



Kass.-Nr. AA080170/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 29. Juni 2009

in Sachen

N Ltd.,

...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt

FS,

...,

Nebenintervenient

vertreten durch Rechtsanwalt ...

sowie

1. AH, ...,
2. RG, ...
c/o T AG, ...,
3. XB, ...,
4. MV...,

Streitberufene

gegen

BS,

g...,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend
Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil vom Handelsgericht des Kantons Zürich vom 22. Februar 2008 (HG070132/Udz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Datum vom 24. Oktober 2003 schlossen die in Luxemburg domizilierte L-AG i.G. als Kreditnehmerin und der Kläger als Kreditgeber einen Darlehensvertrag über EUR 65'000.-- befristet auf 30 Monate seit Valutadatum der Darlehensauszahlung (HG act. 3). Der Kläger erteilte gleichentags seiner Bank einen entsprechenden Zahlungsauftrag per Valuta 3. November 2003 (Anhang zu HG act. 3). Mit Schreiben vom 1. Dezember 2003 bestätigte die L Immobilien AG dem Kläger den Zahlungseingang vom 4. November 2003 und versicherte ihm, dass das Darlehen mittels einer Kreditausfallbürgschaft vollumfänglich abgesichert sei (HG act. 5/4). Am Ende dieses Schreibens fand sich eine Erklärung von Rechtsanwalt AH, Luxemburg, vom 2. Dezember 2003 mit folgendem Wortlaut: "Obiges Darlehen durch hinterlegte Kreditausfallbürgschaft abgesichert; in Kopie beiliegend." (die drei Wörter "in Kopie beiliegend" sind handschriftlich eingefügt). Dem Schreiben lag eine vom 14. November 2003 datierte, von der Beklagten im Auftrag der L Immobilien AG ausgestellte "Bürgschaftsgarantie" über EUR 4 Mio., welche als Begünstigte "Investoren & Darlehensgeber, treuhänderisch vertreten durch Etude H & F, Avocats" nannte (Anhang zu HG act. 5/4). Die Garantieerklärung wurde dem Schweizer Recht unterstellt (Ziff. 3).

Die L Immobilien AG zahlte das Darlehen nicht zurück. Mit Schreiben vom 23. Januar 2007, dem bereits ein Briefwechsel vorangegangen war, forderte der Kläger die Beklagte auf, ihm bis spätestens 5. Februar 2007 EUR 65'000.-- zu bezahlen (HG act. 5/11). Mit Eingabe vom 24. Mai 2007 erhob der Kläger beim Handelsgericht Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm EUR 65'000.-- zuzüglich 5 % Verzugszins ab 6. Februar 2007 zu bezahlen (HG act. 2). In ihrer Klageantwort vom 27. August 2007 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage und verkündete gleichzeitig fünf Personen den Streit (HG act. 11). Am 19. Oktober 2007 erfolgte eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung, an welcher keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte (HG

Prot. S. 9). Mit unverlangter Eingabe vom 20. Dezember 2007 ergänzte die Beklagte die Anträge ihrer Klageantwort (HG act. 24). Am 22. Februar 2008 erfolgte die Hauptverhandlung (Replik und Duplik, HG Prot. S. 13 - 17). Gleichentags ging die Erklärung von FS, einer der Personen, welchen die Beklagte den Streit verkündet hatte, vom 21. Februar 2008 ein, wonach dieser dem Prozess als Nebenintervenient beitrete (HG act. 29).

Das Handelsgericht trat mit Beschluss vom 22. Februar 2008 auf die Begehren der Beklagten in deren Eingabe vom 20. Dezember 2007 nicht ein und nahm vom Beitritt von FS als Nebenintervenient auf Seiten der Beklagten Vormerk. Mit gleichzeitig ergangenem Urteil hiess das Handelsgericht die Klage gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger EUR 65'000.-- zuzüglich 5 % Zins ab 6. Februar 2007 zu bezahlen (HG act. 36 = KG act. 2).

2. Mit Ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es sei das Urteil des Handelsgerichts vom 22. Februar 2008 vollumfänglich aufzuheben (KG act. 1 S. 2). Der Kläger beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (KG act. 13). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 5. November 2008 aufschiebende Wirkung und setzte der Beklagten Frist zur Leistung einer Prozesskaution an (KG act. 6). Diese Kautionsleistung leistete die Beklagte innert einmal erstreckter Frist (KG act. 10 und 12).

II.

1. a) Die Beschwerdeführerin beantwortete mit Eingabe vom 27. August 2007 die Klage (HG act. 11). Mit unaufgeforderter Eingabe vom 20. Dezember 2007 ergänzte die Beschwerdeführerin die Anträge zur Klageantwort (HG act. 24). Das Handelsgericht hält dafür, auf die dort gestellten Begehren sei nicht einzutreten; entweder seien diese verspätet gestellt worden (§ 117 ZPO) oder es fehle am rechtlichen Interesse an deren Beurteilung, da darüber im Rahmen der Entscheid-

findung über die Leistungsklage des Beschwerdegegners ohnehin zu befinden sei (KG act. 2 S. 4 f. Erw. III/2).

Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, dass ihre Anträge vom 20. Dezember 2007 keine Widerklage zum Gegenstand hätten. Schon deshalb sei der vom Handelsgericht angeführte § 117 ZPO a priori nicht anwendbar bzw. nicht einschlägig. Weiter seien gemäss § 114 ZPO die Parteien "mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben". Die Eingabe der Beschwerdeführerin sei jedoch nicht nach dem letzten Parteivortrag, sondern vielmehr zwischen Klageantwort und Replik erfolgt. Gleichzeitig verletze das Handelsgericht mit der Nichtberücksichtigung / Nichtbehandlung der Eingabe HG act. 24 den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (KG act. 1 S. 5 f. Rz 8 - 12).

b) Die Beschwerdeführerin erhob mit ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2007 keine Widerklage. Der Hinweis des Handelsgerichts auf § 117 ZPO, welcher bestimmt, dass die Widerklage mit der Klageantwort zu erheben und zu begründen sei, geht somit fehl. Zutreffend weist die Beschwerdeführerin auf § 114 ZPO hin, wonach die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen sind, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Der letzte Vortrag der Beschwerdeführerin im Hauptverfahren war die mündlich vorgetragene Duplik anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Februar 2008 (HG Prot. S. 14 sowie Plädoyernotizen HG act. 34). Die Eingabe vom 20. Dezember 2007 erfolgte also vor dem letzten Vortrag. Ob und wie weit Anträge, die ausserhalb des ordentlichen Schriften- und Vortragswechsel im Hauptverfahren gestellt werden, zu beachten seien, kann dahingestellt werden, da die Beschwerdeführerin in der Duplik ausdrücklich Bezug auf die Zusatzanträge vom 20. Dezember 2007 nahm (HG act. 34 S. 2 oben). Damit bilden diese Anträge Bestandteil des Rechtsbegehrens gemäss Duplik und wurden rechtzeitig gestellt.

Ein allfälliger Nichtigkeitsgrund führt nur dann zur Gutheissung der Beschwerde, wenn er sich zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei ausgewirkt hat (§ 281

ZPO). Das Handelsgericht begründet seine Ansicht, es sei auf die Anträge der Beschwerdeführerin nicht eingetreten, nicht bloss mit deren Verspätung, sondern auch, weil es am rechtlichen Interesse an deren Beurteilung fehle, da darüber im Rahmen der Entscheidungsfindung über die Leistungsklage des Beschwerdegegners ohnehin zu befinden sei. Mit dieser zweiten Begründung setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Sie zeigt insbesondere nicht auf, für welche ihrer Anträge diese Begründung fehlerhaft sei und weshalb dies der Fall sei. Damit weist sie nicht nach, dass ihr ein Nachteil erwachsen sei, indem das Handelsgericht nicht gesondert auf ihre Anträge eingegangen sei. Soweit ist auf die Rügen mangels Beschwer nicht einzutreten.

Im Übrigen zeigt das Handelsgericht mit der gerügten Erwägung auf, dass es von den Anträgen Kenntnis genommen hat, und weshalb es auf diese nicht weiter eingeht. Die Rüge der Gehörsverweigerung ist unbegründet.

2. a) Das Handelsgericht befasst sich in Erwägung IV/4.2 des angefochtenen Urteils mit der Bestätigung der L Immobilien AG vom 1. Dezember 2003 betreffend Zahlungseingang der Darlehenssumme, mit der auf dem gleichen Blatt angebrachten Bestätigung von Rechtsanwalt AH vom 2. Dezember 2003 ("Obiges Darlehen durch hinterlegte Kreditausfallbürgschaft abgesichert; in Kopie beiliegend") und mit der angehefteten "Bürgschaftsgarantie" der Beschwerdeführerin vom 14. November 2003 (HG act. 5/4). Es hält hierzu fest, die Erklärungen der L Immobilien AG und von AH bedeuteten nichts anderes und könnten in guten Treuen auch nicht anders verstanden werden, als dass es sich bei der anhand der Beilage spezifizierten "Bürgschaftsgarantie" um die im Darlehensvertrag vorgesehene Sicherheit handle. Die Mitteilung von AH, dass obiges und somit das Darlehen von EUR 65'000.-- dadurch abgesichert sei, bedeute, dass der Beschwerdegegner im entsprechenden Umfang zum "Begünstigten" bzw. Berechtigten aus dieser "Bürgschaftsgarantie" erklärt werde, was die Abtretung der entsprechenden Ansprüche durch AH als dafür zuständiger Treuhänder voraussetze bzw. zum Inhalt habe. Zum gleichen Ergebnis komme man auch aufgrund folgender Erwägung: Nachdem die L Immobilien AG bereits festgehalten habe, dass eine Sicherheit bestehe, mache die förmliche Erklärung des am Darlehensvertrag unbeteiligten AH nur

Sinn, wenn damit zum Ausdruck gebracht werde, dass der Adressat im Umfange des von ihm gewährten Darlehens Begünstigter aus der "Bürgschaftsgarantie" sei, was die gleichzeitige Übertragung der entsprechenden Ansprüche beinhalte. Mit diesem Vorgehen sei die Beschwerdeführerin gemäss Text der Bürgschaftsgarantie zum Voraus einverstanden gewesen: Begünstigt seien die einzelnen Darlehensgeber, die zunächst von AH treuhänderisch vertreten seien. Dieser könne die Begünstigten durch einfache schriftliche Erklärung in seine (gesamte) Rechtsstellung eintreten lassen, weshalb sich die Beschwerdeführerin denn auch zur Zahlung auf Abruf der Garantie durch die Begünstigten verpflichtet habe. Dass sich durch diesen Wechsel der Vertragspartei die Position der Beschwerdeführerin verschlechtert hätte, sei weder behauptet noch ersichtlich, denn ihre Haftung sei und bleibe auf vier Millionen Euro beschränkt, wobei jede unter der Garantie geleistete Zahlung die Haftung reduziere. Somit spiele es keine Rolle, ob sie einem oder mehreren Berechtigten gegenüberstehe.

Das Handelsgericht führt weiter aus, die weiteren Einwände der Beschwerdeführerin, insbesondere dass die L Immobilien AG nicht die vereinbarte Vorlage für den Darlehensvertrag verwendet habe und ihr, der Beschwerdeführerin, keine Mitteilung von der Abtretung an den Beschwerdegegner gemacht worden sei, seien hier irrelevant, da keine entsprechenden Verpflichtungen bzw. Vertragsverletzungen des Beschwerdegegners dargetan worden seien. Um eine Gültigkeitsvoraussetzung handle es sich bei der geforderten Mitteilung der Abtretung nicht, sondern um eine den Treuhänder treffende Ordnungsvorschrift, deren Verletzung dem begünstigten Beschwerdegegner nicht schaden könne. Hinzu komme, dass sich die Beschwerdeführerin in der "Bürgschaftsgarantie" zu Zahlungen auf erste Aufforderung der Begünstigten hin verpflichtet habe, "ungeachtet der Gültigkeit und Rechtswirkungen der eingangs erwähnten Verträge", weshalb ihr diesbezügliche Einwendungen verwehrt sind. Unerheblich sei schliesslich, wer gemäss Darlehensvertrag die Sicherheit zu stellen hatte; hier von Bedeutung sei einzig, dass die Beschwerdeführerin mit Abschluss der "Bürgschaftsgarantie" diese Verpflichtungen übernommen habe (KG act. 2 S. 8 f.)

b/aa) Die Beschwerdeführerin begründet in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, weshalb HG act. 5/4 (also die Erklärung von Rechtsanwalt AH vom 2. Dezember 2003 auf der Eingangsanzeige der L Immobilien AG vom 1. Dezember 2003 für den Darlehensbetrag) keine Zession darstellen könne, und weist auf Verletzungen der Garantiebedingungen hin. Sie rügt in diesem Zusammenhang aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen (KG act. 1 S. 6 - 12, Rz 13 - 31).

Die genannte Eingangsanzeige der L Immobilien AG, die Erklärung von Rechtsanwalt AH und die "Bürgschaftsgarantie Nr. 555" der Beschwerdeführerin liegen in den Akten (HG act. 5/4 samt Anhang). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass das Handelsgericht den Wortlaut dieser Urkunden falsch wiedergegeben habe und damit einem "blanken Irrtum" verfallen sei. Damit weist sie auch keine Aktenwidrigkeit nach (vgl. dazu: Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27).

Die Eingangsanzeige der L Immobilien AG, die Erklärung von Rechtsanwalt AH und die "Bürgschaftsgarantie" der Beschwerdeführerin enthalten Willenserklärungen, welche vom Handelsgericht in einen Gesamtzusammenhang gebracht und ausgelegt wurden. Welche rechtliche Bedeutung einer Erklärung oder Willensäußerung nach den Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen zukommt, ist Rechtsfrage (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 S. 481). Die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme geht deshalb fehl. Die Verletzung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 ZPO).

Ebenfalls Rechtsfrage ist und damit nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen ist, ob im vorliegenden Rechtsstreit von Relevanz sei, dass die L Immobilien AG nicht die vereinbarte Vorlage für den Darlehensvertrag verwendet habe und der Beschwerdeführerin keine Mitteilung von der Abtretung an den Beschwerdegegner gemacht worden sei, sowie ob von Bedeutung sei, ob die Beschwerdeführerin einem oder mehreren Berechtigten aus der "Bürgschaftsgarantie" gegenüberstehe.

bb) Es bleibt im Kassationsverfahren auf ein in diesem Zusammenhang erhobenes Vorbringen einzugehen: Die Beschwerdeführerin macht geltend, HG act. 5/4 enthalte keinen spezifischen Hinweis auf die Garantie 555 der Beschwerdeführerin. Ob daher die Beilage zu HG act. 5/4 tatsächlich eine Kopie dieser Garantie gewesen sei, sei fraglich. Zweifel seien schon deshalb angebracht, weil einerseits Rechtsanwalt AH selbst nicht gewusst habe, durch welche angebliche Garantie das Darlehen des Beschwerdegegners gesichert sein soll. Auffallend sei sodann, dass die angebliche Beilage gemäss HG act. 5/4 eine Kopie der Garantie der Beschwerdeführerin darstelle, welche von der L Immobilien AG nicht gegengezeichnet worden sei, obschon dies ein Gültigkeitserfordernis gemäss Garantietext gewesen wäre. Die Gegenzeichnung sei bereits am 10. November 2003 erfolgt (HG act. 27/1 S. 3). Aus diesem Grund sei von der Beschwerdeführerin bestritten worden, dass sich HG act. 5/4 auf die Garantie beziehe, die Gegenstand dieses Verfahrens bilde. Diese habe in diesem Zeitpunkt noch gar nicht existiert (KG 1 S. 6 f. Rz 16).

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin weder dartut, wo sie bestritten habe, dass sich HG act. 5/4 auf die Garantie beziehe, noch darlegt, inwiefern sich das Handelsgericht nicht mit dieser Bestreitung auseinandergesetzt habe. Schon insoweit erweist sich die Beschwerde als ungenügend.

In den Akten liegen zwei Kopien der "Bürgschaftsgarantie 555". Die eine wurde vom Beschwerdegegner als Anhang zu HG act. 5/4 eingereicht, die andere, auf welche die Beschwerdeführerin Bezug nimmt, als HG 27/1 von der Beschwerdeführerin anlässlich der Hauptverhandlung. Beide datieren vom 14. November 2003 und weisen bis und mit den Unterschriften der Organe der Beschwerdeführerin denselben Wortlaut auf. Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Kopie enthält auf Seite 3 zusätzlich die Unterschrift von Frank-Ulrich Schneider, welche von einem luxemburgischen Notar mit Datum vom 19. November 2003 beglaubigt wurde. Aus dieser Urkunde ergibt sich entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht, dass die Garantie bereits am 10. November 2003 gegengezeichnet worden sei.

Die "Bürgschaftsgarantie 555" nennt als Ausstellerin die Beschwerdeführerin, als Begünstigte "Investoren & Darlehensgeber, treuhänderisch vertreten durch Etude H & F, Avocats ..." und als Antragstellerin die L Immobilien AG (Anhang zu HG act. 5/4, HG act. 27/1) und datiert, wie bereits ausgeführt, vom 14. November 2003. Die Bestätigung von Rechtsanwalt AH vom 2. Dezember 2003, in welcher auf eine in Kopie beiliegende Kreditausfallbürgschaft Bezug genommen wird und welche auf einer Zahlungseingangsbestätigung der L Immobilien AG vom 1. Dezember 2003 angebracht wurde (HG act. 5/4), erfolgte also nach dem 14. November 2003 und damit nach der Ausstellung der "Bürgschaftsgarantie 555". Folglich war es möglich, die "Bürgschaftsgarantie" der fraglichen Erklärung von AH beizulegen. Zusammenfassend nennt die Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte, welche gegen die Annahme des Handelsgerichts, bei der vom Beschwerdegegner eingereichten Kopie der "Bürgschaftsgarantie" der Beschwerdeführerin vom 14. November 2003 handle es sich um die in der Erklärung von Rechtsanwalt AH vom 2. Dezember 2003 erwähnte Beilage, spricht und welche diese Annahme als willkürlich erscheinen lässt.

3. a/aa) Der Beschwerdegegner beruft sich für den Fall, dass die Erklärung von AH vom 2. Dezember 2003 nicht als Abtretung qualifiziert werde, auf eine "Zedierungserklärung" von AH vom 24. Oktober 2006 (HG act. 5/7). Die Beschwerdeführerin erachtet diese Zession für verspätet und damit rechtsunwirksam. Das Handelsgericht führt hierzu aus, die Beschwerdeführerin mache unter Hinweis auf Ziffer 3 der "Bürgschaftsgarantie" 555 (Anhang zu HG act. 5/4) geltend, dass diese nur bis zum 30. Juni 2006 gültig gewesen sei und erloschen sei, sofern die Inanspruchnahme bis zu diesem Zeitpunkt nicht erfolgt sei. Ein gültiger Rechtsanspruch gegen sie sei daher nur gegeben, wenn das Darlehen am 30. Juni 2006 erstens zur Rückzahlung fällig gewesen sei und zweitens dem Beschwerdegegner bis zu diesem Zeitpunkt der entsprechende Anspruch auf Garantieleistung zediert worden sei. Dem Einwand des Beschwerdegegners, dass sie diese Frist mit Schreiben vom 29. Juni 2006 bis zum 31. Oktober 2006 verlängert habe, halte die Beschwerdeführerin entgegen, die Garantie sei nicht verlängert worden; vielmehr sei allen Personen, die am 30. Juni 2006 einen gültigen Rechtsanspruch aus der Garantie hatten, eine Nachfrist gewährt worden, diesen Anspruch geltend

zu machen. In dem im genannten Schreiben erwähnten Telefongespräch mit AH habe man sich darauf geeinigt, dass die Einreichfrist für bis zum 30. Juni 2006 rechtsgültig begründete Forderungen aus der Garantie bis zum 31. Oktober 2006 verlängert werde. Die Beschwerdeführerin, so das Handelsgericht, gehe somit davon aus, dass sie sich mit AH mündlich geeinigt habe. Daher sei von vornherein unwesentlich, ob ihr Schreiben vom 29. Juni 2006 nur per Fax oder auch im Original zugestellt worden sei. In diesem Schreiben nehme die Beschwerdeführerin Bezug auf das Telefongespräch und bestätige, "dass die Begünstigten der Bürgschaftsgarantie Nr. 555 und der Bürgschaftsgarantie Nr. 666 allfällige Ansprüche bis zum 31. Oktober 2006 bei uns anmelden können" (HG act. 5/5). Da die Parteien den Inhalt der mündlichen Übereinkunft mit AH wie auch die Aussage des Schreibens vom 29. Juni 2006 verschieden deuten, sei abzuklären, wie er diese Abrede als Verhandlungspartner und Empfänger dieses Schreibens nach Treu und Glauben habe verstehen dürfen. Die Beschwerdeführerin behaupte nämlich nicht, dass am Telefon speziell über die Zessionsfrage gesprochen worden sei, ja dass man sich in dem von ihr behaupteten Sinn explizit geeinigt habe.

Das Handelsgericht fährt fort, das Schreiben vom 29. Juni 2006 (HG act. 5/5) nehme einleitend Bezug auf die "Kündigungsfrist Bürgschaftsgarantie Projekt XY". Darin werde bestätigt, dass die Begünstigten allfällige Ansprüche bis 31. Oktober 2006 anmelden könnten. Diese Formulierung beinhalte eine Fristverlängerung für die "Begünstigten" insgesamt, was bedeute, dass sie bis zum 31. Oktober 2006 ihren Rechtsanspruch im Kollektiv oder je einzeln anmelden könnten, was nichts anderes bedeute, als dass die Garantie bis und mit 31. Oktober 2006 habe abgerufen werden dürfen, da kein Anspruch angemeldet werden könne, wenn die Garantie nicht beansprucht worden sei und nach erfolgtem Abruf der Anspruch nicht nochmals angemeldet werden müsse. Damit müsse eine Abtretung auch nach dem 30. Juni 2006 möglich bzw. zulässig sein. Wenn die Beschwerdeführerin der Meinung gewesen sei, dass die Zessionen bis zum 30. Juni 2006 vorzunehmen gewesen seien, hätte sie dies unmissverständlich festhalten müssen. Auch die von der Beschwerdeführerin im Prozess behauptete mündliche Abrede, es sei allen Personen, die am 30. Juni 2006 einen gültigen Rechtsanspruch aus der Garantie hatten, eine Nachfrist gewährt worden, diesen Anspruch geltend zu machen

(HG act. 11 S. 4 Rz. 6), und man habe sich darauf geeinigt, dass die Einreichfrist für bis zum 30. Juni 2006 rechtsgültig begründete Forderungen aus der Garantie bis zum 31. Oktober 2006 verlängert werde (HG act. 34 S. 17 f. Rz. 46), sei ähnlich unpräzis. Analog der Umschreibung "Begünstigte" in der "Bürgschaftsgarantie" werde nur generell Bezug genommen auf Personen oder Forderungen, die einen Rechtsanspruch aus bzw. ihren Rechtsgrund in der Garantie hätten. Davon, dass diese beiden Kollektive bis zum 30. Juni 2006 in Einzelpersonen oder Einzelforderungen aufgeteilt sein müssten, sei nicht die Rede.

Dafür, so das Handelsgericht, wie diese Erklärungen von AH nach Treu und Glauben verstanden werden durften, sei noch Folgendes bedeutsam: Dieser bzw. dessen Kanzlei sei nicht bloss "treuhänderischer" Verwalter bzw. Vertreter der "Begünstigten", sondern die für die Vornahme der Zession zuständige Person. Wenn also - wie die Beschwerdeführerin geltend mache - die Abtretungen bis zum 30. Juni 2006 vorzunehmen gewesen seien, sei AH gehalten gewesen, dies innert 1 - 2 Tagen zu tun. Diese für AH bedeutsame Einschränkung hätte ihm gegenüber klar kommuniziert werden müssen, was die Beschwerdeführerin sowohl in der von ihr behaupteten mündlichen Absprache wie auch im Bestätigungsschreiben versäumt habe (KG act. 2 S. 10 - 12, Erw. IV/5.1 - 5.3).

bb) Die Beschwerdeführerin hält fest, es sei unbestritten, dass mit der "Zedierungserklärung" vom 24. Oktober 2006 (HG act. 5/7) wenigstens der Form nach eine Abtretung allfälliger den Beschwerdegegner betreffender Ansprüche aus der Garantie vorliege, was zugleich ausschliesse, dass AH mit seiner Erklärung vom 2. Dezember 2003 (HG act. 5/4) eine Abtretung habe vornehmen wollen. Bestritten bleibe dagegen, dass die Abtretung rechtzeitig erfolgt sei. Unbestritten sei weiter, dass eine Verlängerung der Frist zur Anmeldung allfälliger Ansprüche bis zum 31. Oktober 2006 erfolgt sei. Bestritten seien dagegen Inhalt und Modalitäten dieser Verlängerung. Das Handelsgericht nehme diesbezüglich eine Würdigung einer allfälligen mündlichen Vereinbarung vor, ohne sämtliche vorliegenden Akten zu berücksichtigen und ohne ein Beweisverfahren durchzuführen. Aufgedrängt hätte sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Einvernahme der an der mündlichen Einigung beteiligten Personen als Zeugen. Wenn das Handelsgericht

den Inhalt der mündlichen Einigung als relevant betrachte, sei es verpflichtet, diesen Inhalt unter Berücksichtigung der Parteivorbringen nötigenfalls im Rahmen eines Beweisverfahrens festzustellen. Falls es die Ansicht vertrete, ein formelles Beweisverfahren sei nicht erforderlich, habe es dies zu begründen. Keinesfalls gehe es an, selbst den Inhalt bereits aktenkundiger Beweismittel (ebenfalls ohne jede Begründung) ausser Acht zu lassen.

Insbesondere berücksichtige das Handelsgericht die Telefonnotiz von SR vom 29. Juni 2006 über das Telefongespräch mit AH (HG act. 27/11) nicht. Darin werde klar festgehalten, dass die Beschwerdeführerin lediglich einer Verlängerung der Frist zur Anmeldung von per 30. Juni 2006 bereits bestehenden, d.h. abgetretenen Ansprüchen, zustimme, nicht jedoch einer Verlängerung der Garantie als solcher. Insbesondere werde wörtlich auf "Zessionsinhaber" Bezug genommen; die Darstellung, wonach "am Telefon [nicht] speziell über die Zessionsfrage gesprochen wurde", erweise sich damit als klar aktenwidrig. HG act. 27/11 beweise vielmehr eine Einigung der Parteien entgegen der von der Vorinstanz vorgenommenen Interpretation: die Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen aus der Garantie sollte nur für Begünstigte gelten, denen allfällige Ansprüche rechtzeitig bis zum 30. Juni 2006 abgetreten worden seien.

Unverständlich sei, so die Beschwerdeführerin weiter, die Bemerkung des Handelsgerichts, wonach AH klar hätte kommuniziert werden müssen, dass Abtretungen bis zum 30. Juni 2006 vorzunehmen gewesen seien, nachdem dies von Anfang an die Gültigkeitsfrist der Garantie gewesen sei. Davon abgesehen sei AH, wie sich Ende Oktober 2006 zeigen sollte, durchaus in der Lage, innerhalb eines Tages Abtretungen an eine Vielzahl von (angeblich) Begünstigten vorzunehmen (KG act. 1 S. 12 f., Rz. 32 - 36).

b) In seiner handschriftlichen Telefonnotiz vom 29. Juni 2006 hält SR stichwortartig folgendes fest (HG act. 27/11):

"^L> Bestätigung, dass wir Beantragung verlängern
Brief versprochen!!!

→ keine Verlängerung der Garantie zur Schadensanmeldung

- ↳ Aufforderung uns alle per 30.6. Berechtigten an der Garantie (Zessionsinhaber) mit Garantieuordnung zu bestätigen.
- Hans bitte Brief fertig stellen.

Danke [Kurzsignatur]"

Diese Notiz scheint einerseits das Gespräch festhalten und andererseits Interpretationen und Handlungsanweisungen von SR zu enthalten (vgl. die unterschiedlichen Pfeilsymbole ↳ und →). Zwar findet sich in der Notiz in Klammern gesetzt der Ausdruck "Zessionsinhaber" zur Umschreibung des weiteren Begriffs "Berechtigten an der Garantie", doch ergibt sich allein daraus nicht, dass speziell über die Zessionsfrage, also über die Modalitäten solcher Zessionen, gesprochen worden sei. Die Beschwerdeführerin zeigt in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde nicht auf, dass sie vor Handelsgericht entsprechende Behauptungen mit Bezug auf das besagte Telefongespräch aufgestellt habe. Sie weist nicht nach, dass die diesbezügliche Feststellung des Handelsgerichts auf einem blanken Irrtum beruhe und damit aktenwidrig sei.

Die Beschwerdeführerin nahm mit von SR mitunterzeichnetem Schreiben vom 29. Juni 2006 an AH auf das Telefongespräch Bezug und bestätigte, "dass die Begünstigten der Bürgschaftsgarantie Nr. 555 und der Bürgschaftsgarantie Nr. 666 allfällige Ansprüche bis zum 31. Oktober 2006 bei uns anmelden können" (HG act. 5/5). Wie diese Bestätigung zu verstehen sei, ist eine Frage der Auslegung der entsprechenden Willenserklärung nach den diesbezüglichen bundesrechtlichen Grundsätzen. Ob sich die Beschwerdeführerin im Nachhinein und gegenüber dem Beschwerdegegner auf weitere, von ihr im Schreiben an AH nicht aufgeführte Äusserungen im Telefongespräch berufen kann, richtet sich ebenfalls nach Bundesrecht. Entsprechend richtet sich ebenfalls nach Bundesrecht, ob es vorliegend auf den genauen Wortlaut des Telefongesprächs zwischen SR und AH ankomme, und damit verbunden, ob eine der Parteien eine entsprechende Beweislast treffe (Art. 8 ZGB) bzw. den Parteien Gelegenheit zu geben sei, diesbezüglich Beweis zu führen. Eine weitere Frage der Anwendung von Bundesrecht ist, ob die Beschwerdeführerin AH klar hätte kommunizieren müssen, dass allfällige Abtretungen bis zum 30. Juni 2006 vorzunehmen gewesen wären. Die Verlet-

zung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht angebracht werden (Art. 95 lit. a BGG), weshalb diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht offen steht (§ 285 ZPO).

4. a) Das Handelsgericht führt aus, die Beschwerdeführerin wende ein, dass die an die Begünstigten abgetretenen Ansprüche die von ihr durch beide "Bürgschaftsgarantien" sichergestellten Maximalbeträge überstiegen. Die Beschwerdeführerin behaupte nicht, bezüglich der "Bürgschaftsgarantie" 555 für mehr als EUR 4 Mio. in Anspruch genommen worden zu sein oder gar diesen Betrag ausbezahlt zu haben. Damit erweise sich der Einwand der Beschwerdeführerin als unbegründet. Aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten Aufstellung HG act. 27/14 lasse sich einzig entnehmen, dass der L Immobilien AG insgesamt Investendarlehen von EUR 6'229'447.-- gewährt worden sein sollen. Ob und in welchem Betrag Zessionen und zulasten welcher der beiden "Bürgschaftsgarantien" abgegeben worden seien, gehe daraus nicht hervor; dazu äussere sich die Beschwerdeführerin mit keinem Wort. Immerhin falle auf, dass der Beschwerdegegner auf dieser Liste an sechster Stelle figuriere, womit sein Darlehen bei vorangehenden EUR 450'000.-- durch die "Bürgschaftsgarantie" über Fr. 4 Mio. abgesichert wäre (KG act. 2 S. 13 Erw. IV/7.1 und 7.2).

b) Die Beschwerdeführerin rügt, das Handelsgericht argumentiere aktenwidrig, wenn es ausführe, sie äussere sich mit keinem Wort zur Frage, ob und in welchem Umfang Zessionen erfolgt seien. Tatsächlich führe die Beschwerdeführerin aus, dass sie mit Zessionen im Umfang von über EUR 6 Mio. konfrontiert sei, welche Ende Oktober 2006 vorgenommen worden seien (HG act. 24 Ziff. 10 und 14). Genauere Ausführungen seien der Beschwerdeführerin aufgrund der vertragswidrigen Nichtbenachrichtigung der erfolgten Zessionen naturgemäss nicht möglich gewesen. Allerdings sei die Behauptung der Beklagten, es seien Zessionen im Umfang von mehr als EUR 6 Mio. erfolgt, genügend substantiiert gewesen, um darüber Beweis abzunehmen, was das Handelsgericht unterlassen habe. Bekanntlich sei die Garantie, auf die sich der Beschwerdegegner berufe, auf einen Höchstbetrag von EUR 4 Mio. beschränkt. Darlehensforderungen gegen die L Immobilien AG sollten dagegen im Umfang von EUR 6'229'477 bestehen. Abge-

treten werden können hätten jedoch nur Ansprüche gegen die Beschwerdeführerin aus dieser Garantie. Es hätten somit nur Ansprüche in diesem Umfang abgetreten werden können; für darüber hinaus vorgenommene Zessionen fehle es an der natürlichen Grundlage einer jeden Abtretung, an einer Forderung (KG act. 1 S. 14 f. Rz 40 f.).

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Liste der Darlehensgeber (HG act. 27/14) vermöge nicht zu beweisen, dass die Zession an den Beschwerdegegner zu den allein massgebenden Zessionen im Höchstbetrag von EUR 4 Mio. gehöre. Entgegen dem Handelsgericht sage die Position des Beschwerdegegners auf dieser Liste nichts darüber aus, zumal sie vor den Zessionen Ende Oktober 2006 erstellt worden sei. Die Liste sei nach Zahlungseingang der Darlehenssumme sortiert und enthalte keine Angaben über die Reihenfolge der späteren Zessionen. Sollte diese, was plausibel wäre, alphabetisch vorgenommen worden sein, würde ein Vorgang von mehr als EUR 4 Mio. bestehen und eine Zession unter der Garantie an den Beschwerdegegner ausgeschlossen sein. Dafür, dass eine gültige Zession im Rahmen des Höchstbetrags der Garantie vorliege, wäre allerdings der Beschwerdegegner behauptungs- und beweispflichtig (KG act. 1 S. 154 f. Rz. 43)

c) Die Beschwerdeführerin führte in der von ihr genannten Rechtsschrift HG act. 24 aus, sollte das Handelsgericht die Ansprüche des Beschwerdegegners für einerseits rechtmässig und andererseits rechtzeitig beurteilen, habe dies Auswirkungen auf beinahe sämtliche von der L Immobilien AG ausgestellten Darlehensverträge. Eine Folge wäre, dass der Beschwerdeführerin Zessionen im Umfang von über EUR 6 Mio. gegenüberstehen würden, aber lediglich ein in Rechtskraft erwachsenes Bürgschaftsinstrument im Umfang von EUR 4 Mio. vorliege (S. 6 Rz. 10). Weiter führte die Beschwerdeführerin in derselben Rechtsschrift aus, Rechtsanwalt AH habe gegen Ende Oktober 2006 verschiedene "Zedierungserklärungen" für insgesamt über EUR 6 Mio. vorgenommen (S. 7 Rz. 14).

Diese Ausführungen stehen nicht in Widerspruch zur gerügten Erwägung des Handelsgerichts. Aus der Aufstellung HG act. 27/14 geht nicht hervor, bezüglich welcher der aufgeführten Darlehen Zessionserklärungen erfolgt seien und wie sich diese auf die beiden "Bürgschaftsgarantien" 555 und 666 verteilten. Dazu

äusserte sich die Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsschrift HG act. 24 vom 20. Dezember 2007 nicht. Die Rüge der Aktenwidrigkeit ist damit unbegründet.

Das Vorbringen, genauere Ausführungen seien der Beschwerdeführerin aufgrund der vertragswidrigen Nichtbenachrichtigung der erfolgten Zessionen naturgemäss nicht möglich gewesen, betrifft die Behauptungslast. Zwar auferlegt Art. 8 ZGB keine bundesrechtliche Behauptungslast, doch setzt diese Bestimmung entsprechende Behauptungen voraus. Ohne vorgängige Behauptung einer Tatsache kann kein Beweis darüber geführt werden (Tarkan Göksu, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 9 zu Art. 8 ZGB). Mit der Beweislast geht daher die Behauptungslast einher. Die Substantiierungspflicht ist ein Aspekt der Behauptungslast, das Mass der Substantiierung ergibt sich aus dem Bundesrecht (BGE 127 III 365 ff.; Oscar Vogel / Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, S. 265 Rz. 56; Hans Schmid, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, NN 29 und 33 zu Art. 8 ZGB).

Es richtet sich somit nach Bundesrecht, ob die Behauptung der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt AH habe gegen Ende Oktober 2006 verschiedene Zessionen für insgesamt über EUR 6 Mio. vorgenommen, welche also in ihrer Gesamtheit den Garantiebetrug von EUR 4 Mio. überschritten, eine ausreichende Substantiierung darstelle, oder ob die Beschwerdeführerin nicht hätte konkrete tatsächliche Behauptungen zu den ihr bekannten Zessionserklärungen aufstellen sollen. Ebenfalls nach Bundesrecht richtet sich, ob und in welchem Umfang der Beschwerdegegner dafür, dass die auf ihn lautende Zession im Rahmen des Höchstbetrags der Garantie liege, behauptungs- und beweispflichtig sei, oder ob umgekehrt die Beschwerdeführerin für ihren Standpunkt, dass diese Zession den Rahmen sprengte, behauptungs- und beweispflichtig sei. Entsprechende Rügen sind mit Beschwerde beim Bundesgericht anzubringen, weshalb diesbezüglich auf die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist.

Zutreffend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Liste der gewährten Darlehen (HG act. 27/14) nach Zahlungseingang sortiert ist und keine Angaben über die Reihenfolge der späteren Zessionen enthält. Wie zu verfahren sei, wenn letztlich die von AH vorgenommenen und auf die Garantie 555 bezogenen Zessi-

onen die Garantiesumme von EUR 4 Mio. überschreiten, ob in diesem Fall das Datum des Vertragsabschlusses, des Zahlungseingangs oder der Zession dafür massgebend sei, ob die einzelnen Darlehensgeber aus der Garantie befriedigt werden, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht. Somit richtet sich auch nach Bundesrecht, ob das Handelsgericht zu Recht aus der Position des Beschwerdegegners auf der besagten Liste auf eine Absicherung des Darlehens durch die Garantie schliesst. Wiederum sind entsprechende Rügen mit Beschwerde beim Bundesgericht und nicht mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde anzubringen.

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Da die Beschwerdeführerin im Kassationsverfahren vollumfänglich unterliegt, hat sie dessen Kosten zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und den Beschwerdegegner für dessen Kosten und Umtriebe zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 8'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- 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 EUR 65'000.-- (rund Fr. 100'000.--).

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 22. Februar 2008 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (Büro A-4, Geschäft A-4/200/417), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: