



Kass.-Nr. AA070030/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 20. Dezember 2007

in Sachen

X. Holdings Ltd.,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

gegen

Y. AG,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Januar 2007 (HG990399/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Zum – grundsätzlich von der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) nicht bestrittenen – Sachverhalt kann auf Erw. I.1. des angefochtenen Urteils des Handelsgerichts verwiesen werden. Danach hatte die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) im Rahmen eines Vermögensverwaltungsmandates mit der Beschwerdeführerin am 7. November 1994 75'000 Aktien und 15'000 Warrants der Z. Holdings Ltd. in das Depot der Beschwerdeführerin eingeliefert. Im Frühling 1995 erfuhr A., der wirtschaftliche Eigentümer der Beschwerdeführerin, dass deren Depot von der Beschwerdegegnerin aggressiver verwaltet wurde als ursprünglich vereinbart worden war. Eine von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagene langsame und geordnete Restrukturierung des Depots scheiterte.

Im August 1996 widerrief A. im Namen der Beschwerdeführerin den Vermögensverwaltungsauftrag und wies die Beschwerdegegnerin unter anderem an, die Z. Aktien und Warrants auf ein Depot bei einer anderen Bank zu transferieren, was jedoch nicht geschah, worauf A. die Beschwerdegegnerin anwies, die Z. zu Titel zu verkaufen. Auch dies gelang der Beschwerdegegnerin nicht.

2. Die Beschwerdeführerin klagte am 18. November 1999 vor Handelsgericht gegen die Beschwerdegegnerin auf Zahlung von verschiedenen Beträgen im Gesamtwert von ca. CHF 1.8 Mio. (USD 1.446 Mio). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens schrieb das Handelsgericht mit Urteil vom 25. Januar 2007 (KG act. 2) die Klage im Umfang einzelner Positionen als durch Rückzug erledigt ab. Sodann verpflichtete es die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin im einzelnen genannte Beträge (zuzüglich Zinsen) im Gesamtbetrag von ca. USD 917'000.-- zu bezahlen; im Mehrbetrag – u.a. hinsichtlich des unter Ziff. 2i eingeklagten Betrages von USD 80'177.52 zuzüglich Zinsen – wies es die Klage ab. Die Kosten wurden zu 4/11 der Beschwerdeführerin und zu 7/11 der Beschwer-

degegnerin auferlegt, und die Beschwerdegegnerin wurde verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 24'436.-- zu bezahlen.

3. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, es sei Dispositiv-Ziff. 1 im Umfang der Klageabweisung im Betrag von USD 80'177.52 zuzüglich Zinsen (Abweisung von Rechtsbegehren Ziff. 2i) aufzuheben. Ferner seien die Nebenfolgen (Dispositiv-Ziff. 3 und 4) aufzuheben und ausgangsgemäss neu zu regeln. Gleichzeitig wird beantragt, es sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 7), während die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde beantragte (KG act. 14). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 15).

II.

1. Als erstes erhebt die Beschwerdeführerin die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Beschwerde Ziff. II.2.1.1, S. 9 ff.). Konkret rügt sie, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit Rechtsbegehren Ziff. 2i kein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Beweisverfahren durchgeführt habe, indem sie nicht alle strittigen entscheiderelevanten Tatsachen zum Beweis verstellte (Beschwerde Ziff. 28).

1.2 Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus (Beschwerde Ziff. 30 ff.), zwischen den Parteien sei strittig geblieben, ob für die Z. Titel am 7. November 1994 ein Markt bestanden habe, mit anderen Worten, ob eine Nachfrage nach diesen Titeln bestanden habe oder nicht. Dieser Punkt sei für die Frage einer Sorgfaltspflichtverletzung seitens der Beschwerdegegnerin von Bedeutung gewesen. Sie, die Beschwerdeführerin, habe deutlich und substantiiert dargelegt, dass für diese Titel mangels Kaufinteressen kein solcher Markt bestanden habe und dass dieser Zustand bereits beim Erwerb der Titel bestanden habe; dabei habe sie diverse Beweismittel für ihre Sachdarstellung angeboten, in der Annahme, es

werde diesbezüglich zu einem gesetzeskonformen Beweisverfahren kommen. Der Beweis über diese Behauptung sei aber von der Vorinstanz willkürlich und ohne Begründung nicht abgenommen worden. Sie habe lediglich einen Beweissatz zur Frage aufgestellt, ob damals ein Markt- oder Börsenpreis bestanden habe, nicht aber, ob diesem Preis tatsächlich ein funktionierender liquider Markt zugrundegelegen habe. Im Urteil berufe sich die Vorinstanz darauf, dass mittels Kursblatt der Irish Stock Exchange ein Börsenpreis habe nachgewiesen werden können. Nur in einem Nebensatz halte sie fest, dass sich anschliessend (an den Erwerb der Titel durch die Beschwerdegegnerin) kein Markt entwickelt habe; dies beziehe sich aber auf eine frühere (hier nicht zur Diskussion stehende) Transaktion und sei daher in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

Indem die Frage, ob für die Z. Titel im Zeitpunkt der hier interessierenden (zweiten) Transaktion überhaupt ein liquider Markt bestand oder nicht, nicht zum Thema des Beweisverfahrens gemacht worden sei, sei der Beschwerdeführerin die Möglichkeit genommen worden, mittels Urkunden den Gegenbeweis zu erbringen; mithin sei ihr das Recht auf Beweisführung verweigert worden (Beschwerde Ziff. 31).

1.3a) Mit Beschluss vom 20. Dezember 2001 wurde u.a. der Beschwerdegegnerin der Hauptbeweis dafür auferlegt, "dass die Warrants der Z. ... Holdings Ltd. im Zeitraum vom 7. November 1994 (Valuta der Belastung der Warrants; act. 4/89) einen Börsen- oder Marktpreis aufwiesen" (Prot. HG S. 22, Beweissatz 4.2b). Die Frage bzw. Behauptung, ob zum damaligen Zeitpunkt effektiv ein Markt bezüglich dieser Titel bestand, wurde als solche nicht zum Beweis verstellt.

Gemäss § 133 ZPO ist Beweis zu erheben über streitige und (nach Auffassung des Gerichts) erhebliche Tatsachen. Ob im Bereich des Bundeszivilrechts eine Tatsache rechtserheblich ist, ist Frage des Bundesrechts und hier nicht zu prüfen (§ 285 ZPO); diesbezüglich müsste das Bundesgericht angerufen werden. Erachtete die Vorinstanz das Bestehen eines Marktes für die zu entscheidenden Punkte als nicht erheblich, brauchte sie – insoweit ohne weitere Begründung – dazu auch keinen Beweis abzunehmen. Die Beschwerdegegnerin vertritt die Auffassung (KG act. 14 S. 4), für das Handelsgericht sei die Frage, ob ein Markt

bestanden habe oder nicht, nicht entscheidend gewesen, womit ein Beweisverfahren zu diesem Punkt habe unterbleiben dürfen. Dies trifft zu. Das Handelsgericht bejaht an der genannten Stelle (Urteil S. 34), dass die fraglichen Titel seit Februar 1994 an der irischen Börse kotiert gewesen seien, was unstrittig ist; anschliessend hält es fest (Urteil S. 35), der Umstand, dass sich kein Markt entwickelt habe "wie die Klägerin behauptet und die Beklagte nicht explizit bestreitet", könne der Beschwerdegegnerin nicht angelastet werden und sei ein spekulativen Anlagen immanentes Risiko. Eine Feststellung, es habe – zu welchem Zeitpunkt auch immer – ein Markt bestanden, wird nicht getroffen. Vielmehr geht das Handelsgericht in Übereinstimmung mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin davon aus, es habe *kein* Markt für die Aktien bestanden, was aber an der Abweisung der Klage in diesem Punkt nichts ändere. Aus dem Gesagten folgt, dass die Frage insoweit nicht strittig war und dass überdies das Handelsgericht davon ausging, es habe *kein* solcher Markt bestanden, was sich aber rechtlich nicht auswirke. Der Rüge, es habe zu diesem Punkt kein Beweisverfahren stattgefunden, ist damit der Boden entzogen.

b) Selbst wenn man annehmen würde, das Handelsgericht sei vom Bestehen eines Marktes ausgegangen (und habe diesbezüglich kein Beweisverfahren durchgeführt), wäre der Beschwerde in diesem Punkt kein Erfolg beschieden. Die Beschwerdeführerin beanstandet nämlich (zu Recht) nicht, dass das Handelsgericht zu diesem Punkt einzelne Beweismittel nicht abgenommen (oder sonst gegen konkrete Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts verstossen) hat, sondern rügt, es sei insofern *überhaupt kein Beweis* abgenommen worden. Damit handelt es sich aber um eine Frage der Verletzung des aus Art. 8 ZGB fliessenden *Beweisführungsanspruchs*: Art. 8 ZGB ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verletzt, wenn der kantonale Richter über eine für seinen Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung überhaupt keinen Beweis führen lässt und diese als richtig hinnimmt, während die Abnahme einzelner (aber nicht aller angerufenen) Beweise, d.h. die blosser Verkürzung der prozessualen Rechte, nicht unter Art. 8 ZGB fällt, sondern kantonales Recht bzw. Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV) betrifft (vgl. BSK-ZGB I/SCHMID, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 8 N 12). Soweit sich die Bestimmung von § 133 ZPO mit Art. 8 ZGB deckt, kommt ihr

keine selbständige Bedeutung zu; die Verletzung des Beweisführungsanspruchs ist als Verletzung von Art. 8 ZGB mit dem zulässigen bundesrechtlichen Rechtsmittel (Beschwerde in Zivilsachen) vor Bundesgericht zu rügen, und auf die Rüge der Verletzung von § 133 ZPO ist gemäss ständiger Rechtsprechung im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht einzutreten (ZR 95 Nr. 73 Erw. b und zuletzt ZR 106 Nr. 32 Erw. 2.3, mit weiteren Hinweisen).

1.4 Im gleichen Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin geltend (Beschwerde Ziff. 32), die Vorinstanz berücksichtige nicht, dass die Beschwerdegegnerin selbst sowie von ihr angefragte Personen vorprozessual mehrfach zugestanden hätten, dass sowohl im Zeitpunkt des Erwerbs der Titel wie auch davor und danach kein Markt bestanden habe. Auch werde ausser Acht gelassen, dass der Gutachter bestätigt habe, dass die Beschwerdegegnerin im Herbst 1994 – bis auf die Beschwerdeführerin – keine Käufer für die entsprechenden Titel eines anderen Kunden gefunden habe, und dass die Bewertung der Titel von einer unabhängigen Quelle vorgenommen worden sei.

Auch hier gilt, dass die Vorinstanz eine entsprechende Annahme – Bestehen eines effektiven Markts – nicht getroffen hat (vgl. oben 1.3a). Die Rüge geht damit ins Leere.

1.5 Weiter rügt die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Begründungspflicht (Beschwerde Ziff. 35). Sie macht geltend, die Vorinstanz habe nicht andeutungsweise begründet, warum mit Bezug auf die (hier in Frage stehende) zweite Transaktion keine Sorgfaltspflichtverletzung der Beschwerdegegnerin vorliegen soll, sondern habe lediglich ausgeführt, warum mit Bezug auf die erste Transaktion keine solche Pflichtverletzung vorliege.

Die Begründungspflicht leitet sich im Bereich bundesrechtlicher Ansprüche (auch) aus dem Bundesrecht ab, weshalb das Kassationsgericht insofern auf Beschwerden seit jeher nicht eintritt (ZR 93 Nr. 29; vgl. HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum GVG, Zürich 2002, § 157 N 48). Daran hat sich durch das Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes nichts geändert. Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG sieht (in Fortführung von Art. 51 Abs. 1 lit. c OG) vor, dass der anzufechtende kantonale

Entscheid die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art zu enthalten hat. Ferner sieht Art. 112 Abs. 3 BGG vor, dass das Bundesgericht bei ungenügender Begründung den Entscheid zur Verbesserung an die kantonale Behörde zurückweisen oder aufheben kann. Die kantonalrechtliche Begründungspflicht (§ 157 GVG) geht insoweit in der bundesrechtlichen Norm auf und kann – zumal das Bundesgericht diese Frage von Amtes wegen und frei prüft – nicht zum Gegenstand der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden (§ 285 ZPO).

2. Die Beschwerdeführerin rügt weiter (Beschwerde Ziff. II.2.1.2, S. 13 ff.) aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Sie wiederholt allerdings in diesem Zusammenhang über weite Strecken die bereits unter dem Aspekt von § 281 Ziff. 1 ZPO erhobene und bereits zuvor als unbegründet bzw. unzulässig verworfene Rüge. Es geht auch hier ausschliesslich um die Frage, ob am 7. November 1994 ein liquider Markt für die Z. Titel bestand oder nicht. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf das vorstehend Ausgeführte verwiesen werden; ein aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme liegt in diesem Zusammenhang aus Sicht der Beschwerdeführerin schon deshalb nicht vor, weil das Handelsgericht wenn überhaupt, so einzig die Annahme getroffen hat, es habe kein solcher Markt bestanden, was sich mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin deckt.

3. Nachdem sich die Beschwerde als unbegründet erweist, werden die Vorbringen der Beschwerde zur Neuregelung der Nebenfolgen (Beschwerde Ziff. II. 2.2 und II.2.3, S. 14 f.) gegenstandslos.

4. Zusammenfassend ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

5. Gegen den vorliegenden Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig. Ferner beginnt mit Zustellung des Entscheides die

Frist zur Anfechtung des handelsgerichtlichen Entscheides beim Bundesgericht neu zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 252.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- 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. 4'500.-- zu entrichten.
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 ca. Fr. 98'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichts vom 25. Januar mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG

1. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: