



---

Kass.-Nr. AA050174/U/br

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Karl Spühler sowie der Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 31. Juli 2006

in Sachen

X. GmbH,

Klägerin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Fürsprecher

gegen

Z.,

Beklagte und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2005 (HG040133/U/bl)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Hinsichtlich des dem vorliegenden Prozess zugrunde liegenden Sachverhaltes im Einzelnen sowie des vorinstanzlichen Prozessverlaufs wird vorab auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (§ 161 GVG; KG act. 2).

2. Der Sachverhalt, welcher dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde lag, lässt sich wie folgt zusammenfassen:

a) Im November 2000 schloss die Beschwerdeführerin (Verkäuferin) mit der A. SA (Käuferin) einen Kaufvertrag über kaltgewälzte Stahlspulen ab. Die Bezahlung des Kaufpreises sollte mittels eines unwiderruflichen Dokumentarakkreditivs erfolgen. Die Beschwerdegegnerin übertrug in der Folge ein von der Bank B. im Auftrag der Endabnehmerin der Ware zugunsten der A. SA eröffnetes Dokumentarakkreditiv auf die Beschwerdeführerin und bestätigte dieses. Am 23. November 2000 reichte die Bank C. der Beschwerdegegnerin die Dokumente ein. Die Beschwerdegegnerin verweigerte deren Aufnahme wegen fehlender Übereinstimmung mit den Akkreditivbedingungen. Die Beschwerdeführerin verlangt Schadenersatz wegen Nichtthonorierung des Akkreditivs.

b) Die Vorinstanz wies die Klage mit Urteil vom 3. Oktober 2005 ab, im Wesentlichen mit der Begründung, eines der eingereichten Dokumente (sogenanntes FCR "Forwarding Agent's Certificate of Receipt") habe nicht den Akkreditivbedingungen entsprochen, weshalb keine Zahlungspflicht der Beschwerdegegnerin bestanden habe. Diese habe im Übrigen auch nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt und keine Rüge- bzw. Mitteilungspflichten verletzt.

3. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher beantragt wird, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück-

zuweisen, eventuell sei das Urteil vollumfänglich aufzuheben und die bei der Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren gutzuheissen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 12). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 14. November 2005 auferlegte Kautions von Fr. 17'000.-- (KG act. 6) wurde fristgerecht geleistet (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin (KG act. 11 S. 2).

Gegen das angefochtene Urteil hat die Beschwerdeführerin auch Berufung beim Bundesgericht eingelegt (KG act. 4/1).

## II.

1. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Beschwerdeführers auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen Annahme oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 ZPO). Die Nichtigkeitsgründe sind in der Beschwerde spezifisch nachzuweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Demnach hat in der Beschwerdeschrift eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid zu erfolgen; insbesondere ist darzutun, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid unter Zugrundelegung des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund leidet (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6 mit weiteren Hinweisen).

2. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist aber u.a. dann ausgeschlossen, wenn der geltend gemachte Mangel durch Berufung an das Bundesgericht gerügt werden kann (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist somit in jenen Fällen nicht zulässig, wo die Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht wird (Art. 43 OG). Dasselbe gilt, wenn mit ihr gerügt wird, der angefochtene Entscheid beruhe auf aktenwidrigen tatsächlichen Annahmen, da auch die Aktenwidrigkeitsrüge in berufungsfähigen Fällen beim Bundesgericht erhoben werden kann (Art. 55 Abs. 1 lit. d, 63 Abs. 2 OG).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil ist die Berufung an das Bundesgericht gemäss Art. 43 ff. OG zulässig. Soweit der Beschwerdeführer die Verletzung von Bundesrecht geltend macht oder die Aktenwidrigkeitsrüge erhebt, ist auf die Beschwerde zum Vornherein nicht einzutreten.

### III.

1. Unter dem Gesichtspunkt von § 281 Ziff. 1 ZPO macht die Beschwerdeführerin die Verletzung von § 113 ZPO als eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes geltend. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe an die Substantiierungspflicht zu hohe Anforderungen gestellt.

Die Frage, ob ein bundesrechtlicher Anspruch durch die von einer Partei nach kantonalem Prozessrecht form- und fristgerecht vorgebrachten tatsächlichen Anbringen genügend substantiiert worden ist, beurteilt sich nach dem materiellen Bundeszivilrecht (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. A., Zürich 1997, § 113 ZPO N 1). Der kantonale Richter verletzt daher Bundesrecht, wenn er eine Klage zu Unrecht mit der Begründung abweist, sie sei ungenügend substantiiert worden (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 113 N 1a; BGE 98 II 116 f., 101 II 43, 105 II 144, Art. 43 Abs. 2 OG). Da die Beschwerdeführerin somit die Verletzung von Bundesrecht rügt, ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

2. Als weitere Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO) rügt die Beschwerdeführerin die Nichtbeachtung des Anspruchs auf Beweisführung als Ausfluss des rechtlichen Gehörs (§ 56 ZPO). Der Anspruch der beweisbelasteten Partei, zur Beweisführung zugelassen zu werden, ist bundesrechtlicher Natur (Art. 8 ZGB; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 vor §§ 133 ff. ZPO). Er besteht aber nur dann, wenn die aufgestellten Behauptungen oder Bestreitungen genügend substantiiert sind (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 vor §§ 133 ff. ZPO). Ob dies der Fall war, hat das Bundesgericht zu entscheiden. Auf die Rüge ist somit nicht einzutreten.

3. Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, sie hätte willkürliche tatsächliche Annahmen i.S. von § 281 Ziff. 2 ZPO getroffen, indem sie sich über die Feststellung der Bankenkommission der ICC in ihrem Gutachten vom 13. November 2001 unzulässigerweise hinweggesetzt habe.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten (HG act. 3/33) nirgends festhält, dass die Akkreditivkonformität des in Frage stehenden Dokumentes (FCR) (vgl. insb. act. 3/33 S. 4) gegeben sei. Aber selbst wenn dies zugetroffen hätte, wäre die Vorinstanz nach dem Grundsatz "iura novit curia" nicht an die entsprechende rechtliche Beurteilung im Gutachten gebunden gewesen. Soweit die rechtliche Beurteilung durch die Vorinstanz mit den Erwägungen in diesem Parteigutachten nicht übereinstimmt, ist es der Beschwerdeführerin anheimgestellt, dies im Rahmen der Berufung ans Bundesgericht geltend zu machen. Auf die Beschwerde ist somit auch in diesem Punkt nicht einzutreten.

4. Als willkürliche tatsächliche Annahme rügt die Beschwerdeführerin schliesslich auch, dass die Vorinstanz aus dem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 23. Februar 2001 keine Geltendmachung von Rechten an der Ware und keine Verfügung über die Ware ableite (Beschwerde KG act. 1 S. 9 Rz 2.4 und 2.5).

Die Vorinstanz setzte sich auf S. 31 f. des angefochtenen Urteils mit diesem Schreiben der Beschwerdegegnerin (HG act. 3/17) auseinander und begründete ihre Auslegung, dass die blosser Feststellung, der Besitz der Beschwerdegegnerin am FCR sei mit den Rechten an der Ware verknüpft, nicht als Verfügung über die Ware "auf andere Weise" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betrachtet werden könne (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 31 letzter Absatz). Auch dabei handelt es sich nicht um eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, sondern um eine rechtliche Würdigung. Auch diese kann die Beschwerdeführerin im Rahmen der Berufung vor Bundesgericht rügen, und auch darauf kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

5. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde als solche ist folglich nicht einzutreten. Entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 5'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 168.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- 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. 7'000.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: