



Kass.-Nr. AA060006/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 12. Dezember 2006

in Sachen

A. S.A.,

in B.,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. C.

gegen

D. ,

geboren ..., von ..., Beruf ...,

Inhaber der Einzelfirma: E. in F.,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. oec. G.

dieser substituiert durch Rechtsanwalt Dr. iur. H.

betreffend

Herausgabe und Feststellung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 11. November 2005 (HG030363/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B., deren einziger Verwaltungsrat offenbar I.K., in J., ist. Die Klägerin verlangt vom Beklagten D. die Herausgabe des Aktienzertifikats über 99 Namenaktien Nr. 1-99 vom 2. September 2002 der L. AG, in M., indossiert und mit dem Vermerk über die Eintragung der A. SA im Aktienbuch der Gesellschaft, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall bzw. der Androhung, dass das Indossament und der Vermerk über die Eintragung der Klägerin im Aktienbuch durch das Urteilsdispositiv ersetzt werde. Eventualiter sei festzustellen, dass die Klägerin im Verhältnis zur L. AG in M., als Aktionärin der 99 Namenaktien Nr. 1 - 99 anerkannt sei (HG act. 1, S. 2 und HG act. 3).

Diesem Herausgabebegehren der Klägerin liegt folgender, zum Teil unstrittener Sachverhalt zu Grunde:

Die L. AG (vormals N. AG bzw. Firma O. AG), deren damaliger einziger Verwaltungsrat ebenfalls I. K. war, war Konkursgläubigerin im Konkurs der P. AG. Sie wollte aus der Konkursmasse drei Grundstücke zum Preis von Fr. 2'170'000.-- erwerben. Offenbar sollten die Grundstücke anschliessend von der L. AG und dem Beklagten D. gemeinsam überbaut und hernach verkauft werden. I. K. räumte am 16. Februar 1999 namens der L. AG dem Beklagten eine Vollmacht ein (HG act. 9/4). Da der L. AG das Geld zum Erwerb der Grundstücke fehlte, wurde mit dem Beklagten ein mündlicher Darlehensvertrag über diesen Betrag geschlossen. Der Kaufvertrag zwischen der L. AG und der Konkursmasse P. AG wurde öffentlich beurkundet (HG act. 4/10) und der Kaufpreis wurde bezahlt. Ferner enthielt der Kaufvertrag vom 8. April 1999 eine Klausel, wonach er dahinfalle, wenn die Bewilligung nach der Lex Friedrich nicht eingehalten werden könne, und der Kaufpreis an die L. AG zurückzuzahlen sei (HG act. 4/10, S. 7).

Die Darlehenssumme sollte mit zwei Schuldbriefen zu Lasten der zu erwerbenden Grundstücke gesichert werden, welche jedoch noch zu erstellen bzw. anzupassen waren. Am 29. April 1999 übergab I. K. dem Beklagten ein Aktienzertifikat Nr. 1 der L. AG über 99 Namenaktien mit einem Nennwert von Fr. 500.-- (HG act. 4/13). Zuvor war am 26. März 1999 das Aktienkapital der L. AG von Fr. 50'000.-- auf Fr. 100'000.-- erhöht und der Nennwert der Aktien von Fr. 500.-- auf Fr. 1'000.-- erhöht worden, wobei das Aktienkapital nur zur Hälfte einbezahlt war; I. K. hatte am 26. März 1999 einen Zeichnungsschein unterzeichnet (HG act. 9/40) und die Aktien für einen Tag übernommen, jedoch am selben Tag an die Klägerin zurückübertragen (HG act. 19, S. 11; act. 24, S. 11). Die Kapitalerhöhung wurde am 15. April 1999 im Handelsregister eingetragen (HG act. 32). Das Aktienzertifikat (HG act. 4/13) wurde nicht an den neuen Nennwert der vorausgehenden Kapitalerhöhung angepasst. Sodann ist zwischen den Parteien der Rechtsgrund der Übergabe des Zertifikats an den Beklagten umstritten. Die Klägerin behauptet eine Hinterlegung, der Beklagte hingegen eine Sicherheitsübereignung. Das Aktienzertifikat (HG act. 4/13) enthielt auf der Vorderseite keinen Namen des Rechtsinhabers; auf der Rückseite wurde mit Datum vom 8. April 1999 als Erwerber (Zessionar) der Beklagte D. eingetragen und unter der Rubrik "Unterschrift des Zedenten" unterzeichnete I. K. (HG act. 4/13). Eine Eintragung im Aktienregister fand nicht statt. Später wurde das Zertifikat vom Beklagten von rechts oben nach links unten durchgestrichen und mit dem Vermerk "ersetzt durch neues Zertifikat vom 2.9.02" versehen (HG act. 4/15).

Im Zuge des nachfolgenden Streites zwischen I. K. und dem Beklagten über die Realisierung des Projektes widerrief I. K. namens der L. AG die dem Beklagten eingeräumte Vollmacht (HG act. 9/4). Am 12. Juli 1999 kündigte der Beklagte das Darlehen gegenüber der L. AG und verlangte die Rückzahlung (HG act. 9/5, HG act. 1, S. 12 und HG act. 8, S. 4). Die Zustimmung zum Kauf nach der Lex Friedrich wurde verweigert und der Kaufvertrag fiel dahin; die Konkursmasse P. war verpflichtet, den Kaufpreis an die L. AG zurückzuzahlen. Die Schuldbriefe zur Sicherung des Darlehens konnten nicht ausgestellt werden. Eine Rückzahlung des Darlehens an den Beklagten erfolgte nicht. Im Jahr 2000 trat I. K. namens der L. AG verschiedene Teilbeträge des Rückerstattungsanspruches gegenüber der

Konkursmasse P. AG an die Klägerin und verschiedene andere Personen ab (HG act. 8, S. 5 und HG act. 9/15-18). In diesem Zusammenhang warf der Beklagte I. K. vor, die L. AG habe das ihr gewährte Darlehen veruntreut und erstattete Strafanzeige. Im Zuge der Untersuchung beschlagnahmte die Strafuntersuchungsbehörde den einbezahlten Kaufpreis von Fr. 2'170'000.-- bei der Konkursmasse P. AG.

Nachdem die vom Beklagten verlangte Eintragung im Aktienregister der L. AG von I. K. namens der AG verweigert worden war, erwirkte der Beklagte im Befehlsverfahren einen Gerichtsbeschluss (des Obergerichts Zürich vom 27. Oktober 2000), wonach der Beklagte als Namenaktionär ins Aktienbuch einzutragen sei und bei einer Weigerung der L. AG der Entscheid den Eintrag ersetze (HG act. 9/8); der Entscheid ist seit Dezember 2000 rechtskräftig. Seit dem 19. April 2001 ist nunmehr der Beklagte einziger Verwaltungsrat der L. AG (HG act. 9/14). Er stellte am 2. September 2002 ein neues Zertifikat über 99 Namenaktien zu einem Nennwert von Fr. 1'000.-- pro Aktie aus, welches auf den Namen des Beklagten lautet (HG act. 4/16). Die Klägerin verlangt nun die Herausgabe und Indossierung dieses Zertifikats.

Am 26. August 2003 beschloss die L. AG eine Änderung der Statuten und erhöhte das Aktienkapital von Fr. 100'000.-- auf Fr. 250'000.--, bestehend aus 250 Aktien à Fr. 1'000.--. Die Erhöhung wurde am 29. August 2003 im Tagebuch des Handelsregisters des Kantons M. eingetragen (HG act. 31). Die Klägerin hat den Kapitalerhöhungs-Beschluss angefochten (HG act. 1, S. 9, HG act. 8, S. 8).

2. Im Oktober 2003 machte die Klägerin das Herausgabebegehren beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig (HG act. 1 und 3). Mit Beschluss vom 11. November 2005 trat das Handelsgericht auf das Feststellungsbegehren nicht ein und wies die Klage auf Herausgabe und Indossierung des Aktienzertifikats der L. AG vom 2. September 2002 ab (HG act. 36 = KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 16. Januar 2006 erhob die Klägerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des Urteils des Handelsgerichts vom 11. November 2005 und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung.

lung, eventualiter seien einzelne näher bezeichnete Begründungen zu Handen des Bundesgerichts zu streichen (KG act. 1, S. 2). Die der Klägerin auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 45'000.-- wurde innert erstreckter Frist geleistet (KG act. 16 und 20). Der Beschwerdegegner liess mit seiner Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen (KG act. 23, S. 2). Mit Verfügung vom 20. März 2006 wurde die Beschwerdeantwort der Klägerin zur allfälligen Stellungnahme zugestellt (KG act. 28). Die Klägerin hat auch die Berufung an das Bundesgericht erhoben (KG act. 4 und HG Prot. S. 13).

II.

1.1 Die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) rügt eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, indem die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime gemäss § 54 Abs. 1 ZPO verletzt und entgegen der Zugabe des Beklagten und Beschwerdegegners (in der Folge: Beschwerdegegner) angenommen habe, das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 stelle kein Surrogat für das frühere Aktienzertifikat vom 8. April 1999 dar und entgegen der Anerkennung des Beschwerdegegners ausgeführt habe, es gebe keinen "Rückübertragungsanspruch". Damit habe die Vorinstanz einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1, Ziff. 5, S. 6 ff.).

1.2 Die Vorinstanz prüfte verschiedene mögliche Grundlagen für den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Herausgabeanspruch bezüglich das Aktienzertifikat vom 2. September 2002. Sie führte dabei aus, ein Anspruch auf Herausgabe aus Eigentum der Beschwerdeführerin scheide aus, nachdem diese nicht geltend mache, dass sie das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 auf Grund eines Rechtsgrundes erworben habe, das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 auf den Beschwerdegegner laute und von diesem ausgestellt worden sei (KG act. 2, S. 10). Auch eine Herausgabepflicht aus einem von der Beschwerdeführerin behaupteten Hinterlegungsvertrag schloss die Vorinstanz aus, da aus einem solchen allfälligen Hinterlegungsvertrag lediglich ein Anspruch auf Rückin-

dossierung und Rückgabe des Aktienzertifikats vom 8. April 1999 abgeleitet werden könnte; nicht ersichtlich sei, aus welchen Gründen das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 Gegenstand des Hinterlegungsvertrages geworden wäre (KG act. 2, S. 11 f.). Weiter verneinte die Vorinstanz auch einen Anspruch der Beschwerdeführerin aus einer allfälligen einfachen Gesellschaft, da eine solche allenfalls zwischen der L. AG und dem Beschwerdegegner bestanden habe, und weder die Beschwerdeführerin noch I. K. aus diesem Vertrag Rechte ableiten könnten (KG act. 2, S. 12 f.). Schliesslich prüfte die Vorinstanz, ob als Anspruchsgrundlage eine Sicherungsübereignung in Frage komme, wovon der Beschwerdegegner spreche. Die Vorinstanz erwog weiter, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach das Aktienzertifikat vom 8. April 1999 entwertet und an dessen Stelle als Surrogat das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 getreten und zu indossieren und zu übergeben sei, erfasse ein allfälliger Sicherungsvertrag in der Regel nur das im Vertrag vereinbarte Sicherungsgut; es werde nicht behauptet, die Parteien hätten über eine Surrogationsklausel gesprochen und niemand äussere sich darüber, ob und wie Ersatzgegenstände im Rahmen des Sicherungsvertrages zu behandeln wären. Im Übrigen sei entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin im Aktienzertifikat vom 2. September 2002 kein Surrogat des Aktienzertifikats vom 8. April 1999 zu sehen, da unterschiedliche Nennwerte vorlägen (KG act. 2, S. 13 f.).

1.3 Die Vorinstanz hat mit ihrer Begründung, dass im Hinblick auf die allfällige Sicherungsabrede der Parteien das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 nicht als Surrogat des Aktienzertifikats vom 8. April 1999 angesehen werden könne, über eine Rechts-, nicht über eine Tatfrage entschieden. Damit kann es auch keine Rolle spielen, wenn selbst der Beschwerdegegner bzw. die Parteien übereinstimmend von einem Surrogat ausgegangen wären, ist doch die Vorinstanz an solche rechtliche Würdigungen durch die Parteien in keiner Weise gebunden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N. 16 zu § 57 ZPO). Dasselbe gilt im Übrigen bezüglich der gleichgelagerten Rüge (KG act. 1, S. 7), die Vorinstanz habe entgegen der beschwerdegegnerischen Anerkennung ausgeführt, es gebe keinen "Rückübertragungsanspruch" (KG act. 2, S. 12 dritter Absatz). Sodann ist darauf hinzuweisen,

dass selbst wenn es sich um eine unbestritten gebliebene bzw. zugestandene Tatsachenbehauptung handeln sollte, das Gericht auf offensichtlich unrichtige Tatsachenbehauptungen auch unter der Verhandlungsmaxime nicht abstellen darf (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 54 ZPO m.w.H.). Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime wäre auch diesbezüglich nicht gegeben.

2.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet in einem weiteren Punkt, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, der Beschwerdegegner habe den Darlehensvertrag am 1. Juli 1999 gekündigt. Dies entspreche zwar den Angaben in der Klageschrift (HG act. 1, S. 12) und sei deshalb nicht aktenwidrig, jedoch habe es sich in der Klageschrift um einen blossen Verschrieb gehandelt, was sich ohne weiteres aus der tatsächlich mit 12. Juli 1999 datierten Kündigung (HG act. 9/5) und den Angaben des Beschwerdegegners (HG act. 8, S. 4) ergebe. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, das Datum sei im Hinblick auf den genauen zeitlichen Ablauf rund um die Darlehensgewährung, den Grundstückkauf und die angebliche Sicherungsvereinbarung relevant. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Bundesgericht bei der Würdigung des Verhaltens der Parteien nach Treu und Glauben das exakte Datum der Vertragskündigung und deren Einbettung in den Ablauf des Geschehens für wesentlich halte. Sowohl zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin, es habe kein Anlass bestanden, den Beschwerdegegner zu dessen wirtschaftlicher Absicherung des bereits ausbezahlten Darlehensbetrages nachträglich mit einem geldwerten Vermögenswert sicherzustellen, als auch, der Beschwerdegegner handle rechtsmissbräuchlich, wenn er sich darauf berufe, der Sicherungszweck sei noch nicht weggefallen, obschon er mit seiner Darlehenskündigung zur Unzeit sich selber um seine vorgesehene Sicherung gebracht habe, sei von Belang, dass bereits ein Bezirksratsbeschluss (vom 1. Juli 1999; Versand am 2. Juli 1999) bestand, welcher im Sinne der einfachen Gesellschaft ausgefallen war, bevor der Beschwerdegegner das Darlehen kündigte. Damit gewinne auch die beschwerdeführerische Darstellung Gewicht, allein durch die Mitteilung des Beschwerdegegners der Kündigung an die Volkswirtschaftsdirektion während laufender Beschwerdefrist sei die zuvor erteilte Bewilligung gemäss BewG doch noch verweigert worden (KG act. 1, Ziff. 6 und 7, S. 8 ff.).

2.2 Obwohl die Beschwerdeführerin geltend macht, die richtige Datumsangabe der Kündigung des Darlehens sei im Hinblick auf verschiedene von ihr vorinstanzlich gemachte Vorbringen von Bedeutung, führt sie nicht aus, dass und wo die Vorinstanz in ihrer Begründung tatsächlich in entscheidender Weise auf das Datum der Darlehenskündigung abgestellt hätte. Mit anderen Worten weist die Beschwerdeführerin nicht nach, inwiefern sich eine allfällige falsche Annahme bezüglich des Datums der Darlehenskündigung zu ihren Ungunsten auf den vorinstanzlichen Entscheid ausgewirkt hätte. Auf die Rüge kann daher nicht eingetreten werden. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, das Datum der Darlehenskündigung sei allenfalls für die Beurteilung durch das Bundesgericht von Bedeutung, ist darauf hinzuweisen, dass vor Bundesgericht auch gerügt werden kann, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache beruhe auf einem offensichtlichen Versehen der kantonalen Instanz (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG). Auf die Rüge kann daher auch nicht eingetreten werden, weil sie vor Bundesgericht vorgebracht werden kann (§ 285 ZPO).

3.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz sei in ihrer Sachverhaltsdarstellung willkürlich davon ausgegangen, I. K. habe das Aktienzertifikat vom 8. April 1999 "als Veräusserer des Zertifikats" (KG act. 2, S. 4, Ziff. 8 unten) unterschrieben. Dabei handle es sich um eine tatsächliche Feststellung, da die Vorinstanz an angegebener Stelle ausdrücklich den Sachverhalt zusammengetragen und somit keine rechtliche Subsumtion vorgenommen habe. Zudem halte die Vorinstanz für relevant, wer konkret bei Willensäusserungen wem wann was gesagt, aber auch wer für wen gehandelt habe (KG act. 2, S. 15). Der Beschwerdegegner habe den Herausgabeanspruch unter anderem deswegen als nicht gegeben erachtet, weil nicht die Beschwerdeführerin, sondern I. K. Eigentümer des Aktienzertifikates vom 8. April 1999 gewesen sei; die Vorinstanz habe die Rechtsfrage, wer Eigentümer des Zertifikates vom 8. April 1999 gewesen sei, ausdrücklich offen gelassen. Die Beschwerdeführerin habe hingegen behauptet, sie sei Eigentümerin des Zertifikats vom 8. April 1999 gewesen. Der von der Vorinstanz zu Unrecht verneinte Vindikationsanspruch sei vom Bundesgericht zu prüfen und dieses habe auch zu beurteilen, ob und allenfalls welche Folgen sich in rechtlicher Hinsicht daraus ergäben, dass I. K. in der äusserlichen Form per-

sönlich anstatt erkennbar firmenmässig namens der Beschwerdeführerin auf der Rückseite des Zertifikates unterschrieben habe. Die willkürliche Feststellung, I. K. habe "als Veräusserer des Zertifikates" unterschrieben, dürfe somit keinen Bestand haben (KG act. 1, Ziff. 9, S. 11 f.).

3.2 Die Beschwerdeführerin reisst die von ihr beanstandete Ausführung der Vorinstanz aus deren Zusammenhang. Diese erwog Folgendes: *"Auf der Vorderseite des übergebenen Aktienzertifikates wird der Rechtsinhaber nicht mit Namen genannt (Blanketturkunde). Auf der Rückseite unterschrieb I. K. als Veräusserer des Zertifikates (act. 4/13; act. 1 S. 15). Unstreitig ist, dass I. K. nicht darauf hingewiesen hat, dass er namens der Klägerin die Aktien dem Beklagten übertrug (act. 1, S. 15; act. 24 S. 11). Weiter zeigt die Rückseite den Beklagten als Erwerber (act. 1 S. 15). Das Indossament..."* (KG act. 2, S. 4 unten). In diesem Zusammenhang wird jedoch durchaus klar, dass die Vorinstanz keine rechtliche Subsumtion vorgenommen und I. K. nicht als Eigentümer des Aktienzertifikates vom 8. April 1999 angesehen hat, sondern nur darauf hinwies – wie übrigens auch die Beschwerdeführerin selber in ihrer Rechtsschrift (HG act. 1, S. 15) –, dass I. K. auf der Rückseite des Aktienzertifikates unter der Rubrik des Veräusserers (oder Zedenten, wie der Gläubiger einer Forderung in der Rechtssprache heisst) unterzeichnet hat, jedoch ohne darauf hinzuweisen, dass er namens der Beschwerdeführerin die Aktien auf den Beschwerdegegner übertragen habe. Mit diesem der beanstandeten Stelle nachfolgenden Satz in ihrer Begründung hat die Vorinstanz somit klargemacht, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete Stellung von I. K. bei der Indossierung des Aktienzertifikates vom 8. April 1999 nicht aus der Urkunde hervorgeht, hat jedoch ansonsten keine rechtliche Würdigung dieses Sachverhaltes vorgenommen. Eine willkürliche tatsächliche Annahme ist angesichts der Urkunde selbst (HG act. 4/13) und der erwähnten weiteren Ausführung der Vorinstanz nicht ersichtlich. Eine rechtliche Würdigung wurde diesbezüglich nicht vorgenommen, sondern die Vorinstanz hat im Gegenteil in einer nachfolgenden Erwägung ausdrücklich festgehalten, es könne offen bleiben, ob I. K. oder die Beschwerdeführerin Eigentümer/in des Aktienzertifikates vom 8. April 1999 gewesen sei, da dieses Zertifikat nicht Gegenstand des Rechtsbegehrens sei (KG

act. 2, S. 10). Ein Nichtigkeitsgrund kann somit nicht nachgewiesen werden, soweit überhaupt eine Beschwer der Beschwerdeführerin ersichtlich ist.

4.1 Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht willkürlich festgehalten, I. K. und der Beschwerdegegner seien beide der Meinung, sie hätten Anspruch auf den von der Verkäuferin [Konkursmasse der P. AG] an die Käuferin [L. AG] zurück zu erstattenden Kaufpreis nach dem Dahinfallen des Grundstückkaufvertrages. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde aus, I. K. sei Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin und sei 1999 auch einziger Verwaltungsrat der L. AG gewesen. Es sei falsch, diese Organstellung zu übergehen; die Beschwerdeführerin habe ausgeführt, dass nach dem Dahinfallen des Kaufvertrages der Kaufpreis von Fr. 2'170'000.-- an die L. AG zurückzuzahlen sei. Somit sei die L. AG der Meinung, sie habe einen Anspruch auf diese Gelder und etwas anderes habe auch der Beschwerdegegner nie behauptet. Der vorinstanzliche Schluss, wonach I. K. (persönlich) der Meinung sei, einen Anspruch auf diese Gelder zu haben, sei somit willkürlich. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz ziehe hier zwar keinen rechtlichen Schluss, doch könne die tatsächliche Feststellung sich allenfalls bei der Beurteilung des Bundesgerichts, welche den falschen Sachverhalt zu Grunde lege, zu Ungunsten der Beschwerdeführerin auswirken (KG act. 1, Ziff. 10, S. 13 f.).

4.2 Vorliegend legt die Beschwerdeführerin nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der behauptete Nichtigkeitsgrund (willkürliche tatsächliche Annahme, I. K. persönlich meine, einen Anspruch auf die Gelder des Rückerstattungsanspruches gegenüber der Konkursmasse P. AG zu haben) sich zu ihrem Nachteil auf den vorinstanzlichen Entscheid ausgewirkt hätten. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid nirgends in erkennbarer Weise darauf abgestellt, I. K. persönlich sei der Meinung bzw. mache geltend, einen Anspruch auf die Rückerstattung der bei der Konkursmasse P. AG liegenden (und beschlagnahmten) Gelder zu haben (und nicht die L. AG). Im Gegenteil hat die Vorinstanz in ihren weiteren Erwägungen – soweit dies für die vorinstanzlichen Erwägungen überhaupt relevant war – darauf abgestellt, dieser Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises des

dahingefallenen Grundstückkaufes stehe der L. AG zu und sei deren wichtigstes Aktivum (KG act. 2, S. 5, S. 19). Die Vorinstanz hat nämlich den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rückübertragungsanspruch bzw. Herausgabeanspruch über das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 aus Gründen abgewiesen, bei welchen diese Frage keine Rolle spielte (KG act. 2, S. 10 ff.). Aber auch soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die beanstandete Feststellung der Vorinstanz in deren Sachverhaltsdarstellung könne im Hinblick auf die von ihr erhobene eidgenössische Berufung von Bedeutung werden, wird nicht klar, inwiefern dies der Fall sein könnte. Zwar macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe in ihrer Berufungsschrift an das Bundesgericht noch ausdrücklich Bezug genommen auf die bezüglich der Fr. 2'170'000.-- erhobenen Ansprüche und verweist auf ihre im Beschwerdeverfahren eingereichte Berufungsschrift (KG act. 4, S. 19). Soweit diese – zum Nachweis des Nichtigkeitsgrundes – im Beschwerdeverfahren überhaupt zuzulassen ist, kann daraus aber nicht ersehen werden, dass es bei der beschwerdeführerischen Argumentation auf die Frage ankäme, ob I. K. persönlich oder die L. AG einen Anspruch auf die bei der Konkursmasse P. AG blockierten Gelder zu haben meint. Zudem führt die Beschwerdeführerin in ihrer Berufungsschrift unter Hinweis auf die Erwägungen der Vorinstanz zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen aus, dort werde zu Recht festgehalten, dass es sich beim Anspruch gegen die Konkursmasse P. AG im Umfang von Fr. 2'170'000.-- um einen Anspruch der L. AG handle (KG act. 4, S. 19 oben).

5.1 Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, die Vorinstanz sei in ihrer Sachverhaltsdarstellung willkürlich davon ausgegangen, "der Beklagte" (= Beschwerdegegner) habe am 2. September 2002 das neue Aktienzertifikat der L. AG ausgestellt, obwohl mit dem Verweis auf das Zertifikat (HG act. 4/16) jedoch klar sei, dass der Beklagte "namens des Verwaltungsrates" der L. AG und damit als Organ der Gesellschaft das Zertifikat ausgestellt habe. Auch in den weiteren Erwägungen habe die Vorinstanz aber die wörtliche tatsächliche Feststellung getroffen, das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 laute auf den Namen des Beschwerdegegners und sei "von diesem ausgestellt" worden; die Vo-

rinstanz schliesse unter anderem daraus, ein Anspruch der Beschwerdeführerin aus Eigentum scheide aus (KG act. 1, Ziff. 11, S. 14 f.).

5.2 Es wird nicht klar, welchen Nachteil zu ihren Ungunsten im vorinstanzlichen Entscheid die Beschwerdeführerin durch die vorstehende Rüge geltend machen will. Der Anspruch aus Eigentum wurde nicht abgelehnt, weil der Beschwerdegegner das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 ausgestellt hatte, sondern deshalb, weil es auf den Namen des Beschwerdegegners (als Eigentümer des Zertifikats) lautet. Die Tatsache, dass der Beschwerdegegner das Zertifikat ausgestellt hat, wurde von der Vorinstanz klarerweise als Unterscheidungsmerkmal zum Aktienzertifikat vom 8. April 1999 aufgeführt, welches von I. K. (namens der L. AG) ausgestellt wurde (vgl. dazu die Tabelle der Vorinstanz auf S. 9 von KG act. 2). Bei der Ausgabe von Aktien bzw. Aktienzertifikaten handelt es sich sodann um die Verurkundung von aktienrechtlichen Mitgliedschaftsrechten, welche zwar im Gesetz nicht vorgeschrieben, jedoch verschiedentlich stillschweigend vorausgesetzt wird (vgl. Art. 622 Abs. 5 OR, Art. 644 OR, Art. 652h Abs. 3 OR, Art. 683 OR, Art. 688 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 43 N 2 und N 18 ff.). Dass diese Verurkundung nur von der Aktiengesellschaft selbst vorgenommen werden kann, ist ebenfalls stillschweigend vorauszusetzen und ergibt sich im Übrigen – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch aus Art. 622 Abs. 5 OR. Es erscheint in der Tat abwegig, dass die Vorinstanz mit ihrer (verkürzten) Erwägung gemeint haben könnte, der Beschwerdegegner habe das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 persönlich im eigenen Namen ausgestellt, zumal daraus keinerlei Schlussfolgerung (z.B. bezüglich allfälliger Ungültigkeit des Zertifikates) gezogen wurde. Solches macht sodann auch die Beschwerdeführerin nicht geltend. Die Beschwerdeführerin kann demnach mit der Rüge der (verkürzten) Wiedergabe der Vorinstanz, wonach der Beschwerdegegner (anstelle von: "der Beschwerdegegner namens der L. AG") das Aktienzertifikat vom 2. September 2002 ausgestellt habe, keinen sich zu ihren Ungunsten auswirkenden Nichtigkeitsgrund nachweisen.

6.1 Als weitere willkürliche tatsächliche Annahme der Vorinstanz rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz gehe davon aus, die Beschwerdeführerin be-

haupte, der Beschwerdegegner habe das Zertifikat nur in Verwahrung nehmen sollen, damit es nicht an Dritte verkauft werden könne (KG act. 2, S. 10 unten). Richtig sei jedoch, dass die Beschwerdeführerin vorbringe, der Beschwerdegegner sei dem Ratschlag seines Beraters Q. gefolgt, das Zertifikat lediglich zum Schutz vor einem Verkauf der Aktien an Dritte "in Verwahrung" zu nehmen. Erst bei der rechtlichen Subsumtion gehe die Beschwerdeführerin davon aus, es sei – wie vom Berater des Beschwerdegegners angeregt – lediglich eine Verwahrung der Aktien ohne Einräumung einer Eigentums- und Aktionärsstellung *vereinbart* worden (unter Hinweis auf HG act. 19 erster Abschnitt). Obwohl die rechtliche Würdigung dem Bundesgericht obliege, sei hier sicherzustellen, dass die Berufungsinstanz vom richtigen Sachverhalt ausgehen könne (KG act. 1, Ziff. 12, S. 15 f.).

6.2 Die Argumentation der Beschwerdeführerin erscheint in diesem Punkt nicht nachvollziehbar. Es ist nicht auszumachen, welchen Unterschied sie darin sehen will, dass sie in ihrer ersten Rechtsschrift davon gesprochen habe, der Beschwerdegegner habe das Aktienzertifikat auf Ratschlag seines Beraters lediglich zum Schutz vor einem Verkauf der Aktien an Dritte "in Verwahrung" genommen und in der Replik sodann "in rechtlicher Würdigung" davon ausgegangen sei, es sei wie vom Berater angeregt lediglich eine Verwahrung der Aktien vereinbart worden. Wird eine Vereinbarung behauptet, geht es doch zuerst einmal um tatsächliche Behauptungen bezüglich der übereinstimmenden Willensäußerungen der Parteien, nicht um eine rechtliche Würdigung, weshalb die Unterscheidung der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar erscheint. Zudem weist sie selber auf ihre Ausführungen in der Replik hin: *"D. erhielt das Aktienzertifikat Nr. 1 zur Verwahrung im Zusammenhang mit der einfachen Gesellschaft betreffend Erwerb, Überbauung und Verkauf von 3 Grundstücken. Er erhielt das Aktienzertifikat Nr. 1 rein vorsorglich bis zur Genehmigung des Kaufvertrages durch den Bezirksrat,..... und damit bis zur Auslieferung des Schuldbriefes über Fr. 2,17 Millionen an D. als Sicherheit für die korrekte Abwicklung der bestehenden einfachen Gesellschaft mit möglichen Gewinnanteilen (HG act. 19, S. 2)."* Der einzig auszumachende Unterschied in den beiden Darstellungen besteht in der Motivation zur Verwahrung: in der ersten Rechtsschrift wird darauf hingewiesen, der Beschwer-

degegner habe dies auf Anraten seines Beraters gemacht, um den Verkauf der Aktien an Dritte zu verhindern; in der zweiten Rechtsschrift wird die Übergabe zur Verwahrung als Sicherheit für die korrekte Abwicklung der einfachen Gesellschaft gesehen, bis der Schuldbrief übergeben werden könne. Völlig unverständlich bleibt aber, welchen Nachteil zu ihren Ungunsten die Beschwerdeführerin mit der vorgebrachten angeblichen willkürlichen tatsächlichen Annahme geltend machen will, nachdem sie selbst ausführt, dass auch sie von einer Verwahrung ausgegangen sei und keine Begründung liefert, weshalb die Motivation zur Verwahrung eine Rolle spielen sollte. Ein Nichtigkeitsgrund liegt jedenfalls nicht vor.

7.1 Weiter macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz geltend, indem diese einfach mehrere Vorbringen der Beschwerdeführerin aneinander reihe und hernach davon ausgehe, ihre Sachverhaltsvarianten seien "ungereimt", ohne weitere eigene Begründung, weshalb dies so sei. So sei für die Beschwerdeführerin nicht ersichtlich, weshalb "Sicherheit im weitesten Sinne", "treuhänderisch", "Verwahrung", oder "zu treuen Händen" überhaupt unterschiedliche Sachverhaltsvarianten sein sollten bzw. weshalb diese ungereimt sein sollten. Damit sei ein Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt worden (KG act. 1, Ziff. 13, S. 16).

7.2 An beanstandeter Stelle führte die Vorinstanz verschiedene Vorbringen der Beschwerdeführerin auf, welche diese in ihren Rechtsschriften zur Übergabe des Aktienzertifikates vom 8. April 1999 machte (vgl. dazu KG act. 2, Erw. X.2, S. 14 f.). Hernach führte sie aus, die unterschiedlichen Sachverhaltsvarianten seien ungereimt. Die Beschwerdeführerin spreche davon, dass die Übergabe "ohne jede Rechtspflicht" erfolgt sei, was einen Vertragsschluss ausschliesse. Weiter sei die Beschwerdeführerin der Ansicht, sie habe dem Beschwerdegegner keine Eigentums- und Aktionärsstellung eingeräumt; unstreitig habe aber I. K. auf der Rückseite des Aktienzertifikates ein Indossament unterschrieben, was nicht nachvollzogen werden könne, wenn er lediglich die Aufbewahrung der Aktien durch den Beschwerdegegner gewollt hätte. Zudem falle auf, dass die Beschwerdeführerin behaupte, sie bzw. I. K. habe die Verwahrung der Aktien vereinbart; es werde jedoch nicht klargestellt, ob I. K. oder die Beschwerdeführerin hätte Vertrags-

partei werden sollen. Als entscheidend sah es die Vorinstanz sodann an, dass trotz entsprechendem Hinweis der Vorinstanz nicht klar dargestellt worden sei, was I. K. gesagt und der Beschwerdegegner geantwortet habe. Die Rechtsfrage, ob es zu einem Vertrag durch den Austausch von Willenserklärungen gekommen sei, könne auf Grund der mangelnden konkreten Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht beurteilt werden (KG act. 2, Erw. X.3, S. 15).

7.3 Aus dieser Begründung der Vorinstanz geht klar hervor, dass die Erwägungen zu den unterschiedlichen Sachverhaltsvarianten im Hinblick auf die Frage der genügenden Substantiierung des Sachverhaltes zur Beurteilung, ob ein Vertragsschluss stattgefunden hat, getroffen wurden. Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Frage, wobei Verletzungen von Bundesrecht mit Berufung beim Bundesgericht gerügt werden können. Ebenfalls vor Bundesgericht kann vorgebracht werden, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht im Hinblick auf eine nach Bundesrecht zu beurteilende Frage verletzt. Da die Beschwerdeführerin letztlich genau dies geltend macht, wäre die Rüge mit Berufung vor Bundesgericht vorzubringen. Im kantonalen Beschwerdeverfahren kann darauf nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO).

7.4 Ebenso wenig kann auf die weitere Rüge eingetreten werden, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin habe "nicht klar dargestellt", ob die Beschwerdeführerin oder I. K. hätte Vertragspartei werden sollen, denn schon aus der zitierten Aktenstelle werde klar, dass die Beschwerdeführerin nur den Sachverhalt so vollständig wie möglich habe beschreiben wollen und (wie an anderer Stelle) vorgetragen habe, I. K. habe als einziger Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin gehandelt (KG act. 1, Ziff. 15, S. 17 f.). Diese Rüge geht in der Beanstandung auf, die Vorinstanz sei zu Unrecht bzw. willkürlich und entgegen der Akten von der ungenügenden Substantiierung des Sachverhaltes im Hinblick auf die Frage eines Vertragsschlusses ausgegangen. Diese Rüge kann ebenfalls mit eidgenössischer Berufung vor Bundesgericht vorgebracht werden und darauf ist im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht weiter einzutreten (§ 285 ZPO).

8.1 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen, indem sie den unhaltbaren Schluss gezogen habe, bei der Übergabe des Aktienzertifikates vom 8. April 1999 habe I. K. persönlich gehandelt, obwohl sie an zitiertes Stelle klar ausgeführt habe, dass I. K. als Organ einer Aktiengesellschaft gehandelt habe. Nachdem die Vorinstanz in der übrigen Urteilsbegründung zwischen den verschiedenen Personen I. K., Beschwerdeführerin und L. AG unterschieden habe, könne auch nicht von einer sprachlichen Unsauberkeit ausgegangen werden (KG act. 1, Ziff. 14, S. 17).

8.2 Wiederum wird nicht klar, inwiefern die Beschwerdeführerin durch die beanstandete tatsächliche Annahme beschwert sein soll, da die Vorinstanz einen Herausgabeanspruch unabhängig von der Frage, ob I. K. das Aktienzertifikat vom 8. April 1999 in seiner Eigenschaft als Privatperson oder als Organ irgendeiner Aktiengesellschaft an den Beschwerdegegner übergeben hat, verneinte (vgl. KG act. 2, Erw. VI. 2. Abschnitt, S. 10). Unbestritten ist jedenfalls, dass I. K. das Zertifikat übergab und auch – unbestrittenermassen ohne Hinweis auf ein allfälliges Vertretungsverhältnis – das Indossament anbrachte. Auf nichts anderes stellte die Vorinstanz ab. Auf diese Rüge ist somit nicht weiter einzugehen.

9. Zusammenfassend konnte die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen und die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 16'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 939.-- Schreibgebühren,
Fr. 380.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 21'500.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich, sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: