



Kass.-Nr. AA040145/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 13. Juni 2005

in Sachen

Bank X.

Beklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Stiftung Y.

Klägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2004 (HG010404/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Jahre 1982 gewährte Rechtsanwalt Z. als Treuhänder von A. Rechtsanwalt B. (von der Vorinstanz und auch im Folgenden als RAB bezeichnet) neben weiteren ein Darlehen von USD 725'000.--, rückzahlbar bis Ende 1982. Für den Fall einer verspäteten Rückzahlung waren ab 1. Januar 1983 Verzugszinsen in der Höhe von 16 % vereinbart. Die Rückzahlung erfolgte innert Frist nicht. Mit Schreiben vom 24. Dezember 1986 wies RAB die Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin - unter einer suspensiven Bedingung - an, RA Z. USD 1,2 Mio. zu überweisen.

RA Z. zederte die Forderung gegen RAB über USD 725'000.-- aus dem genannten Darlehen am 29. Dezember 1992 an die Beschwerdegegnerin. Mit Urteil vom 25. März 1998 verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich RAB unter anderem, der Beschwerdegegnerin USD 725'000.-- zuzüglich 16 % Zins p.a. ab 1. Januar 1983 zu bezahlen (HG act. 9/2). Am 24. April 1999 zederte RA Z. seine Forderung gegen die Beschwerdeführerin aus dem Leistungsverhältnis der Anweisung vom 24. Dezember 1986 im Umfang von USD 1 Mio. plus 10 % Zins an die Beschwerdegegnerin.

Am 28. Februar 2000 zahlte RAB u.a. USD 2'701'833.--, welche der Beschwerdegegnerin zufließen.

Mit bei der Vorinstanz am 1. November 2001 eingereichter Klage forderte die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin den vollen Betrag der von RA Z. an sie zederten Forderung aus dem Anweisungsverhältnis in der Höhe von USD 1 Mio. zuzüglich Zins (zum Vorstehenden angefochtenes Urteil KG act. 2 Ziff. I. S. 2 - 4). Mit Urteil vom 5. Juli 2004 hiess das Handelsgericht die Klage vollumfänglich gut (KG act. 2).

2. Gegen das handelsgerichtliche Urteil vom 5. Juli 2004 erhob die Beschwerdeführerin am 20. September 2004 rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde. Mit dieser beantragt sie, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache sei zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Der Beschwerde wurde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die Beschwerdeführerin leistete fristgerecht eine Prozesskaution von Fr. 45'000.-- (KG act. 10). Innert erstreckter Frist erstattete die Beschwerdegegnerin am 8. November 2004 eine Beschwerdeantwort (KG act. 14). Mit dieser beantragt sie die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, wenn und soweit auf sie eingetreten werden könne (KG act. 14 S. 2). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 7). Die Beschwerdeführerin erklärte, gegen das vorinstanzliche Urteil auch Berufung beim Bundesgericht erhoben zu haben (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Ziff. 1.5.).

II.

1. Die Beschwerdegegnerin wendet vorab ein, die Beschwerdeschrift sei nicht vom von der Beschwerdeführerin bevollmächtigten Anwalt unterzeichnet worden. (Auch) Deshalb sei auf die Beschwerde nicht einzutreten (KG act. 14 S. 2 lit. C.2.).

Am 8. November 2001 bevollmächtigte die Beschwerdeführerin zahlreiche Anwälte aus der Kanzlei C. mit der Vertretung ihrer Interessen, unter ihnen RA D. sowie RAin E. (HG act. 6). Die Beschwerdebegründung wurde von RAin E. in Vertretung von RA D. unterzeichnet (Beschwerde KG act. 1 S. 22). Das Vertretungsverhältnis ist in Ordnung und steht einem Eintreten auf die Beschwerde nicht entgegen. Der Einwand der Beschwerdegegnerin geht fehl.

2. Als Nichtigkeitsgründe macht die Beschwerdeführerin die Verletzung klaren materiellen Rechts gemäss Art. 106 OR (Beschwerde KG act. 1 S. 10 ff.), aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen (Beschwerde KG act. 1 S. 13 ff.) und Verletzungen von wesentlichen Verfahrensgrundsätzen (Beschwerde KG act. 1 S. 19 ff.) geltend.

3. Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde von vorliegend nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Der Weiterzug an das Bundesgericht in diesem Sinne gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt (§ 285 Abs. 2 ZPO).

Das angefochtene Urteil unterliegt auch der Berufung an das Bundesgericht (Art. 46/48 OG; vgl. auch angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 42 Disp.-Ziff. 6 b. Die Beschwerdeführerin erklärt denn auch, tatsächlich auch eidgenössische Berufung beim Bundesgericht erhoben zu haben [Beschwerde KG act. 1 S. 3 Ziff. 5]). Mit der Berufung ans Bundesgericht kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts (Art. 43 Abs. 1 OG). Das Bundesgericht ist in bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen frei, soweit sie ihm nach Art. 43 OG zukommt (Art. 63 Abs. 3 OG).

Soweit die Beschwerdeführerin Verletzungen materiellen Bundesrechts rügt, kann deshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Dies auch nicht unter dem Titel einer Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 10). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ein subsidiäres Rechtsmittel. Sie ist unzulässig, wenn ein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist bzw. offen gestanden hätte (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 1 zu § 285). Sie ist ausgeschlossen, soweit der geltend gemachte Mangel durch Berufung an das Bundesgericht gerügt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 285). Insoweit kann auch der in § 281 Ziff. 3 ZPO aufgeführte Nichtigkeitsgrund mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht vorgebracht werden bzw. kann auf entsprechende Rügen nicht eingetreten werden, sondern ist die Beschwerdeführerin damit auf die Berufung ans Bundesgericht zu verweisen.

4. Unter lit. C.1. der Beschwerde rügt die Beschwerdeführerin Verletzungen von Art. 106 OR (Beschwerde KG act. 1 Ziff. 27 - 30 und 32 - 35 S. 10 - 13). Auf diese Rügen kann nach dem Gesagten nicht eingetreten werden.

5. Die unter dem Titel "§ 281 Ziff. 3 ZPO: Verletzung von Art. 106 OR" (Beschwerde KG act. 1 S. 10) gemachten Ausführungen der Beschwerdeführerin in Ziff. 31 der Beschwerde beinhalten in Wirklichkeit eine Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme. Dabei macht die Beschwerdeführerin Folgendes geltend:

Es sei unbestritten, dass RAB der Beschwerdegegnerin am 28. Februar 2000 einen Betrag von USD 2'701'833.-- habe zukommen lassen. Abzüglich der Kapitalforderung von USD 725'000.-- seien somit Verzugszinsen von total USD 1'976'833.-- erbracht worden. Demnach müssten sich - so die Beschwerdeführerin weiter - bei korrekter Anwendung der von der Vorinstanz vorgenommenen Schadensberechnung die im März 1997 angelegten USD 2 Mio. innert bloss dreier Jahre im Wert praktisch verdoppelt haben, auf USD 3.977 Mio. Um wie viel das unterstellte Anlagekapital tatsächlich hätte anwachsen können, habe die Vorinstanz nicht ausgeführt. Indem sie davon ausgegangen sei, dass die Schwelle von USD 2.7 Mio. deutlich überschritten werden könne, habe sie eine willkürliche Annahme getroffen (Beschwerde KG act. 1 S. 11 Ziff. 31).

a) Die Vorinstanz erwog, es gehe um eine Forderung aus einem Anweisungsverhältnis gegen die Beschwerdeführerin (Urteil KG act. 2 S. 5 Ziff. 1). Strittig sei im vorliegenden Verfahren, ob noch eine offene Forderung bestehe, die dem streitgegenständlichen Anweisungsverhältnis zugrunde liege und durch die (geforderte) Leistung der Beschwerdeführerin getilgt werden solle. Diese vertrete den Standpunkt, dem sei nicht so; RAB habe mit seiner Zahlung vom 28. Februar 2000 sämtliche Schulden bei der Beschwerdegegnerin beglichen; jegliche Zahlung ihrerseits würde zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Beschwerdegegnerin führen; indem diese dies wissentlich zu erzwingen versuche, verhalte sie sich rechtsmissbräuchlich. Die Beschwerdeführerin, die den Rechtsmissbrauch behaupte, sei dafür beweispflichtig (Urteil KG act. 2 S. 6 Ziff. 4). Die Forderung im Leistungsverhältnis (d.h. i.c. zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens), welche durch die Annahmeerklärung (von deren Abgabe die Vorinstanz im vorliegenden Fall ausging, was von der Beschwerdeführerin mit der Beschwerde nicht beanstandet wird) des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger neu entstehe, sei abstrakt, mithin vom Grundverhältnis unabhängig (Urteil KG

act. 2 S. 14 Ziff. 16). Die Frage einer allfälligen Doppelzahlung sei einzig auf der Ebene des Rechtsmissbrauches abzuhandeln (Urteil KG act. 2 S. 17 Ziff. 20). Einer Anweisung komme im Allgemeinen und gerade auch im vorliegenden Fall eine Sicherungsfunktion zu, die an eine Rechtsmissbrauchseinrede erhöhte Anforderungen stelle (Urteil KG act. 2 S. 17 Ziff. 22). Im Grundsatz sei vom Prinzip auszugehen: "Erst zahlen, dann prozessieren". Der Begünstigte gelange so erstmal in den Besitz der Garantie- oder Anweisungssumme, und in einem nachfolgenden Prozess über den materiellen Anspruch habe er die hinsichtlich der Beweislast günstigere Rolle des Beklagten. In wenigen Sonderfällen sei aber der Einwand des Rechtsmissbrauchs - allerdings unter strengen Anforderungen - zulässig. Erforderlich sei, dass der Garant bzw. der Angewiesene *eindeutig* und *zweifelsfrei* nachgewiesen habe, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftigerweise in Betracht kommenden Aspekt ein Zahlungsanspruch zustehe (Urteil KG act. 2 S. 18 Ziff. 23.1). Die Tatsachen, welche den Mangel im Valutaverhältnis bewirkten, müssten evident und liquide beweisbar sein. Dabei müsse eine klare Aktenlage vorliegen, so dass es nicht notwendig sei, zusätzliche Beweismittel heranzuziehen, zu Beweisaufnahmen zu schreiten oder Dritte in den Streit einzu beziehen (Urteil KG act. 2 S. 18 Ziff. 23.2). Es sei zu prüfen, ob ein Rechtsmissbrauch (seitens der Beschwerdegegnerin) als *offenbar* betrachtet werden könne. Dies setze das offensichtliche Nichtvorhandensein irgendwelcher Forderungen der Beschwerdegegnerin im Valutaverhältnis voraus, was von der Beschwerdeführerin liquide dargetan werden müsse (Urteil KG act. 2 S. 20 Ziff. 26).

b) Auf dieser rechtlichen Grundlage erwog die Vorinstanz (im Rahmen ihrer Erwägungen zum Bestand einer zu tilgenden Restforderung im Valutaverhältnis; vgl. Urteil KG act. 2 S. 19), nicht strittig sei, dass RAB mit Valuta per 28. Februar 2000 einen Betrag von USD 3'430'823.-- überwiesen habe, wovon USD 2'701'833.-- an die Beschwerdegegnerin ausbezahlt worden seien (Urteil KG act. 2 S. 20 Ziff. 29). Der Betrag, welcher der Beschwerdegegnerin ausbezahlt worden sei und welchen sich diese anrechnen lasse, entspreche dem Kapital von USD 725'000.-- zuzüglich 16 % Zins vom 1. Januar 1983 bis 15. Januar 2000 (Urteil KG act. 2 S. 21 Ziff. 29). Die Beschwerdegegnerin könne einen Verzugsschaden erst für die Zeit nach März 1997 geltend machen (Urteil KG act. 2 S. 35 Ziff. 39.4). Es sei nur

von einer Zeitspanne von März 1997 bis Ende Februar 2000 auszugehen, während bei der Beschwerdegegnerin ein allfälliger Schaden aus entgangenen Anlagegewinnen eingetreten sein könne (Urteil KG act. 2 S. 36 Ziff. 40.2). Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin einen erheblichen Teil des Kapitals investiert hätte (Urteil KG act. 2 S. 36 Ziff. 40.3). Auszugehen wäre von USD 725'000.-- zuzüglich 16 % Zins seit 1. Januar 1983, was per Ende März 1997 einen Betrag von rund USD 2'378'000.-- ergeben hätte. Dies sei der Betrag, der hätte investiert werden können, wenn nach Ablauf der Stundung die längst fällige Forderung bezahlt worden wäre. Gehe man weiter von der Investition eines überwiegenden Teiles dieses Geldes aus, so sei in den drei Jahren bis zur tatsächlichen Zahlung angesichts der damaligen günstigen Lage an den Börsen und bei professioneller Bewirtschaftung ein erheblicher weiterer Schaden per Ende Februar 2000 glaubhaft gemacht, welcher selbst die auf dem ursprünglichen Darlehensbetrag von USD 725'000.-- bezahlten Zinsen übersteigen könne (Urteil KG act. 2 S. 37 Ziff. 40.4). Es erscheine glaubhaft, dass bis zur tatsächlichen Zahlung ein noch ungedeckter Schaden entstanden sei, wenn man davon ausgehe, dass etwa USD 2 Mio. der per Ende März 1997 geschuldeten USD 2'378'000 wieder angelegt worden wären. Es hätte daher - so die Vorinstanz weiter - bis zur Zahlung per 28. Februar 2000 insgesamt ein Betrag erwirtschaftet werden können, welcher die an die Beschwerdegegnerin bezahlten rund USD 2,7 Mio. deutlich habe übersteigen können. Auf jeden Fall erscheine es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn dieser durchaus realistische Standpunkt vertreten werde (Urteil KG act. 2 S. 39 f. Ziff. 44). Diese Darlegungen beanspruchten nicht, abschliessend zu sein. Auch seien die Ergebnisse der angestellten Ueberlegungen aufgrund weiterer denkbarer Vorbringen und möglicher Rechtshandlungen der Beschwerdegegnerin nicht unverrückbar. So könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass die vorliegende Schätzung zu tief ausgefallen sei. Letztlich wären aber - so die Vorinstanz - weitere Sachverhaltsabklärungen nicht mehr entscheiderelevant gewesen (Urteil KG act. 2 S. 40 Ziff. 45). Ziel der hier angestellten Ueberlegungen sei lediglich gewesen zu prüfen, ob unter keinem Rechtstitel irgendwelche Ansprüche der Beschwerdegegnerin im Grundverhältnis verblieben sein könnten, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet habe. Dies sei nach dem Gesagten nicht der Fall,

und entsprechend sei auch der Nachweis des Rechtsmissbrauchs gescheitert (Urteil KG act. 2 S. 40 Ziff. 45.1). Angesichts der Abstraktheit der hier eingeklagten Forderung sei sodann davon abzusehen, die eingeklagte Summe nur im Umfang der glaubhaft scheinenden Schäden zuzusprechen. Diesbezüglich solle ja auch nicht rechtskräftig entschieden werden. Es sei somit darauf abzustellen, dass ein Rechtsmissbrauch nicht habe dargetan werden können und diese Einrede daher der Zuspreehung der abstrakten Akzeptschuld nicht entgegenstehe (Urteil KG act. 2 S. 40 Ziff. 45.2).

c) Die Vorinstanz machte somit explizit keine abschliessenden, "unverrückbaren" tatsächlichen Feststellungen, sondern liess offen, dass sich die Sachlage in einem vollen Verfahren mit Beweisverfahren ganz anders präsentieren könne. Die Vorinstanz prüfte auf der Grundlage der von ihr dargelegten Voraussetzungen an den Nachweis eines offenbaren Rechtsmissbrauchs lediglich *Möglichkeiten* dafür, ob unter irgendwelchen Gesichtspunkten noch irgendwelche Ansprüche der Beschwerdegegnerin im Grundverhältnis geblieben sein könnten oder nicht. Eine Willkürüge dagegen könnte deshalb höchstens mit dem Nachweis durchdringen, dass die von der Vorinstanz angenommenen Möglichkeiten als solche unhaltbar wären. Einen solchen Nachweis erbrachte die Beschwerdeführerin mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde nicht (im Einzelnen nachfolgend).

d) Die Ausführung der Beschwerdeführerin, bei der von der Vorinstanz vorgenommenen Schadensberechnung hätten sich die im März 1997 angelegten USD 2 Mio. innert bloss dreier Jahre im Wert praktisch auf USD 3.977 Mio. verdoppelt haben müssen, bevor überhaupt der realistische Standpunkt eingenommen werden könnte, dass ein ersatzpflichtiger weiterer Schaden vorliege (Beschwerde KG act. 1 S. 11 Ziff. 31; vgl. auch S. 17 Ziff. 44), ist nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz ging vielmehr davon aus, dass per Ende März 1997 USD 2'378'000 geschuldet waren. Davon hätten etwa USD 2 Mio. angelegt werden können. Bis zur Zahlung per 28. Februar 2000 hätte insgesamt ein Betrag erwirtschaftet werden können, welcher die an die Beschwerdegegnerin bezahlten rund USD 2.7 Mio. deutlich habe übersteigen können (Urteil KG act. 2 S. 37 Ziff. 40.4 und S. 39 f. Ziff. 44; vorstehend lit. b). Von einer Verdoppelung von USD 2 Mio.

innert dreier Jahre auf USD 3.977 Mio. ging die Vorinstanz nicht aus. Die Beschwerdeführerin argumentiert an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei und weist damit keinen Nichtigkeitsgrund nach.

In denselben Zusammenhang gehört die Rüge, indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass die Schwelle von USD 2.7 Mio. deutlich überschritten worden sei, habe sie eine willkürliche Annahme getroffen (Beschwerde KG act. 1 S. 11 Ziff. 31 mit Verweisung insbesondere auf Ziff. 43). Diese wird nachfolgend in Ziff. 12 geprüft.

6. Ebenfalls noch unter dem Titel Verletzung klaren materiellen Rechts macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe ignoriert, dass die Beschwerdegegnerin nicht konkret und substantiiert behauptet habe, dass überhaupt und wie im Einzelnen sie ihr Vermögen angelegt habe bzw. bei rechtzeitiger Zahlung durch RAB angelegt hätte. Die Vorinstanz habe der Beschwerdegegnerin ohne weiteres eine gewinnbringende Anlage unterstellt und damit einen rechtserheblichen Sachverhalt nicht weiter abgeklärt, sondern ohne jede Behauptung oder Beweisabnahme als gegeben betrachtet und diesbezüglich unbegründete und somit willkürliche Annahmen getroffen (Beschwerde KG act. 1 S. 13 Ziff. 36).

a) Mit dieser Rüge wie auch mit den unter Ziff. 38 sowie Ziff. 50 - 53 der Beschwerde vorgetragenen macht die Beschwerdeführerin vorab eine Verletzung der Verhandlungsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO und damit eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes geltend.

b) Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin mache Verzugsschäden geltend, welche im Zeitraum vom 1. Januar 1983 bis 28. Februar 2000 angefallen sein sollen. Entsprechende Schäden für die Zeit *nach* der Zession seien mitbehauptet (Urteil KG act. 2 S. 31 Ziff. 36). Die Beschwerdegegnerin mache geltend, sie hätte bei rechtzeitiger Rückzahlung der Darlehen durch Anlagetätigkeit im Zeitraum bis Februar 2000 Erträge zwischen rund CHF 4 Mio. und CHF 32 Mio. erwirtschaftet. Sie habe dazu ein Gutachten von Prof. F. eingereicht. Ein Anlagemix der erwähnten sechs Anlagemöglichkeiten ergäbe nach Darstellung der Beschwerdegegnerin einen Endwert bis Februar 2000 von CHF 13.76 Mio., und

selbst die konservativste Anlage, die Festgeldanlagen in Schweizer Franken, hätte - nach der Darstellung der Beschwerdegegnerin - einen Endwert von mindestens CHF 4'034'726.43 ergeben (Urteil KG act. 2 S. 32 Ziff. 37). Ferner erwog die Vorinstanz, die Schadensberechnung der Beschwerdegegnerin basiere auf der Annahme, sie hätte das zurückbezahlte Geld unmittelbar nach dessen Empfang entsprechend den Anlagestrategien von Prof. F., wie sie in dessen Expertise dargelegt worden seien, angelegt (Urteil KG act. 2 S. 35 Ziff. 40.1).

c) Die Beschwerdegegnerin verwies auf ihre Behauptungen in der Replik vom 24. April 2003 (Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 7 f. mit Verweisung auf HG act. 20 S. 4 f.). Tatsächlich brachte sie an der bezeichneten Stelle das von der Vorinstanz in Ziff. 37 des Urteils Erwähnte (vgl. vorstehende lit.) vor.

d) Damit bewegte sich die Vorinstanz innerhalb des durch die Verhandlungsmaxime gesetzten Rahmens. Die Rüge geht fehl. Dies gilt auch für die Rügen unter Ziff. 50 - 53 der Beschwerde (KG act. 2 S. 19 f.). Insbesondere waren mit den von der Vorinstanz dargelegten umfangreicheren Behauptungen der Beschwerdegegnerin (vorstehend lit. b) auch die von der Beschwerdeführerin in Ziff. 51 - 53 der Beschwerde als nicht vorgebracht beanstandeten Behauptungen mitbehauptet.

e) Im übrigen prüfte die Vorinstanz nicht das konkrete Anlageverhalten der Beschwerdegegnerin, sondern - entsprechend der vorinstanzlichen Rechtsauffassung - *Möglichkeiten* desselben (vgl. vorstehend Ziff. 5.c). Eine willkürliche tatsächliche Annahme wies die Beschwerdeführerin dabei nicht nach (vgl. auch nachfolgend Ziff. 8 und 10).

7. Mit den an verschiedenen Stellen vorgebrachten Rügen von aktenwidrigen tatsächlichen Annahmen (Beschwerde KG act. 1 S. 13 Ziff. 36, S. 14 Ziff. 38 f., S. 15 Ziff. 41, S. 17 ff. Ziff. 46 ff., S. 19 Ziff. 51, S. 22 Ziff. 58) ist die Beschwerdeführerin auf die Berufung ans Bundesgericht zu verweisen, soweit damit tatsächlich eigentliche Aktenwidrigkeiten gerügt werden:

a) Nach Art. 55 Abs. 1 lit. d OG kann im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2.A., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs.2 OG). Inhaltlich entspricht die Versehensrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG, welche sich auch auf Parteivorbringen beziehen kann, der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 27; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281). Demzufolge kann das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel ist vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285, N 44 a.E. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68; Kass.-Nr. 2000/417, Entscheid vom 13.5.01, Erw. II.3.b).

b) Soweit die Beschwerdeführerin Aktenwidrigkeit geltend macht, kann somit darauf nicht eingetreten werden. Soweit die Beschwerdeführerin mit den erwähnten Rügen indes trotz der Bezeichnung als aktenwidrig de facto willkürliche tatsächliche Annahmen geltend macht, ist im Einzelnen nachfolgend darauf einzugehen.

8. Als willkürliche Annahmen rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz unterstelle der Beschwerdegegnerin, dass die erhaltenen Gelder grösstenteils angelegt worden wären, dass diese Anlage professionell bewirtschaftet und

schliesslich dass als Resultat per 28. Februar 2000 ein deutlich über USD 2.7 Mio. liegender Betrag erzielt worden wäre (Beschwerde KG act. 1 S. 14 Ziff. 38).

a) Auch in diesem Zusammenhang ist auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen, dass die Beschwerdegegnerin geltend mache, sie hätte bei rechtzeitiger Rückzahlung der Darlehen durch Anlagetätigkeit im Zeitraum bis Februar 2000 Erträge zwischen rund CHF 4 Mio. und CHF 32 Mio. erwirtschaftet (Urteil KG act. 2 S. 32 Ziff. 37), und ihre Schadensberechnung basiere auf der Annahme, sie hätte das zurückbezahlte Geld unmittelbar nach dessen Empfang entsprechend den Anlagestrategien von Prof. F., wie sie in der Expertise dargelegt worden seien, angelegt (Urteil KG act. 2 S. 35 Ziff. 40.1). Sodann erwog die Vorinstanz, es erscheine als unrealistisch, dass das ganze Kapital von Anfang an vollumfänglich investiert und die Gewinne und Zinsen immer wieder reinvestiert worden wären (Urteil KG act. 2 S. 36 Ziff. 40.2 i.V. mit S. 35 Ziff. 40.1). Dennoch sei davon auszugehen, dass die Stiftung einen erheblichen Teil des Kapitals investiert hätte. Die Annahme, dass das ganze Kapital am Anfang ausgegeben worden wäre, erschiene eben auch unrealistisch. Vielmehr dürfte - so die Vorinstanz - angestrebt worden sein, die Aktivitäten der Stiftung zugunsten ihrer Destinatäre weitmöglichst aus den Vermögenserträgen des Stiftungskapitals zu finanzieren, wie dies bei Stiftungen regelmässig der Fall sei. Es müsse deshalb angenommen werden, dass der grösste Teil des Stiftungskapitals bewirtschaftet worden wäre. Schliesslich sei angesichts der Summen, welche zur Diskussion ständen, von einer professionellen Verwaltung des Stiftungsvermögens auszugehen (Urteil KG act. 2 S. 36 f. Ziff. 40.3). Auf die vorinstanzlichen Erwägungen zur Erwirtschaftung eines Betrages von insgesamt über USD 2.7 Mio. wurde bereits vorstehend (Ziff. 5.b) hingewiesen.

b) Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Sie weist schon deshalb keinen Nichtigkeitsgrund nach.

c) Zudem stellte die Vorinstanz auch mit diesen Erwägungen nicht verbindlich, "unverrückbar" Tatsachen fest, sondern prüfte *Möglichkeiten*. Als solche sind diese vorinstanzlichen Erwägungen haltbar. Die Rüge geht fehl.

9. Die Beschwerdeführerin beanstandet auch die vorinstanzliche Annahme, Beurteilungszeitraum für einen hypothetischen "weiteren Schaden" bilde die Periode 1997 bis 1999, sei doch die Tatsache aktenkundig, dass die Beschwerdegegnerin erst im April 1999 durch Zession Gläubigerin (eines Teils) der Anweisungsforderung geworden sei (Beschwerde KG act. 1 S. 14 Ziff. 38).

Die Vorinstanz erwog, RAB habe sich unstrittig seit dem 1. Januar 1983 in Verzug befunden. Mit der Zession der Forderung von RA Z. gegen RAB sei eine Forderung an die Beschwerdegegnerin abgetreten worden, mit deren Begleichung sich RAB in Verzug befunden habe. Diese "Qualität" der Forderung sei auf die Beschwerdegegnerin mitübertragen worden (Urteil KG act. 2 S. 34 Ziff. 39.3). Die Beschwerdegegnerin selbst könne nur insoweit Verzugsschäden geltend machen, als solche *nach* der Zession bei ihr angefallen seien. Sie habe eine Forderung zediert erhalten, welche mit einer Stundung belastet gewesen sei; entsprechend habe sie bis Frühling 1997 keine Zahlung fordern und das Geld nicht anlegen können. Sie könne daher einen Verzugsschaden *aus eigenem Recht* erst geltend machen für die Zeit nachdem die Stundung entfallen sei, also für die Zeit nach März 1997 (Urteil KG act. 2 S. 34 f. Ziff. 39.4). Es sei von einer Zeitspanne von März 1997 bis Ende Februar 2000 (Zahlung von RAB) auszugehen, während der *bei der Klägerin* ein allfälliger Schaden aus entgangenen Anlagegewinnen eingetreten sein könne (Urteil KG act. 2 S. 36 Ziff. 40.2).

Die Vorinstanz prüfte dabei einen allfälligen Anspruch (als Möglichkeit) der Beschwerdegegnerin aus der abgetretenen Forderung von RA Z. gegenüber RAB (auf Darlehensrückzahlung mit Zinsen). Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sei erst im April 1999 durch Zession Gläubigerin (eines Teils) der Anweisungsforderung geworden, bezieht sich indes auf das Leistungsverhältnis Beschwerdeführerin - RA Z./Beschwerdegegnerin und geht damit an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Es ist deshalb nicht darauf einzutreten. Sollte die Beschwerdeführerin damit aber geltend machen, die Vorinstanz sei beim Beurteilungszeitraum für einen hypothetischen weiteren Schaden zu Unrecht von der Darlehensforderung von RA Z. gegenüber RAB ausgegangen, sondern hätte diesen Schaden erst ab Zession der Anweisungsforderung auf die Be-

schwerdegegnerin bemessen dürfen, spräche sie eine Rechtsfrage an, für welche sie auf die eidgenössische Berufung zu verweisen wäre und auf welche aus diesem Grund nicht eingetreten werden könnte.

10. Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Erwägung, dass von den im Frühjahr 1997 geschuldeten USD 2.378 Mio. etwa USD 2 Mio. angelegt worden wären (Beschwerde KG act. 1 S. 14 Ziff. 39; Urteil KG act. 2 S. 39 Ziff. 44). Dazu verweist die Beschwerdeführerin auf ein Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 18. April 1994 an die kantonale Stiftungsaufsichtsbehörde, wonach diese sich bereits 1984 veranlasst gesehen habe, ihren Zweck auf den Tierschutz zu beschränken, weil die Stiftungsaufsicht angesichts der für die Verfügung des damaligen Stiftungszwecks unzureichenden Kapitalisierung einzuschreiten gedroht habe. Die Beschwerdegegnerin habe damals behauptet, lediglich wegen des Zahlungsverzuges von RAB das Projekt "Waisenheim" noch nicht realisiert zu haben. Dies belege, dass sie nach eigenen Aussagen keineswegs Millionenbeträge angelegt, sondern zur Finanzierung eines konkreten Projekts verwendet hätte (Beschwerde KG act. 1 S. 14 f. Ziff. 39 mit Verweisung auf HG act. 25/5, recte 25/6).

Die Vorinstanz erwog dazu, dieses Projekt ("Waisenhaus") sei zwar spätestens gegen Ende 1984, als der Stiftungszweck auf den Tierschutz beschränkt worden sei, einstweilen nicht weiter verfolgt worden. Dennoch sei nicht realistisch, dass die Stiftung die Darlehensvaluta unangetastet gelassen und vollumfänglich angelegt hätte. Vielmehr hätte sie zweifellos Aktivitäten entfaltet, die ihrem Stiftungszweck entsprochen hätten. Ob die Beschwerdegegnerin das Vorhaben Waisenhaus noch weiter habe verfolgen wollen, wie die Beschwerdeführerin geltend mache, sei nicht klar. Angesichts der Aenderung des Stiftungszweckes erscheine dies zumindest sehr fraglich. Es sei davon auszugehen, dass die Stiftung einen erheblichen Teil des Kapitals investiert hätte. Die Annahme, dass das ganze Kapital gerade am Anfang ausgegeben worden wäre, erscheine eben auch unrealistisch. Vielmehr dürfte angestrebt worden sein, die Aktivitäten der Stiftung zugunsten ihrer Destinatäre weitmöglichst aus den Vermögenserträgen des Stiftungskapitals zu finanzieren, wie dies bei Stiftungen regelmässig der Fall sei. Es müsse

deshalb angenommen werden, dass der grösste Teil des Stiftungsvermögens bewirtschaftet worden wäre (Urteil KG act. 2 S. 36 f. Ziff. 40.2 und 40.3).

Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander und weist schon deshalb keinen Nichtigkeitsgrund nach. Im übrigen stellte die Vorinstanz auch diesbezüglich keine Tatsache abschliessend und unverrückbar fest, sondern prüfte *Möglichkeiten*. Als solche sind die vorinstanzlichen Erwägungen haltbar. Zudem wies die Beschwerdegegnerin zutreffend darauf hin, dass die Gründung eines Kinder- bzw. Waisenheimes bereits 1984 aus dem statutarischen Zweck der Beschwerdegegnerin gestrichen worden war (vgl. HG act. 25/6) und die Beschwerdegegnerin Millionenbeträge, als diese nach einer Phase der Ungewissheit endlich gekommen seien, nicht sofort in damals noch gar nicht realisierbare Projekte habe stecken können, sondern naheliegenderweise zumindest vorläufig angelegt hätte (Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 8). Von dieser Möglichkeit ging die Vorinstanz in nachvollziehbarer Weise aus.

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin nahm die Vorinstanz nicht an, die Beschwerdegegnerin hätte bei Erhalt des Darlehens mehr als 90 % dieser Mittel "einfach zum Zwecke der Geldvermehrung investiert" (Beschwerde KG act. 1 S. 15 Ziff. 41). Vielmehr nahm die Vorinstanz an, es dürfte angestrebt worden sein, die Aktivitäten der Stiftung zugunsten ihrer Destinatäre weitmöglichst aus den Vermögenserträgen des Stiftungskapitals zu finanzieren, wie dies bei Stiftungen regelmässig der Fall sei, und dass dazu der grösste Teil des Stiftungsvermögens bewirtschaftet worden wäre (Urteil KG act. 2 S. 36 f. Ziff. 40.3). Diese Schlussfolgerung ist als Möglichkeit haltbar und auch mit der Darstellung der Beschwerdeführerin vereinbar, dass die Beschwerdegegnerin Projekte finanziere sowie anderweitig Darlehen gebe. Die Errichtung eines Waisenhauses, worauf die Beschwerdeführerin auch unter dieser Ziffer 41 der Beschwerde zurückkommt, war zum Zeitpunkt des (hypothetisch angenommenen) Erhalts der USD 2.378 Mio. (Ende März 1997) nach den übereinstimmenden Parteidarstellungen und Aktenhinweisen längst kein Projekt mehr.

Die Rüge geht fehl.

11. Die Beschwerdeführerin rügt weiter als willkürlich, dass die Vorinstanz eine professionelle Vermögensverwaltung (der Beschwerdegegnerin bei Erhalt der USD 2.378 Mio.) angenommen habe (Beschwerde KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 42).

Die Vorinstanz erwog, angesichts der Summen, welche zur Diskussion ständen, sei von einer professionellen Verwaltung des Stiftungsvermögens auszugehen (Urteil KG act. 2 S. 37 vor Ziff. 40.4). Auch mit dieser Begründung setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Auch diesbezüglich prüfte die Vorinstanz eine *Möglichkeit*. Die Annahme dieser Möglichkeit ist bei einem Anlagevolumen von rund USD 2 Mio. haltbar und nicht willkürlich. Daran ändert der Einwand nichts, die Beschwerdegegnerin habe es unterlassen, ihre konkrete Anlagetätigkeit durch den Nachweis der Verwendung der Ende Februar 2000 effektiv erhaltenen USD 2.7 Mio. glaubhaft zu machen (Beschwerde KG act. 1 S. 16 vor Ziff. 43).

Soweit die Beschwerdeführerin auch unter dieser Ziffer eine Verletzung von Art. 106 OR rügt, ist nicht darauf einzutreten, sondern ist sie auf die Berufung ans Bundesgericht zu verweisen.

12. Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin einen Schluss, dass bis ins Jahr 2000 mehr als USD 2,7 Mio. erwirtschaftet worden wären. Damit unterstelle die Vorinstanz eine Rendite von mehr als 10 % p.a. (Beschwerde KG act. 1 S. 16 Ziff. 43).

Die Vorinstanz ging von der Möglichkeit aus, dass von per Ende März 1997 geschuldeten USD 2.378 Mio. etwa USD 2 Mio. angelegt worden wären und damit bis zur Zahlung per 28. Februar 2000 *insgesamt* ein Betrag habe erwirtschaftet werden können, welcher die an die Beschwerdegegnerin bezahlten rund USD 2.7 Mio. deutlich habe übersteigen können (Urteil KG act. 2 S. 39 Ziff. 44).

Damit ging die Vorinstanz davon aus, dass in drei Jahren ein Betrag von mehr als USD 0.322 Mio. (2.7 Mio. per 28.2.00 abzüglich 2.378 Mio. Ende März 97) hätte erwirtschaftet werden können (d.h. keineswegs USD 2,7 Mio. und auch keineswegs fast USD 2 Mio. [Beschwerde KG act. 1 S. 17 vor Ziff. 2.2]). Dies sind

16.1 % von USD 2 Mio.; pro Jahr also durchschnittlich rund 5.5 %, und dies ohne Zinseszinsen, also bei Verwendung der somit daraus möglichen durchschnittlichen jährlichen Erträge von mehr als USD 100'000.-- zur Finanzierung der Aktivitäten der Stiftung zugunsten ihrer Destinatäre (vgl. Urteil KG act. 2 S. 36 f. Ziff. 40.3). Die Rüge geht daran vorbei, setzt sich nicht mit den tatsächlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander und weist somit keinen Nichtigkeitsgrund nach.

13. Unter dem Titel "Annahme der Auslegungsbedürftigkeit der Anweisung" rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz davon ausgehe, sie müsse im Wege der Auslegung ermitteln, ob eine titulierte oder nicht titulierte Anweisung vorliege. Dabei übersehe sie aber die aktenkundigen Tatsachen, dass sowohl der direkt adressierte Anweisungsempfänger RA Z. als auch die Beschwerdegegnerin als dessen Zessionarin die Anweisung im massgebenden Zeitpunkt der Entstehung der Akzeptforderung tatsächlich mit der Valutaforderung verknüpft und damit titulierte verstanden hätten. Liege ein tatsächlicher Konsens vor, so sei kein normativer Konsens zu ermitteln (KG act. 1 S. 17 - 19, Ziff. 45 - 49).

Damit rügt die Beschwerdeführerin nicht tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz. Vielmehr beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz trotz - behaupteterweise in den Akten ausgewiesenen - Vorliegens übereinstimmender Willenserklärungen nicht auf diese abgestellt, sondern den Anweisungstext ausgelegt (vgl. Urteil KG act. 2 S. 12 Ziff. 13 ff.) habe. Damit beanstandet die Beschwerdeführerin eine falsche Anwendung von Art. 1 und 18 OR sowie Aktenwidrigkeit. Das eine - die falsche Rechtsanwendung - betrifft wiederum eine Frage des materiellen Bundesrechts. Auch diese Rüge ist der Beurteilung im Verfahren der eidgenössischen Berufung vorbehalten. Das andere - Aktenwidrigkeit - kann ebenfalls im eidgenössischen Berufungsverfahren vorgebracht werden. Vorliegend kann auch auf diese Rüge nicht eingetreten werden. Das gilt auch für die Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht kein Beweisverfahren über das tatsächliche Verständnis der angewiesenen Bank und des Anweisungsempfängers im Zeitpunkt der Begründung der Akzeptforderung durchgeführt (Beschwerde KG act. 1 S. 18 f.). Auch dies betrifft eine Frage des Bundesrechts (Art. 8 ZGB und

Art. 1 und 18 OR; vgl. auch nachfolgende Ziffer), auf welche vorliegend nicht eingetreten ist.

14. Unter dem Titel Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör macht die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, die Vorinstanz habe ihr trotz entsprechender Beweisofferten die Abnahme relevanter Beweise für die Glaubhaftmachung des Schadens verweigert. Diese Rüge bezieht die Beschwerdeführerin auf den von der Beschwerdegegnerin erlittenen Schaden bzw. dessen Höhe (Beschwerde KG act. 1 S. 20 - 22 Ziff. 54 - 58).

Die Vorinstanz erwog, in Fällen wie dem vorliegenden müsse (für einen durch die Beschwerdeführerin nachzuweisenden Rechtsmissbrauch) eine klare Aktenlage vorliegen, so dass es nicht notwendig sei, zusätzliche Beweismittel heranzuziehen, zu Beweisaufnahmen zu schreiten oder Dritte in den Streit einzubeziehen (Urteil KG act. 2 S. 18 Ziff. 23.2 mit Verweisung auf Rechtsprechung und Lehre zum Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 ZGB, insbesondere im Zusammenhang mit Garantien). Deshalb - d.h. aus materiellrechtlichen Gründen - verzichtete die Vorinstanz auf ein Beweisverfahren und Beweisabnahmen (vgl. auch Urteil KG act. 2 S. 20 Ziff. 26 und S. 40 Ziff. 45 - 45.2). Im übrigen wird Art. 8 ZGB als allgemeine Beweisvorschrift des Bundesrechts verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. Entsprechende Rügen sind deshalb vor Bundesgericht vorzubringen; im kantonalen Beschwerdeverfahren kann darauf nicht eingetreten werden (ZR 95 [1996] Nr. 73; vgl. zu Art. 8 ZGB auch BGE 122 III 223 und 114 II 289 ff., Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 - 3 vor § 133 ff.). Die von der Beschwerdeführerin zitierten Literaturstellen (Beschwerde KG act. 1 S. 22 Ziff. 57 und 58) beziehen sich nicht darauf, dass das Gericht in einem berufungsfähigen Fall aus materiellrechtlichen Gründen von einem Beweisverfahren und von Beweisabnahmen absieht. Auch auf die in den Ziffern 54 - 58 der Beschwerde vorgebrachte Rüge kann nicht eingetreten werden, da sie - bzw. deren Anfechtungsgegenstand, der vorinstanzliche Verzicht auf Beweisabnahme - der freien Ueberprüfung durch das Bundesgericht unterliegt.

15. Die Beschwerdeführerin wies keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 14'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 481.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 18'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

