



Kass.-Nr. AA070140/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 2. Oktober 2008

in Sachen

X.

Kläger und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. A.

gegen

Y.

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. B. und lic. iur. C.

betreffend

Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons
Zürich vom 5. Juli 2007 (HG050247)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Kläger und Beschwerdeführer (im Folgenden Beschwerdeführer) hat im Februar 2000 die Beklagte und Beschwerdegegnerin (im Folgenden Beschwerdegegnerin) im Hinblick auf einen möglichen Verkauf der von der Beschwerdegegnerin gehaltenen Stockwerkeigentumsanteile an der Z. in G. kontaktiert und mitgeteilt, dass eine seiner Kundinnen am Kauf interessiert sei. Nach Ansicht des Beschwerdeführers kam in der Folge ein Mäklervertrag mit der Beschwerdegegnerin zustande, sodass ihm der eingeklagte Honoraranspruch zustehe, nachdem die Beschwerdegegnerin am 27. Januar 2005 die Stockwerkeigentumsanteile an der Z. in G. an die vom Beschwerdeführer genannte Kaufinteressentin verkauft hat.

Mit Einreichung der Weisung sowie der Klageschrift machte der Beschwerdeführer am 22. August 2005 beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine entsprechende Forderungsklage gegen die Beschwerdegegnerin hängig (HG act. 1 und 3). Am 5. Juli 2007 erging das die Klage abweisende Urteil des Handelsgerichts (KG act. 2).

2. Der Beschwerdeführer liess am 18. September 2007 dagegen kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben. Er beantragt, das Urteil des Handelsgerichts vom 5. Juli 2007 aufzuheben, und den Prozess zur Vervollständigung der Sachverhaltsfeststellungen und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 19. September 2007 auferlegte Prozesskaution von Fr. 40'000.-- (KG act. 4) ging in- nert Frist ein (KG act. 11). Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 12), hat die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerdeantwort mit Datum vom 19. Oktober 2007 eingereicht (KG act. 13). Diese wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 22. Oktober 2007 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 14). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

II.

1.1 Die Vorinstanz stützt ihr Urteil auf zwei alternative Begründungen, nämlich einerseits darauf, dass der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Mäklervertrag nicht zustandegekommen sei und daher keine vertragliche Anspruchsgrundlage für die eingeklagte Forderung bestehe (KG act. 2 S. 3-10), andererseits darauf, dass selbst bei Gelingen des Nachweises des Zustandekommens eines Mäklervertrages davon ausgegangen werden müsste, dass dieser aufgrund der Doppelmäkelei, d.h. dem Tätigwerden für die Kaufinteressentin (W.) sowie für die Verkäuferin (die Beschwerdegegnerin), zufolge Verstosses gegen die guten Sitten nichtig wäre (KG act. 2 S. 10-13).

1.2 Stützt sich ein Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, konnte nach langjähriger Praxis des Kassationsgerichts eine Nichtigkeitsbeschwerde nur dann zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen, wenn damit sämtliche den Entscheid selbständig tragenden Begründungen zu Fall gebracht wurden. Die Beschwerde konnte also nicht durchdringen, wenn sich auch nur eine der verschiedenen Argumentationen als unanfechtbar erwies oder – als Folge des im Beschwerdeverfahren geltenden Rügeprinzips – die Beschwerde sich nur gegen einzelne der verschiedenen Begründungen richtete. Diesfalls blieb der angefochtene Entscheid nämlich jedenfalls gestützt auf die erfolglos bemängelte oder unangefochten gebliebene Begründung bestehen und trat das Kassationsgericht – abgesehen von denjenigen Fällen, in denen eine der Prüfung durch das Kassationsgericht entzogene Alternativbegründung bereits beim Bundesgericht angefochten worden war – mangels Rechtsschutzinteresses auf eine Beschwerde, die sich lediglich gegen eine von mehreren selbständigen Begründungen richtete, nicht ein (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 24; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 1 zu § 291 ZPO; Kass.-Nr. AA060169 vom 12.7.2007 i.S. A.c.V., Erw. III/3.4).

Diese Rechtsprechung fusste auf dem Umstand, dass unter der Herrschaft des (per 1. Januar 2007 aufgehobenen) Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) auch ein Weiterzug des angefochtenen Entscheids an das Bundesgericht unmittelbar im Anschluss an dessen Eröffnung und mithin parallel zur kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde zu erfolgen hatte, womit im Zeitpunkt des kassationsgerichtlichen Entscheids bereits feststand, ob sich die mit dem ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittel beanstandete(n) Begründung(en) im Ergebnis zum Nachteil des Rechtsmittelklägers ausgewirkt hatte(n).

Im Unterschied zur früheren Rechtslage beginnt nach Art. 100 Abs. 6 BGG die Frist zur (direkten) Anfechtung des ober- resp. handelsgerichtlichen Entscheids (und damit – im Falle der bundesgerichtlichen Kompetenz zu deren Überprüfung – auch der vor Kassationsgericht nicht angefochtenen Begründung(en)) beim Bundesgericht nach Abschluss des Kassationsverfahrens zu laufen. Aufgrund dieser späteren Anfechtungsmöglichkeit und der damit einhergehenden Möglichkeit, so auch die vor Kassationsgericht unangefochten gebliebene(n) Begründung(en) noch zu Fall zu bringen, steht im Zeitpunkt des kassationsgerichtlichen Entscheids aber regelmässig noch nicht fest, ob sich der geltend gemachte Mangel in der bzw. den hierorts angefochtenen Begründung(en) im Ergebnis zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt habe oder nicht (vgl. § 281 ZPO).

Diese neue Rechtslage hat das Kassationsgericht bewogen, seine Praxis zu ändern und bei Erfüllung der übrigen formellen Anforderungen an eine Beschwerdebegründung zumindest im Regelfall auf Rügen gegen einzelne Alternativbegründungen einzutreten und diese materiell zu beurteilen (einlässliche Begründung der Praxisänderung in ZR 107 Nr. 21).

1.3 Der Beschwerdeführer erhebt hinsichtlich beider Alternativbegründungen der Vorinstanz Rügen in der Beschwerdeschrift (KG act. 1, S. 3 und S. 7 RZ 15 ff. sowie S. 14 RZ 35 ff.). Ob er mit seinen Rügen im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde hinsichtlich beider Alternativ-Begründungen im angefochtenen Entscheid durchzudringen vermag resp. sämtliche Rügen im Lichte von § 285 Abs. 1 und 2 ZPO in die Überprüfungsbefugnis des Kassationsgerichts fallen,

kann im Stadium der Eintretensfrage angesichts der vorstehend dargestellten geänderten Praxis des Kassationsgerichts – welche auch gelten muss, sofern zwar sämtliche Entscheidungsmotive mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten sind, sich jedoch die Rügen gegen eine Alternativbegründung als nicht der kassationsgerichtlichen Überprüfung zugänglich erweisen sollten – offenbleiben und steht einem Eintreten auf die Beschwerde unter dem Aspekt des Rechtsschutzinteresses nichts entgegen.

2.1 Indessen stellt sich die weitere Frage, ob die Rügen des Beschwerdeführers im Sinne von § 281 Ziff. 2 und Ziff. 3 ZPO auch im Lichte von § 285 ZPO zulässig sind. Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde hinsichtlich der Hauptbegründung der Vorinstanz eine willkürliche antizipierte Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 3 RZ 3 sowie S. 7 ff. RZ 15 ff.), eventuell die Verletzung klaren materiellen Rechts durch die Missachtung des Vorrangs der subjektiven Vertragsauslegung, Art. 18 OR (KG act. 1 S. 9 RZ 22). Hinsichtlich der Eventualbegründung im angefochtenen Entscheid beruft sich der Beschwerdeführer auf aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen (KG act. 1 S. 3 RZ 4 und S. 14 ff. RZ 35 ff.).

2.2.1 Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde (von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) nämlich nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO). Das angefochtene Urteil unterliegt auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung, KG act. 2 S. 16). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG).

2.2.2 Unter der Herrschaft des per 1. Januar 2007 ausser Kraft gesetzten Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) war mit

Blick auf die beiden in § 281 Ziff. 2 ZPO genannten Nichtigkeitsgründe zu differenzieren: Währenddem die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme (im Sinne von § 281 Ziff. 2, 2. Variante ZPO) vor Kassationsgericht zulässig war, wurde in Fällen, die der eidgenössischen Berufung unterlagen, auf die eigentliche Aktenwidrigkeitsrüge (im Sinne von § 281 Ziff. 2, 1. Variante ZPO) nicht eingetreten, falls Letztere im Zusammenhang mit der Anwendung von Bundesrecht stand. Dies in der Erwägung, dass die Aktenwidrigkeitsrüge im Zusammenhang mit einer im eidgenössischen Berufungsverfahren überprüfbaren Rechtsfrage als dekungsgleiche "Versehensrüge" gestützt auf Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG vom Bundesgericht geprüft werden könne (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285 ZPO; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 100). In nicht berufungsfähigen Fällen wurde auf die Aktenwidrigkeitsrüge (grundsätzlich) eingetreten.

2.2.3 Das auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgerichtsgesetz (BGG) befasst sich in Art. 97, 105 und 118 BGG mit der Korrektur unrichtiger Sachverhaltsfeststellungen. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann im Rahmen der (ordentlichen) Beschwerde in Zivil- oder Strafsachen eine falsche Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde, die in Zivilsachen ergänzend zur ordentlichen Beschwerde hinzutritt, kann (nur) die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Dabei legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Immerhin kann es die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 BGG (insbesondere Art. 9 BV) beruht (Art. 118 Abs. 2 BGG).

Das BGG kennt hingegen keine Vorschriften, die ausdrücklich die Korrektur von offensichtlich auf Versehen beruhenden (= aktenwidrigen) tatsächlichen Feststellungen regeln. Das Bundesgericht und ein namhafter Teil der Literatur gehen davon aus, eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG liege dann vor, wenn eine tatsächliche

Feststellung unhaltbar und damit willkürlich nach Art. 9 BV sei (vgl. BGer 5A_21/2007 vom 13.2.2007; 6B_178/2007 vom 23.7.2007, Erw. 1.2; 5A_445/2007 vom 23.8.2007 u.a.m.; bezüglich Lehrmeinungen vgl. die in ZR 107 Nr. 21 Erw. 5.d)bb) zitierten Autoren). Das Kassationsgericht hat denn mit Beschluss vom 6. März 2008 seine Praxis geändert und prüft neu vor diesem Hintergrund die Aktenwidrigkeitsrüge im kantonalen Beschwerdeverfahren auch dann, wenn gegen den angefochtenen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen oder die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offensteht, ist gemäss § 285 Abs. 2 ZPO die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde doch stets zulässig, wenn eine Verletzung von Art. 9 BV geltend gemacht wird (ZR 107 (2008) Nr. 21 mit eingehender Begründung).

2.3 Kann die Rüge der Aktenwidrigkeit nach der Inkraftsetzung des BGG demnach nicht mehr unter die Ausschlussvorschrift von § 285 ZPO fallen, erweist sich die vorliegende Beschwerde diesbezüglich somit auch unter dem Aspekt der Subsidiarität als zulässig, und zwar unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer der Sache nach eine willkürliche tatsächliche Annahme oder eine Aktenwidrigkeit im eigentlichen Sinne geltend macht.

Hingegen rügt der Beschwerdeführer mit der Berufung auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts einmal eine Verletzung von Art. 18 OR (indem das Handelsgericht den Vorrang der subjektiven Vertragsauslegung missachtet habe) und damit von Bundesrecht (KG act. 1 S. 9 RZ 22). Dasselbe gilt hinsichtlich der Rüge, das Urteil verletze auch klares materielles Recht, indem das Handelsgericht in der Eventualbegründung gestützt auf die Annahme einer Interessenkollision von der Unzulässigkeit der Doppelmäkelei ausgegangen sei, welche nach Art. 415 OR und BGE 35 II 66 f. nicht grundsätzlich verboten sei (KG act. 1 S. 17 RZ 51 sowie S. 16 RZ 45 ff.). Was die vom Beschwerdeführer als aktenwidrig beanstandeten (KG act. 1 S. 7 RZ 13 f. und S. 14 ff. RZ 35 ff., RZ 44 und RZ 50) Ausführungen der Vorinstanz auf S. 13 des angefochtenen Entscheides, wonach der Beschwerdeführer *"für Käufer und Verkäufer mit ihren entgegengesetzten Interessen möglichst günstige Vertragsbedingungen erzielen [hätte] sollen"* anbelangt, so handelt es sich dabei nicht um eine Tatsachenfeststellung,

sondern um einen aus der auftragsrechtlichen resp. der mäklerrechtlichen Treuepflicht gezogenen Schluss, wie sich aus dem Verweis auf Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 412 Abs. 2 OR auf S. 12, 3. Absatz ("*Aufgabe des [Beschwerdeführers] wäre gewesen, die Interessen beider Auftraggeber bestmöglich zu vertreten, traf ihn doch sowohl als Mäkler wie auch als Auftragnehmer beim einfachen Auftrag eine Treuepflicht*") ergibt. Effektiv beanstandet der Beschwerdeführer damit die Auslegung von Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 412 Abs. 2 OR (denn letztlich geht die Vorinstanz trotz völlig offen gelassener Vermittlungstätigkeit des Beschwerdeführers im von diesem behaupteten Mäklervertrag davon aus, dass eine Doppelvertretung bei der Vermittlungsmäkelei ausgenommen bei vertraglicher Vereinbarung resp. Bekanntgabe bei Vertragsschluss stets zu einer Interessenkollision führt und damit unzulässig ist), welche der kassationsgerichtlichen Überprüfung entzogen ist, da Bundesrecht betreffend (§ 285 ZPO). Auf diese Rügen sowie sämtliche mit letzterer zusammenhängenden Vorbringen (beispielsweise wie die Vermittlungstätigkeit gestaltet hätte werden können und ob ein Interessenkonflikt bereits bei Abschluss der behaupteten Vereinbarung hätte vorliegen müssen oder vorlag) kann daher nach dem Gesagten (oben II./2.2.1) gestützt auf § 285 ZPO nicht eingetreten werden.

3.1 Soweit der Beschwerdeführer eine willkürliche antizipierte Beweiswürdigung geltend macht (KG act. 1 S. 3 RZ 3 sowie S. 7 ff. RZ 15 ff.), stellt sich aufgrund von § 285 Abs. 1 und 2 ZPO schliesslich weiter die Frage nach der Abgrenzung zwischen kantonalem Recht und Bundesrecht in diesem Bereich.

3.2 Art. 8 ZGB regelt nicht nur die Beweislastverteilung, sondern gibt den Parteien auch einen bundesrechtlichen Anspruch, für rechtserhebliche Sachvorbringen Beweis bzw. Gegenbeweis zu führen. Aus diesem Grund ist etwa die Rüge, wonach eine Parteibehauptung unbesehen von deren Bestreitung als richtig hingenommen worden sei, mittels Beschwerde ans Bundesgericht vorzubringen. Gleiches gilt, wenn über eine rechtserhebliche Tatsache überhaupt kein Beweis geführt wird (ZR 106 Nr. 32 Erw. 2.3b; ZR 95 Nr. 73 Erw. b/aa; vgl. auch BGE 126 III 315 Erw. 4.a und BGE 130 III 321 Erw. 3.4). Demgegenüber ist in Art. 8 ZGB nicht geregelt, wie der Sachverhalt abzuklären bzw. die Beweise zu würdigen

sind. Art. 8 ZGB wird sodann nicht tangiert, wenn das kantonale Gericht ein Beweisangebot aufgrund antizipierter Beweiswürdigung verwirft (BGer 4C.8/2002 vom 03.05.2002, Erw. 1.2).

3.3 Somit beurteilt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung grundsätzlich nach kantonalem Recht und kann im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde geprüft werden. Mit Bezug auf die Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde steht einem Eintreten auf die Rüge der willkürlichen antizipierten Beweiswürdigung daher ebenfalls nichts entgegen.

4.1 Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens folgt, dass der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.).

4.2 Soweit der Beschwerdeführer auf S. 4 ff. seiner Beschwerde moniert, die Vorinstanz fasse seine Vorbringen zum Inhalt des Mäklervertrages in wesentlichen Punkten unvollständig und falsch zusammen, dann die beanstandeten Feststellungen des Handelsgerichts auflistet, in der Folge jedoch lediglich seine diesbezüglichen Ausführungen in der Replik wiedergibt, ohne aufzuzeigen, welche jeweilige, durch Spiegelstrich unterteilte Feststellung des Handelsgerichts zu welchen seiner Vorbringen im Einzelnen in Widerspruch stehen soll, genügt er diesen soeben dargestellten Anforderungen nicht, sodass diesbezüglich auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

4.3 Da die Beschwerde im Übrigen fristgerecht erhoben und die Prozesskaution ebenfalls rechtzeitig geleistet wurde, ist auf die Beschwerde nach dem Gesagten - unter den vorstehend II.2.3 und II.4.2 genannten Einschränkungen - einzutreten.

5.1a) Hinsichtlich Hauptbegründung des angefochtenen Urteils wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz u.a. vor, einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt zu haben, in dem sie zum streitigen tatsächlichen Willen der Parteien keinen Beweisaufgabebeschluss erlassen habe (KG act. 1 S. 11 RZ 26 und S. 8 RZ 18).

b) Sodann rügt der Beschwerdeführer eine willkürliche antizipierte Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 3, RZ 3), welche er darin erblickt, dass die Vorinstanz keine Feststellungen zum wirklichen Willen der Parteien getroffen habe, die es erlaubt hätten, die angebotenen Beweise - Zeugenaussagen von M. und dessen Vorgesetztem (KG act. 1 S. 5 RZ 10 und S. 8 RZ 18 und 20) - in einer antizipierten Beweiswürdigung nicht abzunehmen, da das Beweisergebnis bereits festgestanden wäre. Daher sei die gegenteilige Feststellung des Handelsgerichts, wonach ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht feststellbar sei, willkürlich (KG act. 1 S. 7 RZ 15 und S. 10 RZ 24).

Willkürlich sei auch, wenn das Handelsgericht zwar für den Zweck der antizipierten Beweiswürdigung annehme, die Aussagen der Zeugen würden zugunsten des Beschwerdeführers lauten, den vom Beschwerdeführer behaupteten wirklichen Willen dann aber verneine mit dem Hinweis, der objektivierte Wille ergebe ein anderes Ergebnis, wobei der wirkliche Wille der normativen Auslegung vorgehe und es auf die objektivierte Auslegung ja gar nicht mehr ankomme, wenn der übereinstimmende wirkliche Wille feststehe (KG act. 1 S. 9 RZ 20 f., S. 12 RZ 29, S. 13 RZ 34).

5.2a) Die Vorinstanz hat den Fall ohne Durchführung eines Beweisverfahrens als spruchreif erachtet (KG act. 2 S. 2 Erw. II.).

b) Sie hat ihre antizipierte Beweiswürdigung wie folgt begründet (KG act. 2 S. 6):

"Er [der Beschwerdeführer] hat als Beweismittel seine Parteibefragung, allenfalls seine Beweisaussage und die Einvernahme von M. und seines von der [Beschwerdegegnerin] zu nennenden Vorgesetzten als Zeugen genannt. Angesichts der eindeutigen und unmissverständlichen Mitteilung der [Beschwerdegegnerin] im Schreiben vom 23. März 2000, dass kein Mäklermandat erteilt werde (vgl. nachfolgend lit. c), kann indessen auf beweismässige Weiterungen verzichtet werden, weil nicht zu erwarten ist, dass diese Aussagen, selbst wenn sie zu Gunsten des [Beschwerdeführers] lauteten, das sich aus der Korrespondenz klar ergebende Beweisergebnis zu erschüttern vermöchten".

5.3a) Gemäss § 133 ZPO ist über rechtserhebliche strittige Tatsachen ein Beweisverfahren durchzuführen, wobei die Parteien zunächst mittels Beweisauf-lagebeschluss aufzufordern sind, ihre Beweismittel zu nennen (§ 136 ZPO). Die Vorschrift von § 113 ZPO, wonach die Beweismittel bereits im Hauptverfahren zu nennen sind, stellt im ordentlichen Verfahren lediglich eine Ordnungsvorschrift dar, so dass deren allfällige Missachtung am Anspruch auf Beweisaufgabe nichts zu ändern vermöchte (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 113 ZPO und N 1 zu § 136 ZPO). Weil die Parteien im ordentlichen Verfahren also keinen Rechtsverlust zu befürchten haben, wenn sie ihre Beweismittel nicht bereits im Rahmen des Hauptverfahrens nennen, kann der Richter vor Eingang der Beweisantretungsschriften gar nicht abschliessend wissen, welche Beweismittel überhaupt ins Feld geführt werden. Ohne Kenntnis derselben kann aber auch deren Beweiskraft nicht gewürdigt werden, weshalb es nicht angeht, einen umstrittenen Sachverhalt vor diesem Zeitpunkt im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung bereits aufgrund eines im Hauptverfahren genannten Beweismittels abschliessend zu beurteilen. Anders verhält es sich nur dann, wenn feststeht, dass eine behauptete Tatsache objektiv gar nicht mehr bewiesen werden kann (vgl. ZR 95 Nr. 73 Erw. c; RB 2004 Nr. 96).

b) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst auch den Anspruch auf Berücksichtigung der rechtzeitig und formrichtig gestellten Beweisanträge. Das bedeutet aber nicht, dass sämtliche angebotenen Beweise vom Richter abgenommen werden müssen. Auf eine Beweisabnahme kann dann verzichtet werden, wenn das Beweismittel als solches untauglich ist, wenn bereits feststehende

Tatsachen (noch einmal) bewiesen werden sollen, wenn im vornherein gewiss ist, dass der offerierte Beweis aus materiellrechtlichen Gründen unerheblich oder prozessrechtlich unzulässig ist oder wenn er wegen Offenkundigkeit einer Tatsache nicht nötig ist (vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1979, S. 321; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 ff. zu § 140). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV (vgl. jetzt Art. 9 und 29 Abs. 2 BV) ist die antizipierte (vorweggenommene) Beweiswürdigung in beschränktem Umfang zulässig; der Richter darf danach das Beweisverfahren schliessen, wenn er den Sachverhalt für genügend geklärt erachtet, d.h. wenn er aufgrund bereits abgenommener Beweise davon überzeugt ist, dass über die erheblichen Tatsachen kein zusätzlicher Beweis mehr geführt zu werden braucht. Das Bundesgericht überprüfte dabei im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde nur, ob der Richter ohne Willkür annehmen durfte, die weiteren Beweise könnten am feststehenden Beweisergebnis nichts ändern (BGE 122 III 223/24). Auch Art. 6 EMRK steht einer solchen antizipierten Beweiswürdigung durch den Richter grundsätzlich nicht entgegen (vgl. BGE 125 I 135; ferner G. Walter, Das Recht auf Beweis im Lichte der EMRK und der Bundesverfassung, ZBJV 1991, S. 316 ff., 319 mit Beispielen).

Nach der Praxis des Kassationsgerichtes ist die vorweggenommene Beweiswürdigung zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweismittels auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (ZR 87 Nr. 125, Erw. 4a; RB 1999 Nr. 87, 1985 Nr. 54; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 140 ZPO). Dabei wird auch vom Kassationsgericht die antizipierte Beweiswürdigung des Sachrichters nicht frei, sondern – im Rahmen von § 281 Ziff. 2 ZPO – allein auf ihre Vertretbarkeit hin überprüft, mit anderen Worten darauf, ob die sachrichterliche Annahme der Gewissheit willkürlich ist oder nicht (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 42).

5.4a) Nach dem vorstehend Gesagten wäre dem Beschwerdeführer mittels Beweisaufgabebeschluss Gelegenheit zu geben gewesen, seine Beweismittel zu den strittigen Behauptungen zu nennen. Es ist durchaus denkbar, dass insbesondere der vom Beschwerdeführer bereits genannte Zeuge M. die Behauptungen des Beschwerdeführers zu stützen vermag, wonach "*Herr M., handelnd für die [Beschwerdegegnerin], und Herr X. das Schreiben vom 23. März 2000 übereinstimmend so verstanden [haben], dass die [Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer] bat, den Namen der Kaufinteressentin zu nennen, damit diese bei der [Beschwerdegegnerin] vorgemerkt werden könne, dass zur Zeit keine Verkaufsabsichten bestanden, dass der [Beschwerdeführer] jedoch, falls die Liegenschaft dieser Interessentin zum Kauf angeboten werden sollte, über die Verkaufsbedingungen in Kenntnis gesetzt werde und dass gegebenenfalls der [Beschwerdeführer] die Vermittlung (arbitrage) zwischen den Positionen der [Beschwerdegegnerin] und der Kaufinteressentin vornehmen sollte*" (HG act. 15 S. 6 f. RZ 20, KG act. 1 S. 4 f.), weiter, dass "*Herr M., handelnd für die [Beschwerdegegnerin], und Herr X. übereinstimmend davon ausgegangen [sind], dass die [Beschwerdegegnerin] dem [Beschwerdeführer] für den Nachweis der Kaufinteressentin und gegebenenfalls die Vermittlungstätigkeit des [Beschwerdeführers] bei einem Verkauf der Liegenschaft an die vom [Beschwerdeführer] zu nennende Kaufinteressentin eine Vergütung schuldete, deren Höhe noch festzulegen war*", (HG act. 15 S. 7 RZ 21, KG act. 1 S. 5). Die behaupteten Tatsachen können somit objektiv noch bewiesen werden, sodass kein Grund für das Absehen von der Durchführung eines Beweisverfahrens bestand. Weil eine Beweisaufgabe unterblieben ist, ist das angefochtene Urteil bereits wegen Missachtung der Bestimmungen über das Beweisverfahren (§§ 133 ff. ZPO), mithin wegen der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO, mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet.

b) Der von der Vorinstanz ohne Durchführung eines Beweisverfahrens gezogene Schluss, dass ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht feststellbar sei (KG act. 2 S. 7 Erw. III./3.b)cc)), ist nicht haltbar und damit willkürlich, hängt doch gerade von der Durchführung des Beweisverfahrens (insbesondere den Aussagen des Zeugen M.) ab, ob sich ein solcher übereinstimmender

tatsächlicher Wille der Parteien - wie er vom Beschwerdeführer unter Schilderung des Hintergrundes der Korrespondenz zwischen den Parteien behauptet wurde - nachweisen lässt. Da das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 23. März 2000 nicht derart dezidiert formuliert ist, dass es den Abschluss eines Mäklervertrages zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer ein für alle mal ausschliessen würde, konnte die Vorinstanz für den Fall, dass die Zeugen-Aussagen die Behauptungen des Beschwerdeführers stützen würden, nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass ihre richterliche Überzeugung dadurch nicht mehr geändert werden könne. Denn auch die Feststellung, dass *"angesichts der eindeutigen und unmissverständlichen Mitteilung der [Beschwerdegegnerin] im Schreiben vom 23. März 2000, dass kein Mäklermandat erteilt werde"*, nicht zu erwarten sei, dass - selbst zu Gunsten des Beschwerdeführers lautende - Aussagen das sich aus der Korrespondenz ergebende Beweisergebnis zu erschüttern vermöchten (KG act. 2 S. 6), ist nicht haltbar, zumal im genannten Schreiben nicht wie im Urteil wiedergegeben steht, es werde kein Mäklermandat erteilt, sondern lediglich, dass die Registrierung der Kaufinteressentin nicht die Erteilung eines Mäklerauftrages bedeute (HG act. 4/4). In diesem Zusammenhang weist der Beschwerdeführer (in KG act. 1 S. 10 RZ 25) zu Recht auf den Unterschied dieser Sachlage gegenüber derjenigen, welche BGE 4C.8/2002 vom 3. Mai 2002 zugrunde lag, hin, wobei es vorliegend zur Ermittlung des tatsächlichen Willens der Parteien - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - zwar auch Urkunden (v.a. das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 23. März 2000) zu würdigen gibt, diese jedoch keine durch eine Urkundsperson getroffene Feststellung enthalten, wonach das darin "Verurkundete" dem Willen des die Erklärung Abgebenden entspricht. Es ist im vorliegenden Fall somit keineswegs ausgeschlossen, dass die einzuvernehmenden Zeugen Aussagen machen zum Inhalt der mit dem Beschwerdeführer in der interessierenden Periode geführten Gespräche und damit zum Hintergrund des Schreibens der Beschwerdegegnerin vom 23. März 2000 und so die Bemerkung, wonach die Registrierung der Kaufinteressentin nicht die Erteilung eines Mäklerauftrages bedeute, eine Bedeutung erhält, im Lichte welcher die Zeugen-Aussagen zusammen mit den Urkunden und allenfalls weiteren Beweismitteln zu einer abweichenden Beweiswürdigung führen.

Aus diesem Grund hat die Vorinstanz eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen und ist die Rüge begründet. Es erübrigt sich daher, auf die weiter vom Beschwerdeführer hinsichtlich der Hauptbegründung des Urteils vorgebrachten Rügen einzugehen (act. 1 S. 11 ff. RZ 27-33), welche letztlich alle mit der (in unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung getroffenen) Feststellung der Vorinstanz zusammenhängen, es lasse sich der vom Beschwerdeführer behauptete wirkliche Willen der Parteien nicht feststellen.

6.1a) Der Beschwerdeführer macht hinsichtlich der Erwägungen zur Eventualbegründung weiter aktenwidrige bzw. willkürliche tatsächliche Annahmen gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO durch die Vorinstanz geltend, indem diese (im Widerspruch zu den Feststellungen auf S. 4 unten und S. 5 oben des Urteils) festgehalten habe, er habe *"selbst ausgeführt, dass er zur Begründung des Provisionsanspruchs der Beklagten nicht nur seinen Interessenten bekannt zu geben hatte, sondern dass er auch beim Abschluss des Kaufvertrages hätte tätig werden sollen"* (Urteil S. 12) und *"dass das Honorar auch ohne diesen Vertragsteil - also bei blosser Nachweismäkelei - geschuldet wäre, behauptet der Kläger nicht"* (Urteil S. 13), obwohl er in seiner Replik auf S. 7 RZ 21 und 24 ausgeführt habe, dass ihm die Beschwerdegegnerin sowohl für den Nachweis der nachmaligen Käuferin als auch für die noch zu bestimmende Vermittlungstätigkeit eine in der Höhe noch festzulegende Kommission schuldet. Das Handelsgericht hätte daher prüfen müssen, ob die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner für den Nachweis der W. als Käuferin eine Kommission schuldet (KG act. 1 S. 5 ff. RZ 9 und 11 f. sowie S. 18 RZ 55 ff.).

b) Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, der Entscheid beruhe auch insofern auf einer aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme, als das Handelsgericht aus der unrichtigen Feststellung *"dass er [der Beschwerdeführer] auch von Seiten der W. auf eine Entschädigung hoffen konnte, wenn der Preis der Immobilie tief genug war"* auf eine Interessenkollision geschlossen habe, während er vorgebracht habe, dass er für die Vermittlungstätigkeit von der W. sich weder eine Kommission versprechen liess noch eine solche erhalten habe (KG act. 1 S. 17 f. RZ 52 ff.).

6.2 Aktenwidrig ist eine Feststellung, wenn sie den Inhalt der Akten oder die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt, also z.B. eine bestrittene Tatsache als unbestritten bezeichnet oder wenn ein Bestandteil der Akten nicht in seiner wahren Gestalt, z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 mit Verweis auf ZR 55 Nr. 115). Die Auslegung prozessualer Erklärungen stellt ebenso wenig wie die Würdigung des Beweisergebnisses eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar, vielmehr liegt eine solche erst vor, wenn der Richter bei der Aktenwürdigung von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht (Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Züricherischem Recht, Zürich 1942, S. 131).

6.3a) Die Feststellung der Vorinstanz (Urteil S. 13), der Beschwerdeführer behaupte nicht, dass das Honorar auch ohne diesen Vertragsteil - also bei blosser Nachweismäkelei - geschuldet wäre, übergeht die Behauptungen des Beschwerdeführers in der Klagebegründung vom 18. August 2005 (HG act. 1, S. 6 RZ 21 und S. 12 RZ 40), es sei ein "Mäklervertrag in der Form der Nachweismäkelei zustande gekommen" resp. "*er habe mit seinem Schreiben vom 23. Februar 2000, worin er der Beklagten mitgeteilt habe, dass er einen Kunden vertrete, der am Kauf der Stockwerkeigentumsanteile interessiert sei, eine Offerte zum Abschluss eines Mäklervertrages in der Form der Nachweismäkelei unterbreitet. Die Beklagte habe mit Schreiben vom 23. März 2000 den Kläger gebeten, den Namen seines Kunden bekannt zu geben. Damit sei der Mäklervertrag in der Form der Nachweismäkelei zustande gekommen*" (Hervorhebungen durch das Kassationsgericht), wie das Handelsgericht im angefochtenen Entscheid auf S. 4 E.3.b)aa) sogar selber festhält und ist damit aktenwidrig. Zwar würden die Stellen in der Replik (RZ 21 und 24), welche der Beschwerdeführer (nebst RZ 21 in der Klagebegründung) anführt als diejenigen, zu denen die Feststellung der Vorinstanz seines Erachtens ebenfalls in Widerspruch stehe, als solche nicht eine Aktenwidrigkeit darstellen, weil dort stets innerhalb desselben Satzes sowohl vom Nachweis als auch von der Vermittlung die Rede ist und das "und" resp. "sowie" sowohl alternativ als auch kumulativ verstanden werden können (HG act. 15 S. 7 RZ 21 [*für den Nachweis der Kaufinteressentin und gegebenenfalls die Vermittlungstä-*

tigkeit"] und S. 8 RZ 24 [*"eine Kommission für den Nachweis der Kaufinteressentin zusicherte sowie ein Mandat für die Führung von Vermittlungsverhandlungen erteilte"*]; Hervorhebungen durch das Kassationsgericht angefügt). Allerdings ist die Klagebegründung ebenfalls Teil der Akten und stellt die Replik nach Angaben des Beschwerdeführers lediglich eine Ergänzung/Präzisierung der Klagebegründung und nicht einen Widerruf der dort gemachten Behauptungen dar (HG act. 15 S. 3 RZ 8), sodass es nicht angeht, für die Feststellung des Tatsächlichen lediglich auf die Replik abzustellen. Der Beschwerdeführer hat auch nirgends *"selbst ausgeführt, dass er zur Begründung des Provisionsanspruchs der Beklagten nicht nur seinen Interessenten bekannt zu geben hatte, sondern dass er auch beim Abschluss des Kaufvertrages hätte tätig werden sollen"* (Urteil S. 12). Vielmehr hat er ausgeführt, dass die Beschwerdegegnerin ihm *"eine Kommission für den Nachweis der Kaufinteressentin zusicherte sowie ein Mandat für die Führung von Vermittlungsverhandlungen erteilte"* (HG act. 15 S. 8 RZ 24), was aber im Lichte der in der Klagebegründung aufgestellten Behauptung der Nachweismäkelei sowie der in der Replik gemachten Ergänzung mit der Vermittlungstätigkeit (ohne dass jedoch in Zusammenhang mit der Kommission keine Rede vom Nachweis mehr wäre) nicht gleichzusetzen ist mit der von der Vorinstanz gemachten Feststellung, sodass auch diese Feststellung als aktenwidrig einzustufen ist.

b) Da sich die vom Beschwerdeführer als aktenwidrig gerügte Feststellung der Vorinstanz, *"dass er auch von Seiten der W. auf eine Entschädigung hoffen konnte, wenn der Preis der Immobilie tief genug war"*, auf die Vorbringen des Beschwerdeführers selber (HG act. 15 S. 5 RZ 14: *"Im Zusammenhang mit dem Verzicht des Klägers auf eine Kommission fügte Herr Reis die unverbindliche Erklärung bei, dass allenfalls gleichwohl eine "marktkonforme Kommission" in die Berechnungen der W. mit einbezogen werde"*) sowie eine von ihm eingereichte Urkunde, dem Schreiben der W. an ihn vom 10. Februar 2000 (HG act. 16/1: *"...Sollte es jedoch möglich sein, Ihnen für Ihre Bemühungen innerhalb der obgenannten Parameter eine marktkonforme Kommission ausbezahlen zu können, sind wir gerne bereit, diese in unsere Berechnungen miteinzubeziehen"*) stützt, liegt keine Aktenwidrigkeit vor.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sowohl hinsichtlich der Hauptbegründung als auch der Eventualbegründung des vorinstanzlichen Entscheides Nichtigkeitsgründe nachzuweisen vermochte, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt.

III.

Die Beschwerdegegnerin hat die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt (KG act. 13 S. 3). Sie unterliegt mit diesem Antrag. Ausgangsgemäss sind ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist sie zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts vom 5. Juli 2007 (HG050247) aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 32'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 25'000.-- (inkl. MWST) zu bezahlen .
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 Fr. 2'690'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich (HG050247), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: