c). Auch die daraus weiter gezogene Schlussfolgerung, mit der "Upfront Fee" seien mithin Leistungen abgegolten worden, welche im Zusammenhang mit der Offertenstellung vom 24. April 2001 wie auch der Aushandlung und Unterzeichnung des Kreditvertrages vom 11. Juli 2001 und somit je vor Überweisung der angefochtenen Beträge vom 29. Mai 2001 bzw. 3. August 2001 erbracht worden seien, bedeutet Rechtsanwendung. Möchte die Beschwerdeführerin geltend machen, die Vorinstanz habe dabei zu Unrecht von ihr behauptete Tatsachen nicht berücksichtigt, hat sie dies im Verfahren vor Bundesgericht zu tun (vgl. etwa Kass.-Nr. AA090112 vom 23.7.2010 mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Verfahren kann darauf nicht eingetreten werden.

e) Ebenfalls eine Frage des materiellen Bundesrechts ist diejenige der genügenden Substantiierung (ZR 107 Nr. 79; Kass.-Nr. AA090164 vom 23.12.2010 Erw. II.2.c mit Hinweisen auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113 und N 13d zu § 285 und auf BGer 4A\_144/2009 vom 6.10.2009 E. 3.2).

f) Hingegen ist es eine - (auf entsprechende Rüge) im vorliegenden Verfahren zu prüfende - Frage des Gehörsanspruchs, ob die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin (richtig) zur Kenntnis genommen und in ihre Entscheidungsfindung einbezogen hat. Die vorinstanzliche Erwägung, etwas anderes werde von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert vorgebracht, beinhaltet eine im vorliegenden Verfahren zu prüfende Feststellung, nämlich ob die Beschwerdeführerin mit ihren Parteivorträgen etwas anderes vorgebracht hat, und eine nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfende Erwägung, nämlich dass das, was die

Beschwerdeführerin diesbezüglich allenfalls vorbrachte, nicht genügend substantiiert wurde.

g) Die Beschwerdeführerin rügt, entgegen der vorinstanzlichen Feststellung habe sie im vorinstanzlichen Verfahren behauptet, nach dem 3. August 2001 Leistungen erbracht zu haben, welche durch die "Upfront Fee" entschädigt worden seien. Konkretisiert wird diese Rüge mit folgenden Ausführungen:

aa) Die Beschwerdeführerin habe behauptet, mit den von der Beschwerdegegnerin bezahlten ersten beiden Tranchen (der "Upfront Fee") seien (auch, neben früheren Leistungen) die von der Beschwerdeführerin bis zum Grounding der SAirGroup vertragsgemäss erbrachten Leistungen (fortlaufende Überprüfung der Conditions Precedent, Weiterführung der Verhandlungen, Ausarbeitung der Offerten für den Abschluss der Kreditfazilität, Ausarbeitung der über 100-seitigen Kreditfazilität, die verbindliche Teilnahme der Beschwerdeführerin am Konsortialkredit an sich und damit die Bereitstellung des Kreditrahmens, die Sicherung der Liquidität im Notfall sowie die Stabilisierung der Finanzierungskosten) abgegolten worden (KG act. 1 S. 22 f. Ziff. 61 und 62 mit Verweisungen auf HG act. 17 Ziff. 510 ff., HG act. 53 Ziff. 50 und 51).

bb) Die Vorinstanz beachtete diese Behauptungen der Beschwerdeführerin durchaus. Sie erwog, weder dem Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement noch dem "Upfront Fee Letter" sei zu entnehmen, dass auch die Überprüfung der "Conditions Precedent" durch die "Upfront Fee" abgegolten werden solle (KG act. 2 S. 15). Dabei handelt es sich um eine rechtliche Erwägung. Darauf kann vorliegend nicht eingetreten werden, ebensowenig auf die Frage der genügenden Substantiierung dieser Behauptung. Die Verhandlung und Ausarbeitung der Kreditfazilität fanden gemäss vorinstanzlicher Erwägung vor dem 3. August 2001 statt (KG act. 2 S. 15). Aus den von der Beschwerdeführerin zitierten Stellen (HG act. 17 Ziff. 510, act. 53 Ziff. 50 und 51) ergibt sich zwar, dass die Beschwerdeführerin behauptet hatte, dass diese Tätigkeiten bis zum Grounding der Beschwerdegegnerin erbracht worden seien. Eine Willkür der gegenteiligen vorinstanzlichen Feststellung, nämlich dass diese Tätigkeiten vor dem 3. August 2001 vorgenommen worden seien, wird damit aber trotz der Unter-

lassung eines Beweisverfahrens darüber nicht nachgewiesen. Der 100-seitige Kreditvertrag datiert vom 11. Juli 2001 (HG act. 4/4). Die Annahme ist logisch zwingend und die entsprechende vorinstanzliche Feststellung damit ein (im vorliegenden Verfahren nicht überprüfbarer [vorstehend Ziff. 1.f]) Schluss aus der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Ausarbeitung dieses Vertrages und die Verhandlungen darüber nur bis zu dessen Abschluss stattfanden. Auch die Behauptungen der Bereitstellung bzw. Reservation des Kreditrahmens beachtete die Vorinstanz. Dazu erwog sie, die sog. "Commitment Commission" (und nicht die "Upfront Fee") habe die Bereitstellungskosten abgedeckt. Dabei handelt es sich um eine Frage der Vertragsauslegung und damit ebenfalls der Rechtsanwendung, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden kann. Weiter erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, bei der "Commitment Commission" habe es sich um die Vergütung der Bereitstellung von Fr. 1 Mrd. ab Unterzeichnung der Kreditfazilität gehandelt, wohingegen in der "Upfront Fee" die Vergütung für die Bereitstellung der Fazilität ab Unterzeichnung des Termsheets bis zur Unterzeichnung der Kreditfazilität bzw. bis zum Abbruch der Vertragsverhandlungen enthalten gewesen sei (KG act. 2 S. 15). Diese Feststellung zu ihrer Behauptung beanstandet die Beschwerdeführerin nicht (im Gegenteil; vgl. KG act. 1 S. 32 Ziff. 91 mit Verweisung auf HG act. 53 Ziff. 51). War damit gemäss der Behauptung der Beschwerdeführerin die Bereitstellung bis zur Unterzeichnung der Kreditfazilität, d.h. bis zum 11. Juli 2001 (HG act. 4/4) gemeint, kann damit die vorinstanzliche Erwägung, die Beschwerdeführerin habe keine mit der "Upfront Fee" abgegoltenen Leistungen nach dem 3. August 2001 behauptet, nicht widerlegt werden.

cc) In ihrer Klageantwort hatte die Beschwerdeführerin ausgeführt, mit der Bereitstellung der Kreditfazilität hätten die beteiligten Banken der Beschwerdegegnerin insbesondere Sicherung der Liquidität im Notfall und Stabilisierung der Finanzierungskosten verschafft (HG act. 17 S. 128 Ziff. 510). In der Beschwerde verweist die Beschwerdeführerin auf diese Behauptung zum Beleg für die Behauptung, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren aufgezeigt, dass ein Teil der "Upfront Fee" das Entgelt für die Sicherung der Liquidität im Notfall sowie für die Stabilisierung der Finanzierungskosten gewesen sei (KG act. 1 S. 23 Ziff. 62). Die

von der Beschwerdeführerin diesbezüglich geltend gemachte Leistung war indes nicht die Sicherung der Liquidität im Notfall und die Stabilisierung der Finanzierungskosten, sondern die Bereitstellung der Kreditfazilität und (lediglich) als Folge derselben die Sicherung der Liquidität im Notfall und die Stabilisierung der Finanzierungskosten. Zur Behauptung der Bereitstellung der Kreditfazilität ist auf die vorstehende Erwägung zu verweisen. Damit kann die gerügte vorinstanzliche Erwägung nicht widerlegt werden.

h) Zusammenfassend ist mithin die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme auch im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur "Upfront Fee" unbegründet.

i) Die Beschwerdeführerin rügt auch im Zusammenhang mit der "Upfront Fee", die Vorinstanz habe ihre Behauptungen nicht berücksichtigt, dass ihre effektiven Aufwendungen durch die "Upfront Fee" nur teilweise gedeckt gewesen seien, dass der Abschluss der Kreditfazilität für sich alleine gesehen für sie nicht rentabel gewesen sei und dass die nach der angefochtenen Zahlung bis zum Grounding der Beschwerdegegnerin vereinbarungsgemäss erbrachten Leistungen einen Gegenwert in der Höhe der angefochtenen Zahlungen gehabt hätten. Dies zeige, dass die von der Beschwerdeführerin nach dem 3. August 2001 erbrachten Gegenleistungen wertmässig mindestens dem Zahlungsbetrag vom 3. August 2001 entsprochen hätten. Indem sich die Vorinstanz nicht damit auseinandergesetzt habe, habe sie die Begründungspflicht und den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 23 f. Ziff. 64 und 65 mit Verweisung auf HG act. 53 Rz 41 und 45).

Stellte die Vorinstanz fest, dass mit der "Upfront Fee" gar keine Leistungen nach dem 3. August 2001 abgegolten wurden, musste sie sich mit Behauptungen, die sich mit dem Wert solcher Leistungen nach dem 3. August 2001 befassten, nicht weiter auseinandersetzen. Sie verletzte dadurch weder die Begründungspflicht noch den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin, soweit diese Rüge überhaupt im vorliegenden Verfahren zu prüfen ist und nicht die vorinstanzliche Anwendung von Bundesrecht betrifft.

k) Die Beschwerdeführerin behauptet, die vorinstanzliche Annahme, sämtliche von der Beschwerdeführerin geschuldeten Gegenleistungen für die "Upfront Fee" seien vor dem 3. August 2001 erbracht worden, lasse sich keiner Parteibehauptung entnehmen und verletze deshalb die Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 24 Ziff. 66).

Die Vorinstanz erwähnte unter dem Titel "Ausführungen der Parteien", die Beschwerdegegnerin habe in der Replik ausgeführt, mit beiden angefochtenen Leistungen seien Leistungen der Beschwerdeführerin abgegolten worden, welche vor der Bezahlung erbracht worden seien (KG act. 2 S. 9 mit Verweisung auf HG act. 47 Rz 24). Die vorinstanzliche Verweisung ist richtig (vgl. auch dieselbe Verweisung in der Beschwerdeantwort KG act. 12 S. 21 Ziff. 65). Die Rüge geht fehl.

l) Auch im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Erwägung, mit der "Upfront Fee" seien nur Leistungen abgegolten worden, welche vor dem 3. August 2001 erbracht worden seien, wies die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen in der Beschwerde (KG act. 1 S. 21 - 25 Ziff. 59 - 69) mithin keinen Nichtigkeitsgrund nach.

3. Ebenfalls noch im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen unter dem Titel "Upfront Fee" rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei in willkürlicher Weise und in Verletzung der Verhandlungsmaxime von der Annahme ausgegangen, mit der Zahlung vom 29. Mai 2001 seien jene Leistungen, die vor dem 29. Mai 2001 erbracht worden seien, und mit der Zahlung vom 3. August 2001 jene Leistungen, die zwischen dem 29. Mai und dem 3. August 2001 erbracht worden seien, abgegolten worden (KG act. 1 S. 25 f. Ziff. 70 - 72, S. 27 Ziff. 75).

Das trifft nicht zu. Die Vorinstanz erwog, die behaupteten Arbeiten, von welchen die Beschwerdeführerin selber geltend mache, dass sie die Gegenleistung zur Upfront Fee darstellten, seien alles Leistungen, welche vor dem 29. Mai 2001 (Verhandlung und Ausarbeitung verschiedener Offerten, Verhandlung und Ausarbeitung des Termsheets) bzw. vor dem 3. August 2001 (Teilnahme an den Vertragsverhandlungen, Verhandlung und Ausarbeitung der Kreditfazilität

sowie die Durchführung der Risikoanalyse der Beschwerdegegnerin) erbracht worden seien (KG act. 2 S. 14 f.). Damit erklärte die Vorinstanz lediglich, welche Leistungen vor dem 29. Mai 2001 bzw. vor dem 3. August 2001 erbracht worden seien, ohne diese Leistungen den beiden einzelnen Zahlungen zuzuordnen. Die Rüge geht fehl.

Die von der Beschwerdeführerin weiter in diesem Zusammenhang vorgebrachte Rüge der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (KG act. 1 S. 26 f. Ziff. 73 und 74) ist eine Wiederholung von bereits unter Ziff. IV.B.c der Beschwerde (KG act. 1 S. 21 - 24) vorgebrachten, vorstehend behandelten Rügen. Dazu kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden.

4. Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter die vorinstanzliche Erwägung, dass auch die Überprüfung der "Conditions Precedent" sowie Entgelte für externe Berater von der "Upfront Fee" abgegolten sein sollen, sei weder dem "Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement" noch dem "Upfront Fee Letter" zu entnehmen und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert behauptet (KG act. 1 S. 28 - 32 Ziff. 79 - 89; KG act. 2 S. 15). Dazu ist auf vorstehende Erwägung 2.g.bb zu verweisen. Sowohl die vorinstanzliche Auslegung der Vertragsdokumente als auch die Frage der Substantiierung sind Fragen der Anwendung des Bundesrechts, welche im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden können. Die Vorinstanz hat die Behauptungen der Beschwerdeführerin beachtet. Mit ihren rechtlichen Erwägungen dazu hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Auch diese Rüge (KG act. 1 S. 30 Ziff. 82 und 83) geht fehl.

5. Das Gleiche gilt für die weiteren Rügen (KG act. 1 S. 32 - 34 Ziff. 90 - 99), welche die vorinstanzliche Erwägung betreffen, die sog. "Commitment Commission" (und nicht die "Upfront Fee") habe die Kreditfazilität abgedeckt (KG act. 2 S. 15). Auch dazu kann auf die vorstehende Erwägung 2.g.bb verwiesen werden. Bei der gerügten vorinstanzlichen Erwägung handelt es sich um eine solche rechtlicher Natur, welche im vorliegenden Verfahren nicht überprüft werden kann. Auch die in diesem Zusammenhang beanstandete (KG act. 1 S. 33 Ziff. 94 und 95) vorinstanzliche Erwägung, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerde-

führerin schon vor Unterzeichnung der Kreditfazilität konkrete Bereitstellungshandlungen hätte treffen müssen (KG act. 2 S. 15), betrifft die vorinstanzliche Anwendung des Bundesrechts und ist keine im vorliegenden Verfahren überprüfbare tatsächliche Annahme.

6. Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Annahme als willkürlich, die Beschwerdegegnerin habe die umstrittenen Zahlungen in Schädigungsabsicht geleistet (KG act. 1 S. 34 ff.).

a) Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Schädigungsabsicht" im Wesentlichen, die Beschwerdegegnerin habe die Schädigungsabsicht behauptet (KG act. 2 S. 17 Erw. III.1.1), die Beschwerdeführerin 1 habe sie bestritten (KG act. 2 S. 19 Erw. 1.2). In tatsächlicher Hinsicht stehe fest, dass sich die Beschwerdegegnerin ihrer finanziellen und strukturellen Schwierigkeiten ab Beginn des Jahres 2001 bewusst gewesen sei (KG act. 2 S. 21 Erw. 2 mit Verweisung auf BGE 134 III 452 erw. 7.2). Für diese Feststellung verwies die Vorinstanz neben dem zitierten BGE auf verschiedene von den Parteien eingereichte Dokumente, nämlich auf HG act. 18/22, 18/26, 4/27, 18/27, 18/28, 4/39, 4/41, 4/40, 4/43, 4/44, 4/48, 4/51, 4/52, 4/64, 4/79, 4/80, 4/90, 4/97, 4/103, 4/107, 4/110, 4/4, 4/119, 4/16 (KG act. 2 S. 21 - 26 Erw. 2.1). Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht sei insgesamt entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin schon vor Überweisung der ersten Tranche der "Upfront Fee" an die Beschwerdeführerin Ende Mai 2001 über ihre finanzielle Notlage und ihre strukturellen Probleme im Bilde gewesen sei. Im Verlaufe des Jahres 2001 habe sich die Situation permanent verschlechtert (KG act. 2 S. 26 f. Erw. 2.2 mit Verweisung auf von den Parteien eingereichte Dokumente [HG act. 4/4, 4/5, 4/110] sowie auf das Urteil des Bundesgerichts vom 6.4.2009 5A\_386/2008). In Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin zumindest in Kauf genommen habe, durch die streitgegenständlichen Zahlungen vom 29. Mai 2001 und 3. August 2001 könnten andere Gläubiger geschädigt werden. Deshalb müsse die Voraussetzung der Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 288 SchKG als erfüllt betrachtet werden (KG act. 2 S. 26 f.).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe vor Vorinstanz bestritten, dass die Verantwortlichen der Beschwerdegegnerin die angefochtenen Zahlungen in Schädigungsabsicht vorgenommen hätten (KG act. 1 S. 35 Ziff. 101 mit Verweisung auf die Klageantwort [HG act. 17] Ziff. 477 ff. und 530 ff. und die Duplik [HG act. 53] Ziff. 54 ff. und 249 ff.). Bei der Feststellung der angeblichen schlechten finanziellen Lage der Beschwerdegegnerin im Mai/August 2001 habe sich die Vorinstanz weitgehend auf den Sachverhalt anderer Gerichtsurteile abgestützt (auf BGE 134 III 452 und auf das Urteil des Bundesgerichts vom 6.4.2009 [5A\_386/2008]). Indem sie ihre Feststellungen auf Sachverhalte anderer Urteile abgestützt habe, die nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gewesen seien und zu denen die Beschwerdeführerin, die nicht Partei jener Prozesse gewesen sei, keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt habe, habe sie willkürlich gehandelt (KG act. 1 S. 36 Ziff. 106) und die Verhandlungsmaxime verletzt (KG act. 2 S. 40 Ziff. 115). Indem die Vorinstanz eine beweisbedürftige Tatsache (Wissen der Beschwerdegegnerin um ihre angebliche finanzielle Lage zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen) als bewiesen angenommen habe, obwohl die Akten des vorliegenden Verfahrens darüber keinen Aufschluss gäben, habe sie eine willkürliche und aktenwidrige tatsächliche Annahme getroffen (KG act. 1 S. 37 Ziff. 107 und 108). Die Beschwerdeführerin habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die Verantwortlichen der Beschwerdegegnerin Ende Mai/ anfangs August 2001 davon ausgegangen seien, dass auch im schlimmsten Fall die Liquidität für die nächsten 12 Monate gesichert sei (KG act. 1 S. 37 f. Ziff. 109 und 110, S. 48 f. Ziff. 146 - 150), und dass sie (die Verantwortlichen der Beschwerdegegnerin) bis zuletzt an die Weiterführung der Geschäftstätigkeit und das Überleben der Beschwerdegegnerin geglaubt hätten (KG act. 1 S. 39 Ziff. 111). Indem die Vorinstanz diese Darstellung nicht in die Beweiswürdigung einbezogen habe, habe sie auch den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 39 Ziff. 112). Die Vorinstanz habe ohne Durchführung eines Beweisverfahrens eine Beweiswürdigung gestützt auf vorläufig eingereichte Beweismittel vorgenommen. Das sei nicht zulässig und habe auch den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 39 f. Ziff. 113 und 114). Die von der Vorinstanz getroffenen Feststellungen über den Willen der Beschwer-

degegnerin (im Zusammenhang mit der Feststellung, diese habe eine Gläubigerschädigung in Kauf genommen) seien aktenwidrig und beruhten auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen (KG act. 1 S. 41 f. Ziff. 120 und 121). Die Beschwerdeführerin habe vor der Vorinstanz behauptet, die Beschwerdegegnerin habe die angefochtenen Zahlungen zum Zweck der Sanierung vorgenommen. Darauf sei die Vorinstanz überhaupt nicht eingegangen und habe damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 42 - 45 Ziff. 123 - 135). Die Vorinstanz habe ohne Durchführung eines Beweisverfahrens allein gestützt auf vorläufig eingereichte Beweismittel eine Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin festgestellt, obwohl die Beschwerdeführerin eine solche bestritten habe, und dadurch einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1 S. 45 - 47 Ziff. 136 - 145).

c) Die Beschwerdegegnerin wendet dazu ein, bei den gerügten vorinstanzlichen Annahmen handle es sich nicht um willkürliche tatsächliche Feststellungen, sondern um rechtliche Erwägungen, zu denen die Vorinstanz aufgrund der dem Gericht konkret vorgetragenen tatsächlichen Umstände gelangt sei (KG act. 12 S. 29 f. Ziff. 102 und 103). Habe die Vorinstanz Sachverhaltsbehauptungen nicht berücksichtigt, so deshalb, weil sie sie als für die sich stellenden Rechtsfragen nicht relevant erachtet habe. Auf diese Fragen der Anwendung des Bundesrechts könne im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (KG act. 12 S. 30 Ziff. 104 und 105, S. 33 Ziff. 112 und 113). Die Akten im vorliegenden Verfahren gäben im Gegensatz zur Darstellung der Beschwerdeführerin durchaus Aufschluss über die schlechte finanzielle Lage der Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen (KG act. 12 S. 30 - 32 Ziff. 106). Die Vorinstanz habe ihre Feststellungen mithin nicht auf Sachverhalte anderer Urteile abgestützt, sondern aus den von den Parteien eingereichten Akten erstellt (KG act. 12 S. 32 Ziff. 107). Auch beim Wissen der Beschwerdegegnerin um ihre angeblich schlechte finanzielle Lage zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen handle es sich nicht um eine beweisbedürftige Tatsache, sondern um die Beantwortung einer Rechtsfrage (KG act. 12 S. 32 f. Ziff. 109 - 111). Die Vorinstanz habe die Vorbringen der Beschwerdeführerin auch tatsächlich gehört (KG act. 12 S. 33 Ziff. 114). Eine Beweismwürdigung der Vorinstanz habe gar nicht stattgefunden.

den. Wenn die Vorinstanz über eine erhebliche streitige Behauptung gar keinen Beweis führen lasse, sei das allenfalls eine Verletzung von Art. 8 ZGB, was vor Bundesgericht, nicht aber im vorliegenden Verfahren gerügt werden könne (KG act. 12 S. 34 Ziff. 115). Die angefochtenen Zahlungen seien nicht zum Zwecke der Sanierung vorgenommen worden; das Eingehen neuer Schulden sei keine echte Sanierungsmassnahme (KG act. 12 S. 36 Ziff. 123 f.). Die angefochtenen Zahlungen hätten gerade nicht im Zusammenhang mit Zahlungsmitteln gestanden, die zum besonderen Zweck der Sanierung gewährt worden seien, sondern seien Entlohnungen für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verhandlung einer Kreditfazilität gewesen (KG act. 12 S. 36 Ziff. 125). Diese Frage sei von der Vorinstanz ausführlich behandelt worden; es liege weder eine Verletzung des Gehörsanspruchs noch der Verhandlungsmaxime vor (KG act. 12 S. 36 f. Ziff. 126 und 127). "Das Vorliegen echter Sanierungsbemühungen" sei keine erhebliche streitige Tatsache, sondern eine Schlussfolgerung aus der Würdigung von vorgebrachten (unbestrittenen) Tatsachen. Darüber könne kein Beweisverfahren durchgeführt werden (KG act. 12 S. 37 Ziff. 129). Überdies liege, wenn überhaupt, eine nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfende Verletzung von Bundesrecht (Art. 8 ZGB) vor, wenn die Vorinstanz über eine erhebliche streitige Tatsache kein Beweisverfahren durchgeführt habe (KG act. 12 S. 37 Ziff. 130). Auch die vorinstanzliche Feststellung der Schädigungsabsicht sei keine tatsächliche Frage, sondern eine auf Grundlage der Parteibehauptungen beider Seiten vorgenommene Würdigung von unbestrittenen Tatsachen. Die Feststellung, aufgrund des Wissens um die schlechte Finanzlage müsse auf die eventualvorsätzliche Schädigungsabsicht geschlossen werden, beinhalte die rechtliche Wertung eines Sachverhalts und unterliege als solche nicht dem Beweis (KG act. 12 S. 38 Ziff. 133). Im Übrigen würde auch diesbezüglich, wenn überhaupt, eine nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfende Verletzung von Art. 8 ZGB vorliegen (KG act. 12 S. 38 Ziff. 134). Die Vorinstanz habe bezüglich Schädigungsabsicht geprüft, ob die Beschwerdegegnerin habe voraussehen können und müssen, dass die angefochtenen Zahlungen andere Gläubiger benachteilige oder die Beschwerdeführerin gegenüber anderen Gläubigern bevorzuge, und die Vorinstanz habe dies bejaht. Dies habe sie nicht aufgrund einer Feststellung zum

Sachverhalt gemacht. Vielmehr habe sie eine Rechtsfrage beantwortet, wenn sie die Schädigungsabsicht bejaht habe, weil aufgrund von äusseren Umständen und Indizien geschlossen worden sei, die Beschwerdegegnerin hätte die schädigende Wirkung ihres Verhaltens voraussehen können und müssen (KG act. 12 S. 39 Ziff. 135). Die im vorliegenden Fall relevante Frage des "Voraussehen-Könnens" (im Gegensatz zur Frage des tatsächlichen Vorhandenseins) einer Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin bzw. deren Vertreter bei Ausführung der angefochtenen Zahlungen sei eine Rechtsfrage. Dies stehe einem Eintreten auf die Rüge der Beschwerdeführerin entgegen (KG act. 12 S. 39 Ziff. 135).

d) Im Verfahren Kass.-Nr. AA090020, X. AG c. SAirGroup in Nachlassliquidation, hatte das Kassationsgericht betreffend Schädigungsabsicht die gleichen Fragen zu beurteilen. Es erwog im Beschluss vom 19. Juli 2010 (Erw. II.3):

"b) ...

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 blosser Anwendung von Bundesrecht handelt, wie die Beschwerdegegnerin geltend gemacht. Handelt es sich um die blosser 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 Feststellung, 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 solche 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)."

e) Diese Erwägungen gelten vollumfänglich auch für den vorliegenden Fall. Die vorinstanzlichen theoretischen Erwägungen zur Schädigungsabsicht sind identisch (mit Ausnahme des letzten Satzes der vorstehend im ersten Absatz von lit. d.f zitierten Erwägungen; vgl. diese mit KG act. 2 S. 6 Erw. 2). Daraus folgt, dass die Vorinstanz (auch im vorliegenden Fall) das Vorliegen des Eventualvorsatzes als tatsächliche Frage behandelte. Auch bezogen auf den konkreten Sachverhalt stellte die Vorinstanz im vorliegenden Fall im Wesentlichen die gleichen Erwägungen an wie im Urteil vom 5. Dezember 2008, das vom Kassationsgericht mit den vorstehend zitierten Erwägungen geprüft wurde (vgl. KG act. 2 S. 26 f. Erw. 2.2 mit vorstehender lit. d.f dritter Absatz). Auch im vorliegenden Fall erwog die Vorinstanz bezogen auf den konkreten Sachverhalt, 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. 27). Vor dem Hintergrund der zitierten theoretischen Erwägungen zur Schädigungsabsicht traf die Vorinstanz damit auch im vorliegenden Fall - im Gegensatz zu den Ausführungen der Beschwerdegegnerin (vgl. vorstehend lit. c) - eine tatsächliche Feststellung und beantwortete nicht bloss eine Rechtsfrage. Dabei zog die Vorinstanz den Schluss auf die Schädigungsabsicht der Beschwerdegegnerin wiederum entgegen ihren Ausführungen in der Beschwerdeantwort nicht bloss auf der Grundlage von unbestrittenen Parteibehauptungen beider Seiten, sondern sie stellte einerseits auf Urteile in anderen Verfahren ab (BGE 134 III 452 und BGer. vom 6.4.2009 5A\_386/2008) und würdigte andererseits ausführlich von den Parteien eingereichte Dokumente (KG act. 2 S. 21 - 27). Die Feststellung der - bestrittenen - Schädigungsabsicht traf die Vorinstanz mithin aufgrund einer Würdigung von im Hauptverfahren vorläufig einreichenden Beweismitteln und von Indizien. Das war vor bzw. ohne Durchführung eines durch einen Beweisauflegebeschluss zu eröffnenden (§ 136 ZPO ZH) förmlichen Beweisverfahrens (§ 133 ZPO ZH) unzulässig und verletzte einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff 1. ZPO ZH (Kass.-Nr.

AA090020 vom 19.7.2010 Erw. II.3.k mit Verweisung auf ZR 95 [1996] Nr. 73). Da die Vorinstanz auch im vorliegenden Verfahren nicht unter Ablehnung jeglicher beweismässiger Abklärung allein aufgrund von Behauptungen entschieden hat, sondern in Würdigung eingereicherter Beweismittel, ist im Gegensatz zur Auffassung auch der Beschwerdegegnerin in diesem Verfahren nicht der bundesgerichtliche Beweisführungsanspruch nach Art. 8 ZGB betroffen, sondern die kantonalrechtlich geregelte Art der Durchführung des Beweisverfahrens gemäss §§ 133 ff. ZPO ZH (zur Abgrenzung vgl. ZR 95 Nr. 73 und ZR 106 [2007] Nr. 32; vgl. bereits Kass.-Nr. AA090020 vom 19.7.2010 Erw. II.3.k). Das auf dieser Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes beruhende angefochtene Urteil ist antragsgemäss aufzuheben.

f) Die Sache ist nach den vorstehenden Erwägungen vor Durchführung eines Beweisverfahrens nicht spruchreif im Sinne von § 291 ZPO ZH. Der Prozess ist zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das weitere Vorgehen nach der Rückweisung ist Sache des Handelsgerichts. Vorab wird sich die Frage stellen, ob im vorinstanzlichen Verfahren nach der Rückweisung das bisherige zürcherische Prozessrecht oder die neue schweizerische ZPO anwendbar ist. Das Kassationsgericht hat sich dazu nicht zu äussern. Das Obergericht bzw. dessen II. Zivilkammer ist der Auffassung, dass die schweizerische ZPO anwendbar ist (Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2011 NK 100014 Erw. 7; publiziert im Internet ([www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch), unter Entscheide, Entscheide neue ZPO). Im Hinblick auf die Möglichkeit, dass das Handelsgericht nach der Rückweisung die schweizerische ZPO anwenden wird, erscheint es nicht sinnvoll, die weiteren Rügen im Zusammenhang mit der Frage der Schädigungsabsicht zu prüfen (insbes. Verletzung der Verhandlungsmaxime, der Fragepflicht und des Gehörsanspruchs), welche vom Kassationsgericht nach der bisherigen ZPO ZH zu prüfen wären. Da das angefochtene Urteil schon aus dem vorgenannten Grund aufzuheben ist, ist dies auch nicht nötig. Es wird darauf verzichtet.

7. Die Beschwerdeführerin trägt sodann Rügen in Bezug auf die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG vor (KG act. 1 S. 49

- 57). Die Frage der Erkennbarkeit stellt sich nur bzw. erst, wenn überhaupt eine Schädigungsabsicht der SAirGroup feststeht. Nach der diesbezüglichen Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Urteils (vorstehend Erw. 6) ist diese Frage wieder offen. Deshalb braucht auf die Rügen im Zusammenhang mit der Frage der Erkennbarkeit zum jetzigen Zeitpunkt nicht eingegangen zu werden (vgl. auch diesbezüglich den Entscheid vom 19.7.2010 Kass.-Nr. AA090020 Erw. II.6).

8. Unter dem Titel "4. Sanierungsbemühungen" rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe aktenwidrig und willkürlich festgestellt, dass die Bereitstellungskosten für die zu gewährende Kreditfazilität nicht durch die "Upfront Fee", sondern durch die "Commitment Commission" abgegolten worden seien. Dazu verweist die Beschwerdeführerin auf ihre Ausführungen unter Ziff. 90 ff. der Beschwerde (KG act. 1 S. 58 Ziff. 176). Diese wurden vorstehend in Erw. 5 i.V. mit Erw. 4 und Erw. 2.g.bb behandelt. Es ist darauf zu verweisen.

9. Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Feststellung, es sei unbestritten, dass der Milliardenkredit der SAirGroup faktisch nie zur Verfügung gestanden sei (KG act. 1 S. 58 - 64). Demgegenüber habe sie in ihrer Duplik dargelegt, dass die "Conditions Precedent" realistisch gewesen und alle Beteiligten davon ausgegangen seien, dass sie erfüllt worden seien und der Milliardenkredit ziehbar gewesen sei (KG act. 1 S. 58 Ziff. 178). Dazu verweist die Beschwerdeführerin u.a. auf ihr Zitat in der Duplik aus einem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 2008 in Sachen Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich und weitere gegen C., wonach der Zeuge D. ausgesagt habe, dass der Kredit nach Ende August 2001 benützbar gewesen wäre (weil die Bedingungen dafür erfüllt gewesen seien). Die Beschwerdeführerin zog daraus die Folgerung, dass die Verantwortlichen der SAirGroup spätestens ab Ende August 2001 sämtliche "Conditions Precedent" als erfüllt betrachtet hätten und der Milliardenkredit ziehbar gewesen wäre (HG act. 53 S. 60 Ziff. 233 und 234; KG act. 1 S. 60). Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf ihre Behauptung in der Duplik vor Vorinstanz, der von ihr gemeinsam mit den anderen Joint Arrangers der SAirGroup zur Verfügung gestellte Milliardenkredit sei zum Zwecke der

Sanierung geleistet worden und damit sämtlichen Gläubigern zugute gekommen. Er habe der SAirGroup insbesondere zur Stabilisierung ihrer Finanzen gedient, zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplans und zur Sicherung ihrer Glaubwürdigkeit im Markt. Der Milliardenkredit habe die Sanierung der SAirGroup wesentlich unterstützt, indem er der SAirGroup dazu verholfen habe, die Sanierung in geordneten Bahnen durchzuführen (HG act. 53 S. 49 Ziff. 182 und 183, KG act. 1 S. 61 Ziff. 179). Mit dem Milliardenkredit im Rücken habe die SAirGroup für den Fall, dass kurzfristig Liquidität benötigt worden sei, gestärkt in die Verkaufsverhandlungen gehen können, da sie mit Hilfe des Milliardenkredits in der Lage gewesen sei, Devestitionen auch über einen längeren Zeithorizont hinaus vorzunehmen (HG act. 53 S. 49 Ziff. 185; KG act. 1 S. 62).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, zur Begründung ihrer Rüge hätte die Beschwerdeführerin einen Hinweis in ihren Ausführungen vor Vorinstanz auf eine Bestreitung dartun müssen, dass der Milliardenkredit der SAirGroup **faktisch** nie zur Verfügung gestanden sei. Sie habe aber nur auf Behauptungen hingewiesen, wonach der Kredit benützbar gewesen wäre (KG act. 12 S. 44 f. Ziff. 156 und 157).

b) Die Vorinstanz hielt fest: "Unbestritten ist zudem, dass der Milliardenkredit der SAirGroup faktisch nie zur Verfügung stand." (KG act. 2 S. 17). Die Behauptungen der Beschwerdeführerin, dass der Kredit ab Ende August 2001 ziehbar gewesen wäre, dass der Milliardenkredit zu einer Stabilisierung der Finanzen der Beschwerdegegnerin und zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplanes geführt habe und dass die Beschwerdegegnerin mit dem Milliardenkredit im Rücken für den Fall, dass kurzfristig Liquidität benötigt worden sei, gestärkt in die Verkaufsverhandlungen gehen können, weil sie mit Hilfe des Milliardenkredits in der Lage gewesen sei, Devestitionen auch über einen längeren Zeithorizont hinaus vorzunehmen; aufgrund der fehlenden zeitlichen Zwangslage habe sie nicht zu finanziellen Konsequenzen gezwungen werden können (KG act. 1 S. 62 mit Verweisung auf HG act. 53 S. 50 Ziff. 185), implizieren die Behauptung, dass der Milliardenkredit faktisch zur Verfügung stand (ob

diese Behauptungen nun richtig waren oder nicht), und damit die Bestreitung der Darstellung, dass er faktisch nie zur Verfügung gestanden sei. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdegegnerin geht fehl. Die vorinstanzliche Feststellung, es sei unbestritten, dass der Milliardenkredit faktisch nie zur Verfügung gestanden sei, trifft nicht zu. Die Beschwerdeführerin hat dies bestritten. Die Rüge ist grundsätzlich begründet. Allerdings ist nicht klar, ob sich dieser Nichtigkeitsgrund überhaupt zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt hat bzw. ob das angefochtene Urteil zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf diesem Nichtigkeitsgrund beruht (vgl. zu diesem Erfordernis § 281 ZPO ZH und den Einwand der Beschwerdegegnerin in KG act. 12 S. 47 Ziff. 165 und 166). Da die Beschwerde bereits aus einem andern Grund gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben ist, kann dies aber offengelassen werden.

c) Die in diesem Zusammenhang auch angefochtene vorinstanzliche Erwägung, es sei somit nie tatsächlich zu einer Stabilisierung der Finanzen der Beschwerdegegnerin, zur finanziellen Sicherstellung der Umsetzung des Sanierungsplanes oder zu einer Absicherung von künftigen Devestitionsszenarien gekommen (KG act. 2 S. 17; KG act. 1 S. 61 - 63), beruht auch (zum Teil) auf der unzutreffenden Erwägung, es sei unbestritten, dass der Milliardenkredit der Beschwerdegegnerin faktisch nie zur Verfügung gestanden sei. Sie lässt sich nicht mehr darauf stützen. Weiteres ist im vorliegenden Verfahren aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Urteils aus anderen Gründen, der Rückweisung an die Vorinstanz und der allfälligen Anwendung der schweizerischen ZPO durch die Vorinstanz auch dazu nicht anzumerken.

10. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Protokollierungspflicht und der Pflicht zur Aktenführung (KG act. 1 S. 64 - 67).

a) Erachtete die Beschwerdeführerin das vorinstanzliche Protokoll für unrichtig oder unvollständig, hätte sie bei der Vorinstanz ein Protokollberichtigungsbegehren stellen können (§ 154 Abs. 2 GVG; vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 154). Eine Nichtigkeitsbeschwerde wäre (erst) gegen den vorinstanzlichen Entscheid über das Protokollberichtigungsbegehren zulässig gewesen (vgl. Frank/Sträuli/

Messmer, a.a.O., N 28 zu § 281; Hauser/Schweri, a.a.O., N 8 und N 14 ff. zu § 154). Auf die Rüge der Verletzung der Protokollierungspflicht ist im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten.

b) Die Rüge der Verletzung der Pflicht zur Aktenführung begründet die Beschwerdeführerin damit, dass es die Vorinstanz unterlassen habe, die Akten eines etwaigen anderen Verfahrens, auf das sich eine vermeintliche Gerichtsnotorietät angeblich stützen solle, formell zu den Akten des vorliegenden Verfahrens beizuziehen (KG act. 1 S. 66 f. Ziff. 198 - 205).

Nach der Aktenführungspflicht sind alle Eingaben und andern Akten in der Reihenfolge ihres Eingangs in ein Aktenverzeichnis einzutragen (§ 167 Abs. 1 GVG). Dies besagt, dass alle in einem Verfahren eingegangenen, entstandenen oder beigezogenen Akten zu akturieren und bis zum Abschluss des Verfahrens aufzubewahren sind (§ 169 GVG) und den Parteien zur Einsicht zur Verfügung stehen. Die Aktenführungspflicht regelt indes nicht, ob und welche Akten zu erstellen oder beizuziehen sind. Die von der Beschwerdeführerin aus ZR 107 (2008) Nr. 1 Erw. II.4.d zitierte Aussage, aufgrund der Aktenführungspflicht habe eine Behörde alles (vollständig) in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehöre, betrifft solche eingegangenen, entstandenen oder beigezogenen Akten (im zitierten Fall [und im von Hauser/Schweri, a.a.O., N 7 zu § 167 angeführten Beispiel] den Briefumschlag, in dem die Rekurseingabe der damaligen Beschwerdeführerin befördert worden war), heisst aber nicht, dass die Aktenführungspflicht regle, ob und welche Akten ins Verfahren beizuziehen sind (vgl. auch die in ZR 107 Nr. 1 Erw. II.4.d dazu zitierten BGE 130 II 477 [schriftliche Protokollierung einer persönlichen Befragung], 124 V 375/376 [Briefumschlag einer Eingabe] und 115 Ia 99 [tatsächlich stattgefundenene Beweiserhebung; Fotoaktion] und die zitierten Lehrmeinungen [Müller {neu: Müller/Schäfer}, Grundrechte in der Schweiz, {neu:} 4. Auflage, 6.Kap. B.II.3.d S. 877 f. mit Verweisung auf die vorzitierten BGE und weitere Sachverhalte bezüglich Protokollierungen von stattgefundenen Vorgängen; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vollender, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, {neu: 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008} N 30 zu Art. 29 insbes. betr. Protokollierung von durchgeführten Einvernahmen etc.;

Kiener/Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 423 mit Verweisung auf den vorzitierten BGE 130 II 477 und auf BGE 129 I 85 {Telefonabhörung}). Die Vorinstanz zitierte aus verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden, offensichtlich ohne auf die diesen Entscheiden zugrundeliegenden Akten zurückzugreifen. Wären diese Akten beigezogen worden oder hätte die Vorinstanz ohne formellen Beizug für das angefochtene Urteil Einsicht darin genommen, hätte die Aktenführungspflicht deren Akturierung verlangt. Aus der Aktenführungspflicht kann aber nicht hergeleitet werden, dass die im vorinstanzlichen Verfahren nicht beigezogenen Akten dieser Verfahren hätten beigezogen werden müssen. Die Rüge der Verletzung der Aktenführungspflicht geht fehl.

Die Frage, ob die Vorinstanz die Akten der Verfahren hätte beiziehen müssen, welche den Urteilen zugrunde lagen, aus denen die Vorinstanz tatsächliche Feststellungen entnahm (BGE 134 III 452; Urteil des Bundesgerichts vom 6. April 2009 im Verfahren 5A\_386/2008; vgl. KG act. 2 S. 21 - 37), stellte sich in diesem Beschwerdeverfahren nur im Zusammenhang mit der Frage, ob die Vorinstanz diese tatsächlichen Feststellungen in das angefochtene Urteil übernehmen durfte. Diese Frage ist indes offen zu lassen (wobei immerhin auf die Meinung von Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13a zu § 140 hingewiesen werden kann), nachdem dieses Urteil bereits aus einem andern Grund aufzuheben ist, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist und die Vorinstanz für das weitere Verfahren allenfalls die schweizerische ZPO anwenden wird, deren Anwendung nicht mehr der Prüfung durch das Kassationsgericht unterliegen wird (vgl. vorstehend Erw. 6.f).

11. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, und die Sache ist zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Von Anweisungen an die Vorinstanz für das weitere Verfahren (die Beschwerdeführerin ersucht um Rückweisung "zur Durchführung eines Beweisverfahrens" [KG act. 1 S. 67 Ziff. 207]) ist abzusehen (vorstehend Erw. 6.f). Die Beschwerdeführerin beantragt die Streichung diverser Feststellungen und Erwägungen im angefochtenen Urteil (KG act. 1 S. - 4). Auch davon ist abzusehen. Das angefochtene Urteil wird insgesamt aufgehoben. Es gibt nichts mehr daraus zu streichen. Die Streichung von Er-

wägungen käme nur im Falle von Eventual- bzw. Alternativbegründungen und bzw. oder bei einer Abweisung der Beschwerde in Frage (ZR 83 [1984] Nr. 57; vgl. auch etwa Kass.-Nrn. AA090046 vom 25.5.2010 Erw. III.2.h, AA080148 vom 7.12.2009 Erw. II.13.c, je mit weiteren Hinweisen, sowie AA080004 vom 14.11.2008 Erw. II.4.c).

#### **IV.**

Das angefochtene Urteil ist in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufzuheben, soweit es die Beschwerdeführerin betrifft (Dispositiv Ziffern 1 sowie 3 - 5). Die Beschwerdeführerin obsiegt mit diesem Antrag, die Beschwerdegegnerin unterliegt mit ihrem gegenteiligen Antrag. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH).

#### **V.**

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 die Dispositiv Ziffern 1 und 3 - 5 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2009 aufgehoben und die Sache, soweit sie die Beschwerdeführerin betrifft, zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 36'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 24'000.-- 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. 1'603'333.--.

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: