



Kass.-Nr. AA050046/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Robert Karrer, Hans Michael Riemer und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 9. Februar 2006

in Sachen

W. AG,

....,

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch ...

gegen

W. B.,

....,

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. März 2005 (LB040011/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 22. April 1993 schlossen W.Br. (Beklagter), R.Bu., die S+T AG und H.W. einen Gesellschaftsvertrag. Zweck der einfachen Gesellschaft „ST“ war die Überbauung von drei Grundstücken im ST in Affoltern am Albis mit Mehrfamilienhäusern (Eigentumswohnungen). Für jeden der Gesellschafter wurde eine zu leistende Einlage in unterschiedlicher Höhe definiert, und zwar als betragsmässig durch ein Maximum festgelegte Sach- oder Arbeitsleistung. Gewinn und Verlust sollten den Gesellschaftern im Verhältnis der vorgesehenen Einlagen zugewiesen werden (BG act. 4/1). Die S+T AG schied später aus der Gesellschaft aus.

Der Zweck der Klägerin wird mit „Immobilien-Treuhandtätigkeit“ umschrieben. Ihr Verwaltungsratspräsident ist der Gesellschafter H.W. von der einfachen Gesellschaft „ST“.

Mit Eingabe vom 28. Februar 2002 machte die Klägerin unter Beilage der entsprechenden Weisung des Friedensrichteramtes Y beim Bezirksgericht Affoltern die vorliegende Klage über Fr. 414'257.10 plus Zins von 5 % auf Fr. 324'257.10 seit dem 1. Oktober 2001 und Zahlungsbefehlskosten anhängig (BG act. 1 und 2). Sie nimmt den Beklagten als solidarhaftenden Gesellschafter für verschiedene für die Gesellschaft erbrachte Leistungen in Anspruch (BG act. 2 S. 6 Ziffer 9):

| | |
|---------------------------------------|-----------------------|
| Entschädigung für Projektleitung | Fr. 133'125.— |
| Entschädigung für Bautreuhand | Fr. 202'350.— |
| Zins von 5 % 30.6.1996 – 30.9.2001 | Fr. 88'070.— |
| Bezahlung Drittrechnung | Fr. 13'687.10 |
| Zins von 5 % 16.10.1998 – 30.9.2001 | <u>Fr. 2'025.—</u> |
| Zwischentotal | Fr. 439'257.10 |
| Abzüglich Reservationszahlung Winkler | <u>Fr. 25'000.—</u> |
| Gesamtforderung per 30.09.2001 | Fr. 414'257.10 |

(Das Obergericht hält fest, die Fr. 324'257.10, welche die Klägerin gemäss ihrem Rechtsbegehren verzinst haben wolle, dürfte sich aus den einzelnen Klagepositionen ohne den separat verlangten Zins herleiten; die Summe dieser Positionen

mache 349'162.10, nach Abzug der Fr. 25'000.— Fr. 324'162.10 und nicht wie im Rechtsbegehren genannt Fr. 324'257.10 aus. Die Differenz von Fr. 95.— dürfte auf einem Rechenfehler beruhen; KG act. 2 S. 4 oben.)

Mit Urteil vom 22. Dezember 2003 wies das Bezirksgericht Affoltern die Klage vollumfänglich ab (BG act. 75 = OG act. 80). Dagegen erhob die Klägerin Berufung an das Obergericht (BG act. 77). Dessen II. Zivilkammer wies die Klage mit Urteil vom 8. März 2005 (OG act. 119 = KG act. 2) ebenfalls ab. Dagegen führt die Klägerin sowohl Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1) wie Berufung beim Bundesgericht (vgl. OG Prot. S. 8).

2. Die Klägerin beantragt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, es sei das genannte obergerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung und Ergänzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Der Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 17). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens (Verfügung vom 12. April 2005, KG act. 4). Die der Klägerin auferlegte Prozesskaution wurde innert erstreckter Frist geleistet (KG act. 12).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und 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. Wer die vor-

instanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Obergericht gehe im angefochtenen Urteil neu davon aus, dass alle gemäss Ziffer 6 des Gesellschaftsvertrags den einzelnen Gesellschaftern (und ihren Gesellschaften) zugewiesenen Arbeiten nicht zu entschädigen gewesen seien, sondern erst bei der Gewinnverteilung zu berücksichtigen seien. Schon aus diesem Grund sei die Klage abzuweisen (vgl. Urteil S. 7 ff.).

Strittig sei im vorliegenden Prozess in diesem Zusammenhang stets nur die Frage gewesen, so die Beschwerdeführerin weiter, ob die von ihr geltend gemachten Forderungen Arbeiten betreffen, die gemäss Ziffer 6 des Gesellschaftervertrags dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, H.W., zugewiesen worden seien und ob bezüglich solcher zugewiesener Arbeiten eine genügende separate Vertragsgrundlage für eine Entschädigung der Beschwerdeführerin bestanden habe.

Unstrittig seien sowohl die beiden Prozessparteien, die befragten Gesellschafter und das Bezirksgericht davon ausgegangen, dass die zugewiesenen Arbeiten bei genügender Grundlage zu entschädigen seien. Unstrittig seien den Tatsachen entsprechend alle davon ausgegangen, dass die unbestrittenermassen zugewiesenen Arbeiten, nämlich die Baumeisterarbeiten zugunsten von W.Br. bzw. der F+G AG und der G AG, die Architektur- und Bauleitungsarbeiten zugunsten des Architekturbüros R.Bu., die Bauingenieurarbeiten zugunsten der S+T AG sowie

die Verkaufsaktivitäten zugunsten von H.W. bzw. der Beschwerdeführerin zu entschädigen gewesen seien und auch entschädigt worden seien. Dies ergebe sich implizite aus den Parteibehauptungen, den Zeugenaussagen der Gesellschafter und aus verschiedenen Akten, wie unter anderem aus Bauabrechnungen und der Buchhaltung in Form einer Bilanz- und Erfolgsrechnung samt sämtlichen Kontoauszügen.

Die Gesellschafter seien ungeachtet der Verweisung in Ziffer 4 auf Ziffer 6 des Gesellschaftervertrags übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Honorare für Arbeiten gemäss Ziffer 6 des Gesellschaftsvertrags nicht stehen gelassen würden, sondern wie Arbeiten Dritter zu entschädigen gewesen und auch entschädigt worden seien. Nachdem zu Beginn des Bauprojektes die Finanzierung durch die ZKB gesichert worden sei, sei Ziffer 4 des Gesellschaftsvertrags nur noch toter Buchstabe und kein Gesellschafter habe daran gedacht, Entschädigungen für zugewiesene Arbeiten stehen zu lassen.

Die tatsächliche Annahme des Obergerichts, die zugewiesenen Arbeiten gemäss Ziffer 6 des Gesellschaftsvertrags seien nach dem Willen der Gesellschafter effektiv erst mit der Gewinnverteilung zu entschädigen, erweise sich damit als willkürlich (Beschwerdeschrift S. 3 f. Ziffern 1.1 - 1.4).

b) Für ihre Darstellung verweist die Beschwerdeführerin auf verschiedene Stellen in den Rechtsschriften des bezirksgerichtlichen Hauptverfahrens, auf die Protokollierung von Zeugenaussagen und persönlichen Befragungen, auf Bauabrechnungen und auf die Buchhaltung (Beschwerdeschrift S. 4 oben). Sie geht jedoch nicht im einzelnen auf diese Stellen ein und zeigt nicht konkret auf, inwiefern sich aus diesen Aktenstellen ergeben soll, dass das Obergericht eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen habe. Insbesondere ist die Zitierung der Zeugenaussagen (und bezüglich des Beschwerdegegners persönlichen Befragungen) der Gesellschafter mit "Akten BGA, Protokoll, S. 7 ff., 32 ff., 43 ff. und 67 ff." ungenau. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, mehrseitige Einvernahmeprotokolle, von denen die Beschwerdeführerin jeweils nur den Beginn der Protokollierung bezeichnet, zu durchforschen, ob sich allenfalls aus einzelnen Aussagen der befragten Personen etwas zugunsten des Standpunktes der Beschwerdeführerin

ableiten liesse. Soweit genügt die Beschwerdebegründung den vorne in Erwägung II/1 angeführten Anforderungen an eine solche nicht.

Tatfrage im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrages ist, ob und welche Worte gefallen sind und welche Vorstellungen der Erklärende und der Adressat mit den gefallenen Worten verbunden haben, insbesondere ob sie den Worten oder dem sonst in Betracht fallenden Verhalten übereinstimmend eine bestimmte Bedeutung beigelegt haben. Lassen sich darüber keine zuverlässigen Feststellungen treffen, sind die Rechtsgrundsätze über Auslegung von Willenserklärungen zur Anwendung zu bringen. Welche rechtliche Bedeutung einer Erklärung oder Willensäußerung nach diesen Grundsätzen zukommt, ist Rechtsfrage (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 481).

Ob sich aus dem Gesellschaftsvertrag (BG act. 4/1) ergibt, wann die den einzelnen Gesellschaftern bzw. den hinter diesen stehenden Unternehmen im Sinne von Ziffer 6 des Vertrags zugewiesenen Leistungen zu entschädigen seien, ob auf Grund der Verzinsungsregelung von Ziffer 4 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags anzunehmen sei, diese Leistungen seien erst und nur dann zu bezahlen, wenn die Rechnung der Gesellschaft unter Berücksichtigung dieser Positionen mindestens ausgeglichen abschliesse (vgl. Urteil S. 8 untere Hälfte), ist eine Frage der Auslegung des Vertrages und damit Rechtsfrage. Ebenfalls Rechtsfrage ist, ob Ziffer 4 des Gesellschaftsvertrags dadurch dahingefallen bzw. "toter Buchstabe" geworden sei, dass die Honorare für Arbeiten einzelner Gesellschafter angeblich wie Arbeiten Dritter entschädigt worden seien und dass die Finanzierung des Bauprojekts durch die ZKB gesichert worden sei (Beschwerdeschrift S. 4 Mitte Ziffer 1.3). Diese Fragen betreffen ein dem schweizerischen Bundesprivatrecht unterstehendes Rechtsverhältnis, weshalb entsprechende Rügen mit Berufung beim Bundesgericht angebracht werden können (Art. 43 OG). Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 ZPO).

3. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Obergericht komme zum Schluss, dass die Funktionen von H.W. als Konsorte einerseits und als für die Beschwerdeführerin tätiger Geschäftsführer andererseits nicht abgegrenzt werden könnten, weshalb bezüglich den von H.W. geleisteten Projektleitungsaufgaben die

Beschwerdeführerin nicht aktiv legitimiert sei (vgl. Urteil S. 9 ff.). Die geltend gemachten Projektleitungsaufgaben, so die Beschwerdeführerin, habe H.W. stets als Vertreter der Beschwerdeführerin getätigt. In den meisten Protokollen (von Baukommissions- [BK]-Sitzungen, BG act. 19/21, 25, 26, 32, 34 und 51) sei dies auch richtig so festgehalten worden. Sämtliche ausgewiesenen Bemühungen in Bezug auf die Projektleitung bezögen sich auf die Beschwerdeführerin (BG act. 19/30, 31, 35-40, 43-47, 52, 54-56, 58-63, 66, 68, 72, und 76-80), weshalb die Projektleitungsaufgaben, die H.W. getätigt habe, der Beschwerdeführerin zuzuordnen seien und diese bezüglich der entsprechenden Honorierung auch aktivlegitimiert sei. Das Obergericht habe diesbezüglich eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen (Beschwerdeschrift S. 4 f. Ziffern 2.1 und 2.2).

Das Obergericht hält an der gerügten Stelle fest, die Beschwerdeführerin habe nach ihren eigenen Akten immer und nur durch H.W. gehandelt. Daneben werde H.W. aber auch in zahlreichen Protokollen und Gesprächsnotizen als Vertreter der einfachen Gesellschaft aufgeführt; eine systematische Abgrenzung seiner beiden Funktionen lasse sich nicht ausmachen. H.W. sei gleichzeitig Konsorte der einfachen Gesellschaft mit einem nur grob umschriebenen Aufgabenbereich gewesen. Aus der Tatsache allein, dass er häufig unter der Firma der von ihm beherrschten AG (der Beschwerdeführerin) aufgetreten sei, könne daher nicht geschlossen werden, dass es die AG gewesen sei, welche die entsprechenden Leistungen erbracht habe. Ebenso gut habe er als Konsorte der einfachen Gesellschaft auftreten und - sei es im Rahmen der Beitragsleistung nach Ziffer 6 des Gesellschaftsvertrags, sei es im Rahmen von Ziffer 11 des Gesellschaftsvertrags ("persönliche Bemühungen ausserhalb der normalen Arbeitsaufträge") - tätig sein können (Urteil S. 9 f. Erw. 5).

Im Kopf der von der Beschwerdeführerin aufgeführten Protokollen der Baukommission BG act. 19/25, 26, 32, 34 und 51 werden bei der einleitenden Anführung der Teilnehmer deren Namen durch die Bezeichnung der hinter ihnen stehenden Unternehmen ergänzt. So findet sich hinter dem Namen von H.W. die Bezeichnung der Beschwerdeführerin. Im Kopf des Protokolls BG act. 19/21 findet sich diese Angabe nicht. Die enge Beziehung zwischen H.W. und der Beschwerdefüh-

lerin ist dem Obergericht nicht entgangen. Allein aus der Nennung der Beschwerdeführerin neben dem Namen von H.W. in den Protokollköpfen ergibt sich nicht, dass H.W. an den betreffenden Sitzungen ausschliesslich als Vertreter der Beschwerdeführerin und nicht auch in seiner Funktion als Konsorte der einfachen Gesellschaft teilnahm. Inwiefern sich aus dem weiteren Inhalt, den genannten Protokollen und aus den weiteren aufgeführten Aktenstücken ergeben soll, dass H.W., was die Gegenstand der Klage bildenden Projektleitungsarbeiten angeht, ausschliesslich als Vertreter der Beschwerdeführerin und nicht als Konsorte der einfachen Gesellschaft handelte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Sie weist damit nicht nach, dass die gerügte Erwägung auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme beruhe.

Sachlegitimation ist die Berechtigung des Klägers, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Aktivlegitimation); Oscar Vogel / Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001 S. 206 RZ 89). Ob ein Kläger legitimiert ist, d.h. ob ihm der eingeklagte Anspruch zusteht oder nicht, ist allein eine Frage des materiellen Rechts (Hans Ulrich Walder, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1984, S. 272 Fn. 4). Ob und wie weit Leistungen von H.W. der Beschwerdeführerin zuzuordnen seien und diese bezüglich der entsprechenden Honorierung aktivlegitimiert sei, ist demnach eine vom Bundesgericht im Berufungsverfahren überprüfbare Frage der Anwendung von Bundesrecht. Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (Art. 43 OG, § 282 ZPO).

4. Das Obergericht hält bezüglich der geltend gemachten Forderung betreffend Projektleitung fest, die Beschwerdeführerin behauptete, dass ihre Forderung in die Buchhaltung der einfachen Gesellschaft übernommen worden sei, und sie schliesse daraus offenbar auf einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafter (Berufungsbegründung OG act. 93 S. 12 Ziffer 4.2.3). Indessen sei bekanntlich H.W. mit der Buchhaltung betraut gewesen (Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags). Wenn er eine Forderung der von ihm beherrschten Gesellschaft verbucht habe, beweise dies den Bestand dieser Forderung nicht. Dass der Beschwerdegegner nicht nur von der Forderung, sondern von deren Buchung Kenntnis gehabt haben soll, behauptete die Beschwerdeführerin erst nach Abschluss des Hauptverfahrens und sei

damit nicht weiter zu erörtern (§ 114 ZPO). Es wäre im Übrigen für den Standpunkt der Beschwerdeführerin nicht genügend, da eine Zustimmung aller Gesellschafter in Frage stehe (Urteil S. 11 f.).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe bereits in der Replik (BG act. 13 [recte: act. 18] S. 7 Ziffer 8) behauptet, der Beschwerdegegner habe damals im Juni 1999 den Buchhaltungsausdruck erhalten, wie auch später das Steueramt Affoltern und die Vertreter des Beschwerdegegners im Steuerrekursverfahren. Dies sei vom Beschwerdegegner nicht bestritten worden. Die Annahme des Obergerichts, die entsprechende Behauptung sei erst nach Ablauf des Hauptverfahrens erfolgt, erweise sich als willkürlich (Beschwerdeschrift S. 5 Ziffer 3.2). Zudem verletze das Obergericht mit dieser Annahme wesentliche Beweisvorschriften in bezug auf Nova (Beschwerdeschrift S. 5 f. Ziffer 4.1).

In der Tat stellte die Beschwerdeführerin die betreffende Behauptung bereits an der genannten Stelle der Replik auf. Die Annahme des Obergerichts, diese Behauptung sei erst nach Abschluss des Hauptverfahrens erfolgt, beruht demnach auf einem Irrtum. Indem das Obergericht jedoch nachfolgend begründet, weshalb die Richtigkeit des behaupteten Umstands, dass der Beschwerdegegner den Buchhaltungsausdruck erhalten habe, für die Begründung des Standpunkts der Beschwerdeführerin ungenügend wäre, geht es im Ergebnis auf die Behauptung ein und zeigt es auf, dass es deren Richtigkeit für den Ausgang des Verfahrens als nicht entscheidend erachtet. Der gerügte Irrtum des Obergerichts wirkt sich somit nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin (vgl. § 281 ZPO) aus, weshalb diesbezüglich auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist.

5. a) Das Obergericht hält fest, der Gesellschafter R.Bu. habe als Zeuge ausgesagt "Die Projektleitung übernahm ich nicht offiziell, ich war auch nicht bezahlt dafür." (BG Prot. S. 68). Von einer formellen Übertragung der Projektleitung auf die Beschwerdeführerin habe er nichts gewusst, und er habe auch die Höhe des angeblich vereinbarten Honorars nicht bestätigt (S. 67 ff.). In einem gewissen Kontrast dazu stehe eine Fotokopie, welche die Beschwerdeführerin mit der Replik zu den erstinstanzlichen Akten gegeben habe, wonach der einfachen Gesellschaft auf Briefpapier "R.Bu., Architekt" für einen "Anteil Projektleitung" ohne nä-

here Spezifizierung Fr. 100'000.-- in Rechnung gestellt worden seien (BG act. 19/29). Das Dokument sei allerdings nicht unterzeichnet, und keine der Parteien habe dem Zeugen R.Bu. dazu erhellende Fragen gestellt. Es trage daher zum Beweis der Beschwerdeführerin nichts bei (Urteil S. 12 oben).

Hierzu führt die Beschwerdeführerin aus, R.Bu. habe bestätigt, dass auch nach seiner Beurteilung das Entgelt von Herrn V von der Firma S für die Projektleitung ihm und der Beschwerdeführerin zustehe (BG Prot. S. 71 oben). Nach Vorgabe der in Rechnung gestellten Honorarsumme für Projektleitung habe der Zeuge (nach fünf Jahren) richtig "vermutet", dass es sich um den Betrag gehandelt habe, welcher der Firma S für diese Tätigkeit zugestanden wäre (BG Prot. S. 71 Mitte). Bereits vor der Vorlage seiner eigenen Rechnung (BG act. 19/29) habe sich der Zeuge an diese Rechnung erinnert (BG Prot. S. 73). Alle diese Aussagen bedeuteten nichts anderes, als dass auch R.Bu. mit der Forderung der Beschwerdeführerin für Projektleitung in der geltend gemachten Höhe einverstanden gewesen sei und der Anspruch damit begründet sei. Die gegenteilige Annahme des Obergerichts sei willkürlich (Beschwerdeschrift S. 6 Ziffern 5.2 und 5.3).

b) Das Obergericht gibt die Aussagen des Zeugen R.Bu., wonach er von einer Übertragung der Projektleitung an ihn und an die Beschwerdeführerin nichts wisse, dass er die Projektleitung nicht offiziell übernommen habe und dafür auch nicht bezahlt wurde (BG Prot. S. 68 Mitte), richtig wieder. Der Zeuge erklärte entgegen der Wiedergabe in der Beschwerdeschrift nicht, dass das Entgelt von Herrn V ihm und der Beschwerdeführerin zustehe, sondern dass es ihnen "zustehen müsste". Diese Aussage ergänzte er jedoch mit der Feststellung, man hätte aber den Teil, der Herr V betrifft, der Firma S wegnehmen müssen (BG Prot. S. 71 oben). In der Tat liegt eine nicht unterzeichnete, auf Briefpapier von R.Bu. erstellte, vom 16. Oktober 1998 datierte und an die einfache Gesellschaft gerichtete Honorarrechnung über Fr. 100'000.-- für "Anteil Projektleitung per 30.6.96" vor (BG act. 19/29), was dem Obergericht nicht entgangen ist. Auch erinnerte sich R.Bu. anlässlich seiner Zeugeneinvernahme an diese Rechnung (BG Prot. S. 73).

Aus der Aussage des Zeugen, dass das Entgelt von Herrn V R.Bu. und der Beschwerdeführerin hätte zustehen müssen, und dem Umstand, dass von R.Bu. ei-

ne Rechnung für Projektleitung vorliegt, lässt sich vermuten, dass R.Bu. und die Beschwerdeführerin einen Teil der Projektleitungsarbeiten ausgeführt hatten. Ob das aktenkundige Verhalten R.Bu.s als Zustimmung zu einem entsprechenden Gesellschaftsbeschluss zu verstehen sei, welche insbesondere auch die Übertragung von Projektleitungsarbeiten auf die Beschwerdeführerin mitumfasst, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht und nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen. Aus der Höhe der Honorarrechnung von R.Bu., Fr. 100'000.--, für dessen eigene Projektleitungsarbeit ergibt sich jedenfalls nichts über die angeblich vereinbarte Höhe des Honorars der Beschwerdeführerin. Die Feststellung des Obergerichts, R.Bu. habe in seiner Zeugeneinvernahme diese Höhe nicht bestätigt (Urteil S. 12 oben), wird denn von der Beschwerdeführerin nicht gerügt.

Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang keine willkürliche tatsächliche Annahme des Obergerichts nach.

6. a) Das Obergericht führt aus, die Beschwerdeführerin stütze sich wie schon in erster Instanz auf einen Steuerrekurs. Sie mache geltend, der Beschwerdegegner habe "seinen Vertreter" instruiert, die Forderung der Beschwerdeführerin für Projektleitung als wertvermindernden Aufwand geltend zu machen und sie damit anerkannt (OG act. 72 S. 3f. und 7f.). Dies sei insofern ungenau, als es um einen Rekurs aller drei Konsorten (also nicht des Beschwerdegegners allein) gegangen sei, der vom Zürcher Treuhandbüro B verfasst und eingereicht worden sei. Der Entwurf nenne als streitige Positionen für die Einschätzung unter anderem "Honorar der Projektleitung (Fr. 233'125.--)" (BG act. 25/4 S. 87). In der endgültigen Fassung sei die Position verdeutlicht worden: dem heutigen Prozessstandpunkt der Beschwerdeführerin ähnlich werde geltend gemacht, die Projektleitung sei ursprünglich gegen ein Honorar von 1,5 % der Bau- und Planungskosten der Karl S AG vergeben worden. Es sei "unbestritten", dass diese die Arbeit nicht ausgeführt habe, und dass an Stelle derselben die Beschwerdeführerin tätig geworden sei. Es bestehe daher "kein Zweifel", dass wertvermehrende Aufwendungen im Umfang von Fr. 233'125.-- erbracht worden seien, und zu deren Nachweis "genügt der Generalunternehmervertrag", denn "hätte die Generalunternehmerin diesen Vertrag vollständig erfüllt, so wären sie in der Schlussabrechnung zu berücksich-

tigen" (BG act. 4/4 S. 9f.). Entgegen ihrer Auffassung, so das Obergericht weiter, sei der Beschwerdeführerin der Beweis nicht gelungen, dass der Beschwerdegegner die Vertreter entsprechend instruiert und damit diesen Text veranlasst habe. Dr. Be, welcher an den Vorarbeiten für den Rekurs mitgewirkt und ihn mitunterzeichnet habe, habe als Zeuge erklärt, die Instruktion durch den Beschwerdegegner sei nicht ergiebig gewesen, er habe von ihm für die Rekursbegründung "nichts Gescheites" erhalten. Aus diesem Grund hätten er und sein Mitarbeiter F.R. mit H.W. Rücksprache genommen. Der Beschwerdegegner habe gemäss Aussagen des Zeugen Dr. Be. erst nach Einreichung des Rekurses eine Kopie davon erhalten (BG Prot. S. 52 ff.). Der Zeuge Frank R, welcher die Rekursschrift redigiert habe, erinnere sich bestimmt an Gespräche und Instruktionen von H.W., nicht aber an solche vom Beschwerdegegner (BG Prot. S. 56 ff.). Dass der Beschwerdegegner die Instruktionen für den Rekurs, namentlich für die wiedergegebenen Passagen zum heutigen Anspruch der Beschwerdeführerin für die Projektleitung gegeben habe, sei damit jedenfalls nicht bewiesen (Urteil S. 12 f.).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, aus den Akten, insbesondere aus den Zeugnisaussagen von H.W. und Dr. Be (BG Prot. S. 36 oben, 38 Mitte und 52 ff. sowie BG act. 4/4 S. 1), gehe hervor, dass das Büro Be den Rekurs nicht für H.W., sondern nur für den Beschwerdegegner und R.Bu. verfasst habe. Diese falsche Annahme habe entscheidenden Einfluss auf die Beurteilung der Wirkung der im Rekurs enthaltenden Bestätigungen der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Forderungen (Beschwerdeschrift S. 7 Ziffer 6.2).

Die Beschwerdeführerin brauche nicht nachzuweisen, wer den Text in der Rekursschrift veranlasst habe. Es müsse lediglich feststehen, dass nicht sie oder H.W. den Text veranlasst hätten, sondern eine der Seite des Beschwerdegegners zuzuordnende Person. Aus dem genauen Ablauf der Entstehung der Rekursschrift ergebe sich unzweifelhaft, dass nur der Beschwerdegegner oder jemand aus seinem Umfeld den Text veranlasst haben könne und sich der Beschwerdegegner demgemäss die im Text enthaltenen Forderungsanerkennungen anrechnen lassen müsse: Zunächst habe der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners und von R.Bu. deren Interessen im Grundsteuerverfahren gewahrt, indem er sich

der Einsprache von H.W. angeschlossen habe. Nach Eingang des Einspracheentscheidungs sei auf Empfehlung dieses Rechtsvertreters das Büro Be mit der Wahrung der Interessen des Beschwerdegegners und von R.Bu. im Steuerrekursverfahren betraut worden. Das Büro Be habe die bisherigen Akten inklusive den Einspracheentscheid, in welchem die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Forderungen für Bautreuhand- und Projektleitung von der Steuerbehörde nicht anerkannt worden seien, studiert und ein Arbeitspapier für eine Besprechung mit dem Beschwerdegegner und H.W. vorbereitet, welche am 21. Dezember 1999 hätte stattfinden sollen. H.W., der nicht an einer Vertretung durch das Büro Be interessiert gewesen sei, sei nicht zu jener Besprechung erschienen, sondern habe lediglich gemeldet, dass er ab 10. Januar 2000 wieder verfügbar sein würde (BG act. 25/1). Dr. Be habe die Besprechung mit dem Beschwerdegegner allein durchgeführt (vgl. BG act. 25/2) und habe bis zur Rückkehr von H.W. einen ersten Rekursentwurf verfassen lassen. Diesen Entwurf habe das Büro Be am 10. Januar 2000 per Fax der Beschwerdeführerin zukommen lassen, bevor mit H.W. habe Kontakt aufgenommen werden können (vgl. BG act. 15/3-5). Aufgrund dieses Ablaufs könne ausgeschlossen werden, dass die bereits in diesem ersten Entwurf enthaltenden Forderungsanerkennungen von der Beschwerdeführerin oder von H.W. veranlasst worden seien. Ob der Beschwerdegegner, der mit ihm zusammen vertretene R.Bu., deren Rechtsvertreter oder ihr Vertreter im Steuerrekursverfahren diesen Text veranlasst und verfasst hätten, könne keine Rolle spielen. Der Beschwerdegegner sei jedenfalls dafür verantwortlich, was seine Vertreter in seinem Namen im Rekursverfahren behauptet und geltend gemacht hätten. Damit liege als Grundlage der Beweisfolgerungen des Obergerichts eine willkürliche tatsächliche Annahme vor (Beschwerdeschrift S. 7 f. Ziffern 6.4 - 6.7). Mit der Folgerung des Obergerichts, der Beschwerdeführerin sei der Beweis nicht gelungen, dass der Beschwerdegegner die Vertreter entsprechend instruiert und damit den Text im Steuerrekurs veranlasst habe, habe das Obergericht zudem wesentliche Verfahrensvorschriften im Rahmen der Beweiswürdigung verletzt (Beschwerdeschrift S. 9 Ziffer 7.1).

b) Tatsächlich ergibt sich aus der von der Treuhandgesellschaft Be eingereichten Rekurschrift vom 20. Januar 2000, dass lediglich die Rekurrenten 1 und 2, d.h.

W.Br. und R.Bu., nicht aber der ebenfalls aufgeführte Rekurrent 3 H.W. durch das genannte Treuhandbüro vertreten wurden (BG act. 4/4 S. 1). Dasselbe ergibt sich auch aus der Aussage von Dr. Be, er habe für die Herren Bu und Br gehandelt; Herr Weiss habe sich selbst vertreten wollen (BG Prot. S. 52 unten). Diesbezüglich liegt ein Irrtum des Obergerichts vor. Allein daraus und auch aus dem von der Beschwerdeführerin aufgezeichneten Verlauf der Erarbeitung dieser Rekurschrift ergibt sich jedoch noch nicht, dass die Darstellung der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Forderung in der besagten Rekurschrift vom Beschwerdegegner veranlasst worden sei. Gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin erhob H.W., also ihr Verwaltungsratspräsident, zunächst Einsprache im Grundsteuerverfahren und schlossen sich der Beschwerdegegner und R.Bu. bzw. deren Rechtsvertreter diesem an. Das fragliche Steuerrekursverfahren bezieht sich auf den entsprechenden Einspracheentscheid. Das Büro Be habe die bisherigen Akten und den Einspracheentscheid studiert (Beschwerdeschrift S. 7 f. Ziffer 6.5). Welche Angaben zum Steuerstreitfall das Büro Be aus den Akten und dem Entscheid des Einspracheverfahrens entnehmen konnte, ist nicht klar. Im Entwurf vom 10. Januar 2000 zur Rekurschrift, auf welchen das Obergericht in der gerügten Erwägung Bezug nimmt, wird die betreffende Forderung pauschal und ohne weitere Begründung mit "das Honorar der Projektleitung (Fr. 233'125.-)" umschrieben (BG act. 25/4 S. 8 Ziffer 4.1). Am 13. Januar 2000 (BG act. 25/5) übermittelte H.W. der B den Entwurf für seine eigene Rekurschrift. In dieser begründete H.W. kurz die eingesetzten Fr. 233'125.-- für "Honorare Projektleitung" (BG act. 25/7 S. 5 Ziffer 2.1). Unter Ziffer 4.4 lit. a der (definitiven) Rekurschrift vom 20. Januar 2000 der B findet sich ebenfalls eine Begründung des Projektleitungshonorars von Fr. 233'125.-- (BG act. 4/4 S. 9 f.). Im Entwurf vom 10. Januar 2000 fand sich unter Ziffer 4.4. anstelle von Ausführungen der interne Hinweis "[es fehlen noch alle spezifischen Unterlagen]" (BG act. 4/4 S. 9 f.). Die entsprechende Begründung wurde also erst durch die B eingefügt, nachdem der Entwurf H.W. zugestellt worden war und dieser seinerseits der B seinen eigenen Rekursentwurf zukommen lassen hatte. Dr. Be war allerdings anlässlich der Zeugeneinvernahme nicht mehr sicher, ob er die Rekursbegründung des H.W. (BG act. 25/7) von der Beschwerdeführerin erhalten habe (BG Prot. S. 53). Gemäss Aussage von Dr. Be

wurde er für den Rekurs von H.W. instruiert; der Beschwerdegegner habe ihn für Details an H.W. verwiesen (BG Prot. S. 53). Das Büro Be habe vom Beschwerdegegner "nichts Gescheites für die Rekursbegründung" erhalten (S. 54). Der Zeuge Frank R, welcher seitens der B die Rekurschrift verfasste, erklärte, er sei hierzu ausschliesslich durch Dr. Be und H.W. instruiert worden (BG Prot. S. 57 oben und 58 Mitte). Auf die Frage, ob der Inhalt des Rekurses von den Herren Bu und Br (Beschwerdegegner) abgesegnet worden sei, erklärte Dr. Be, der Beschwerdegegner habe "eine cc Kopie" erhalten, da die Fristen eingehalten werden mussten und der Beschwerdegegner gesagt habe, er sei bis am 21. Januar 2000 im Ausland (BG Prot. S. 53 unten).

Gestützt auf die genannten Protokoll- und Aktenstellen, auf welche das Obergericht in der gerügten Erwägung Bezug nimmt, ist die Feststellung des Obergerichts, es sei nicht bewiesen, dass der Beschwerdegegner die Instruktionen für den Rekurs, insbesondere für die Passagen zum streitigen Anspruch der Beschwerdeführerin für die Projektleitung, gegeben habe, jedenfalls vertretbar und damit nicht willkürlich. Inwiefern das Obergericht wesentliche Verfahrensvorschriften im Rahmen der Beweiswürdigung verletzt haben soll, ist nicht ersichtlich.

Die Frage, ob der Beschwerdegegner - ungeachtet der Frage der Instruktion - den Inhalt des (auch) in seinem Namen eingereichten Steuerrekurses zurechnen lassen muss, ist dagegen eine Frage des Bundesrechts, die hier nicht zu beurteilen ist.

7. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das vorliegende Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 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. 9'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 475.-- Schreibgebühren,
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auf-
erlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das
Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- (inkl.
MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Affoltern und das Schweizerische
Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: