



---

Kass.-Nr. AA050156/U/mb

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

## **Zirkulationsbeschluss vom 29. September 2006**

in Sachen

**X.**

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

gegen

**Y.**

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

### **Aktienrechtliche Verantwortlichkeit**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2005 (LB050025/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

Mit Urteil vom 31. Januar 2005 verpflichtete das Bezirksgericht \_\_\_\_\_, 2. Abteilung, den Beschwerdeführer aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zur Bezahlung von CHF 224'597.35 nebst 5% Zins seit dem 22. Januar 2003 (OG act. 56). Dagegen führte der Beschwerdeführer Berufung, welche von der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 2. September 2005 abgewiesen wurde unter vollumfänglicher Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides (KG act. 2). Gegen diesen Entscheid richtet sich die fristgerecht eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. Oktober 2005 (KG act. 1). Mit Verfügung des Kassationsgerichtes vom 17. Oktober 2005 wurde dem Ersuchen des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben (KG act. 5). Die Vorinstanz hat mit Erklärung vom 24. Oktober 2005 auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Mit Eingabe vom 14. November 2005 erstattete der Beschwerdegegner eine Beschwerdeantwort (KG act. 11), welche dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 1. Februar 2006 zur Kenntnis gebracht wurde (KG act. 12). Der Beschwerdeführer hat gegen das vorinstanzliche Urteil am 13. Oktober 2005 auch eidgenössische Berufung erhoben (KG act. 3).

**II.**

1. Die A. AG mit Sitz in Zürich (nachfolgend A.) bezweckte u.a. die Beteiligung an Finanzgeschäften im In- und Ausland, die Durchführung von Finanztransaktionen, die Übernahme von Verwaltungen aller Art und die Beratung in diesen Bereichen. Am 26. Oktober 1999 verfügte das Handelsregisteramt die Auflösung der Gesellschaft, weil diese innert Frist nicht den gesetzlichen Zustand bezüglich Verwaltung und Vertretung hergestellt hatte. Am 26. Mai 2000 wurde die richterliche Konkursöffnung über die Gesellschaft verfügt. Im Konkursverfahren wurden 20 Gläubiger, darunter der Kläger, mit Forderungen in der Höhe von rund 1,8 Mio. zugelassen. In einem Vergleich mit dem früheren Verwaltungsrat

der A., Herrn Rechtsanwalt Dr. B., wurde die Bezahlung von CHF 50'000.00 vereinbart, welche die Gläubiger entsprechend ihren Forderungen unter sich aufteilten. Darüber hinaus kamen die Gläubiger vollumfänglich zu Verlust, der Beschwerdegegner mit CHF 224'597.35, welche er mit der gegen den Beschwerdeführer gerichteten Klage einfordert. Letzterer war ab 21. November 1997 Verwaltungsrat der A. gewesen. Mit Verfügung vom 21. Februar 2002 hatte die Konkursverwaltung allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Beschwerdeführer an sämtliche Gläubiger abgetreten (BG act. 5/29). Innert Frist erhob der Beschwerdegegner gegen den Beschwerdeführer Klage auf Bezahlung von CHF 224'597.35, welche vom Bezirksgericht \_\_\_\_\_ mit Urteil vom 31. Januar 2005 gutgeheissen wurde (OG act. 56).

Wie vor erster Instanz war auch im Berufungsverfahren zur Hauptsache streitig, ob der Beschwerdeführer aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit hafte. Vor beiden Instanzen hatte er die gegen ihn entsprechend erhobene Klage vollumfänglich bestritten. Einer allfälligen Schuldpflicht hielt er zusätzlich die Einrede der Tilgung durch Verrechnung entgegen und berief sich endlich auch darauf, der mit dem früheren Verwaltungsrat, Rechtsanwalt Dr. B., geschlossene Vergleich befreie ihn entweder vollständig oder limitiere seine Schuldpflicht doch bei höchstens CHF 50'000.00 (KG act. 2 S. 3; KG act. 1 Ziff. II.4 S. 3 f.).

2.a) Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz verletze das Prinzip der Verhandlungsmaxime gemäss § 54 Abs. 1 ZPO und mithin einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO, wenn sie erwäge, A. habe bei der Behandlung und Geltendmachung eines Darlehens der C., Ltd. (nachfolgend C.), vom 10. Februar 1997 als direkte Stellvertreterin von D. Limited gehandelt. Das führe zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides, im Hinblick auf die gleichzeitig erhobene Berufung an das Bundesgericht allenfalls zur Streichung der entsprechenden Erwägung zu Handen des Bundesgerichtes, was eventualiter beantragt werde (KG act. 1 Ziff. III.7 S. 5, Ziff. III.9 S. 6). Bereits mit der an das Bezirksgericht gerichteten Klageschrift vom 17. März 2003 habe der Beschwerdegegner geltend gemacht, C. habe der A. am 10. Februar 1997 ein Darlehen von 60'000 \_\_\_\_\_-Aktien gewährt. In der Klageantwort vom 11. Juni 2003

habe er, der Beschwerdeführer, bestätigt, dass die ihm nahe stehende C. am 10. Februar 1997 der A. ein Darlehen gewährt habe und zwar dergestalt, dass A. 60'000 \_\_\_-Aktien erhalte, wobei zur Tilgung entweder diese zurückzugeben oder US\$ 3.50 pro Aktie bezahlt werden sollten. Er habe weiter darauf hingewiesen, dass C. die Aktien treuhänderisch für ihn gehalten habe, weshalb mit C. vereinbart gewesen sei, dass grundsätzlich diese nach Aussen auftreten solle und dementsprechend die Abtretung der Ansprüche aus der Vereinbarung vom 10. Februar 1997 gegenüber dem debitor cessus nur notifiziert werden solle, wenn er, der Beschwerdeführer, dies für angezeigt erachte (KG act. 1 Ziff. III.8, S. 5 m.H.a. BG act. 14, S. 3 Ziff. 2). Der Beschwerdegegner habe in der Folge zu Recht weder in der Replik des erstinstanzlichen Verfahrens noch in seiner Berufungsantwort bezweifelt, dass der Darlehensvertrag vom 10. Februar 1997 den dort vorgesehenen Rückforderungsanspruch der C. (und nicht etwa D. Limited) verleihe. Seien sich die Parteien des Darlehensvertrages vom 10. Februar 1997 aber einig, dass der Rückforderungsanspruch der C. zustehe, und hätten die Parteien des vorliegenden Prozesses diese zutreffende Sicht wie geschildert übernommen, verbiete es die Verhandlungsmaxime, den Vertrag anders auszulegen, wie es durch die Vorinstanz geschehen sei (KG act. 1 Ziff. III.9 S. 6).

b) Die Rüge ist unbegründet: Im Zusammenhang mit der Behandlung der Verrechnungseinrede des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz zunächst die in der Lehre kontrovers geführte Diskussion zur Frage der Zulassung der Verrechnung bei Abtretung von Massenansprüchen gestützt auf Art. 260 SchKG erörtert und auf die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung diesbezüglich hingewiesen (KG act. 2 Ziff. 4 S. 7 ff.). Sie hat sodann erwogen, es stehe auf Grund der Akten und vom Beschwerdeführer unbestritten fest, dass er selber, handelnd aber für die C. im Konkurs der A. einen Anspruch aus einem Darlehen geltend mache. Auch die angebliche Zession habe er sowohl für sich selber als auch für die C. unterzeichnet. Unter diesen Umständen sei es offenbar missbräuchlich, dass er die behaupteten Ansprüche aus dem Darlehen gerade wie es ihm beliebt einmal für die Gesellschaft, einmal persönlich geltend mache, was keinen Rechtsschutz verdiene, und er müsse sich dabei behaften lassen, dass sich seine Gesellschaft

im Konkursverfahren als Gläubigerin dargestellt habe. Die Frage der Aktivlegitimation könne allerdings offen bleiben (KG act. 2 S. 10).

Damit hat die Vorinstanz die Frage der Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches aus dem fraglichen Darlehen letztlich nicht beantwortet. Sie hat in der Folge gestützt auf eine Quittung vom 10. Februar 1997 gem. BG act. 5/70 respektive BG act. 15/1 Blatt 2 vielmehr die Frage geprüft, wer aus dem fraglichen Darlehen in Anspruch genommen werden könne. Dabei ist sie im Rahmen der von Amtes wegen gebotenen Rechtsanwendung gemäss § 57 ZPO zum Schluss gelangt, ein Rückforderungsanspruch aus Darlehen bestehe nicht gegenüber der A., sondern der D. Limited. Gemäss fraglicher Quittung, aus welcher das Darlehensverhältnis abgeleitet werde, habe nämlich E. (seit dem 19. März 1993 einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der A.; vgl. OG act. 3 Ziff. 12 S. 8, KG act. 3 S. 4) „namens [A.] AG, für [D.] Ltd., (...) ein Total von 60'000 Aktien [\_\_\_\_\_]“ entgegengenommen. Das bedeute, dass sich E. zunächst als für die A. handelnde Person zu erkennen gegeben habe, und dass also die Aktien rechtlich nicht an (ihn), E., sondern an die A. übergeben worden seien (ZGB Art. 55). Auch die A. erkläre (durch E.) ausdrücklich, dass sie das nicht für sich getan habe, sondern „für [D. Ltd.]“, demnach als direkte Stellvertreterin (OR Art. 32). Das sei eine Rechtsfrage und daher von Amtes wegen zu prüfen (§ 57 ZPO). Zur Rückgabe des Darlehens verpflichtet sei in dieser Situation allenfalls die D. gewesen, nicht aber die Gemeinschuldnerin A., und es bestehe daher keine Verrechnungslage mit Ansprüchen gegen den Beschwerdeführer aus seiner Verantwortlichkeit als Verwaltungsrat der A.. Diese Beurteilung ergebe sich übrigens auch aus der Verfügung des Konkursamtes, welche der Beschwerdegegner dem Bezirksgericht unter act. 25/2 vorgelegt habe (KG act. 2 S. 10 f.).

Ob die Vorinstanz in Rechtsanwendung von Amtes wegen bei Prüfung der angeschnittenen Rechtsfrage fehlerfrei handelte oder nicht, entzieht sich der Kognition des Kassationsgerichtes (§ 285 ZPO). Die Frage, wem der Rückforderungsanspruch zustehe (Aktivlegitimation), wurde vom Obergericht ausdrücklich offen gelassen. Wenn der Beschwerdeführer eine Verletzung der Verhandlungsmaxime darin sehen will, dass die Parteien übereinstimmend von einem Rückfor-

derungsanspruch der C. ausgegangen seien, geht diese Argumentation deshalb ins Leere. Aufgrund welcher Aktenstellen davon auszugehen wäre, die Parteien hätten übereinstimmend geltend gemacht, die A. habe - entgegen der vorinstanzlichen Auffassung - nicht als direkte Stellvertreterin gehandelt, wird in der Beschwerdeschrift nicht dargetan. Insofern ist auf die Rüge nicht einzutreten. Dass sie schliesslich dabei von einer fehlerhaften (willkürlichen) Tatsachenfeststellung ausgegangen wäre, ist weder erkennbar, noch wurde solches vom Beschwerdeführer gerügt. Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime im Sinne von § 54 ZPO ist jedenfalls nicht nachgewiesen.

3.a) Der Beschwerdeführer rügt sodann die Verletzung des rechtlichen Gehörs und damit die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, indem die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei (KG act. 1 Ziff. IV.10 S. 6 f.).

b) Die Pflicht, gerichtliche Entscheide in Zivilsachen zu begründen, ergibt sich sowohl aus Bundesrecht (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 51 Abs. 1 lit. C OG) wie auch aus kantonalem Recht (§ 157 GVG). Die im Hinblick auf das bundesrechtliche Berufungsverfahren in Zivilsachen statuierte Begründungspflicht dient dem Zweck, dem Bundesgericht die Überprüfung des angefochtenen Entscheides unter dem Gesichtspunkt einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht zu ermöglichen. Ist eine solche Überprüfung wegen mangelhafter Begründung des Entscheides nicht möglich, weist das Bundesgericht die Sache an den kantonalen Richter zurück (Art. 52 OG). Diese bundesrechtliche Begründungspflicht bedeutet, dass der kantonale Richter einerseits klar zum Ausdruck bringen muss, von welchem Sachverhalt er ausgegangen ist (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. C OG, wonach der kantonale Richter in seinem Entscheid das Ergebnis der Beweisführung festzuhalten hat), und andererseits darlegen muss, wie er den seinem Entscheid zugrunde gelegten Sachverhalt rechtlich qualifiziert (vgl. dazu Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Volume II, Bern 1990, N 4 zu Art. 51 OG). Indessen erstreckt sich diese Begründungspflicht grundsätzlich nicht auch darauf, wie bzw. weshalb der Richter zu bestimmten tatsächlichen Annahmen gelangte, denn die Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse bildet - vorbehalt-

lich bundesrechtlicher Beweisvorschriften - nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens in Zivilsachen (Art. 43 Abs. 3 OG).

Demgegenüber geht die kantonalrechtliche Begründungspflicht insofern weiter, als sie sich - schon im Hinblick auf den Nichtigkeitsgrund der willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO) und die damit verbundene Substantiierungslast des Nichtigkeitsklägers - auch auf Annahmen tatsächlicher Natur bezieht (vgl. ZR 83 N 117). Ähnliche Anforderungen stellt das Bundesgericht hinsichtlich der Begründung von Entscheiden im Zusammenhang mit der Behandlung von staatsrechtlichen Beschwerden gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 209, Anm. 26; BGE 117 Ia 3/4).

Wird somit geltend gemacht, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht mit Bezug auf die Anwendung von Bundesrecht verletzt (indem entweder nicht klar sei, von welchem Sachverhalt sie ausgehe oder wie sie zu bestimmten rechtlichen Schlüssen gelange), so ist die bundesrechtliche Begründungspflicht angesprochen. Im Falle der Zulässigkeit der entsprechenden bundesrechtlichen Rechtsmittel ist auf Rügen in diesen Fällen vom Kassationsgericht nicht einzutreten (§ 285 ZPO). Zwar kann die Verletzung der Begründungspflicht als solche nicht zum alleinigen Gegenstand einer Berufung gemacht werden. Das Bundesgericht beurteilt nämlich die Frage der genügenden Begründung nur im Zusammenhang mit der Überprüfung aufgeworfener Fragen des materiellen Rechts (vgl. A. Bernhard, Die Entscheidungsbegründung im schweizerischen zivilgerichtlichen Verfahren, Diss. Zürich 1983, S. 149). Für eine abstrakte Überprüfung der Begründung ohne gleichzeitige Geltendmachung einer Rechtsverletzung besteht aus der Sicht des Bundesgerichtes auch kein Rechtsschutzinteresse. Es genügt aber für den Ausschluss der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, dass das Bundesgericht den allfälligen Mangel einer ungenügenden Begründung im Zusammenhang mit einer gerügten Bundesrechtsverletzung beheben lassen kann. Es ist unerheblich, dass der Mangel sonst nicht zum Gegenstand einer selbstständigen Rüge vor Bundesgericht gemacht werden kann, da auch in derartigen Fällen die kanto-

nale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist, weil für eine abstrakte Überprüfung der Begründung kein Rechtsschutzinteresse besteht.

Wird demgegenüber vor Kassationsgericht geltend gemacht, die Begründungspflicht sei insofern verletzt, als sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen lasse, wie die Vorinstanz zu bestimmten Annahmen tatsächlicher Natur gelange (indem sie sich z.B. im Rahmen der Beweismittelwürdigung nicht mit den einzelnen Beweismitteln auseinandersetzt), so handelt es sich um eine Frage, welche nur die kantonale Begründungspflicht (bzw. Art. 29 Abs. 2 BV) beschlägt. Gleiches gilt für die Begründung von Entscheiden im Zusammenhang mit Fragen des kantonalen Verfahrensrechts. Derartige Rügen können somit mittels kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (zum Ganzen: ZR 93 Nr. 29; Kass-Nr. AA040043, Beschluss vom 25. Juni 2004, i.S. M., Erw. II.3.2.c.aa, S. 11 f.). Dabei gilt allerdings - wie auch der Beschwerdeführer selbst anmerkt (KG act. 1 Ziff. 10, S. 7) - dass sich aus der Begründung nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben müssen, und es nicht nötig ist, dass sich der Richter mit jeder tatbestandlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt. Es genügt vielmehr, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche - allenfalls stillschweigend - als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d. 112 Ia 109 E.2b, je mit Hinweisen; G. Müller, Kommentar (alt)BV, Überarbeitung 1995, Art. 4, RZ 112 -114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 535 ff, 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2).

c) Der Beschwerdeführer trägt seine Rüge der Verletzung der Begründungspflicht im Zusammenhang mit den Erwägungen der Vorinstanz zur angeblichen Verletzung seiner aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht (KG act. 1 Ziff. IV.11 lit. a-f S. 7 ff., Ziff. IV.12 lit. a S. 11 ff.), zur Kausalität zwischen vorgeworfener Sorgfaltspflichtverletzung und eingetretenem Schaden (KG act. 1 Ziff. IV.12 lit. b S. 13) sowie zur Beurteilung des Schadens (KG act. 1 Ziff. IV.12 lit. c S. 14) vor. Damit erweisen sich die vorgetragenen Rügen einerseits als behauptete Verletzung der Begründungspflicht im Zusammenhang mit der Anwendung von Bundesrecht und

andererseits als Argumentarium, welches den materiellrechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Frage von Sorgfaltspflichtverletzung, Kausalität und Schaden im Lichte aktienrechtlicher Verantwortlichkeit entgegengehalten wird. Auf beides ist gestützt auf § 285 ZPO im kantonalen Nichtigkeitsverfahren nicht einzutreten.

d) Bei Prüfung des angefochtenen Entscheides im Lichte der kantonalrechtlichen Begründungspflicht gemäss § 157 GVG als Teilaspekt des Anspruches auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich, dass die Vorinstanz unter Ziff. 5 auf S. 11 ff. im Zusammenhang mit den Erwägungen zur Sorgfaltspflicht im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dem Beschwerdeführer verschiedene Versäumnisse zum Vorwurfe macht. Als wesentlich erachtete sie dabei seine Passivität bei Ausübung seines Verwaltungsratsmandates, im Rahmen dessen er die Oberleitung der Gesellschaft wahrzunehmen und die nötigen Weisungen zu erteilen, die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle anzuordnen und die mit der Vertretung und Geschäftsführung betrauten Personen zu überwachen gehabt habe. Bei Amtsantritt als Verwaltungsrat am 21. November 1997 habe zwar der von der Kontrollstelle geprüfte Abschluss 1996 vorgelegen, den der Beschwerdeführer mindestens rechnerisch als richtig habe ansehen dürfen. Dieser Jahresabschluss habe aber Auffälligkeiten aufgewiesen, welche zu eingehenderen Recherchen Anlass gegeben hätten. So sei das Anlagevermögen im Berichtsjahr von CHF 377'000.00 auf CHF 175'000.00 geschrumpft, wobei namentlich die Wertschriften von CHF 313'000.00 auf CHF 115'000.00 zurückgegangen seien. Auch beim Umlaufvermögen habe die Reduktion der flüssigen Mittel von CHF 192'000.00 auf CHF 32'000.00 auffallen müssen. Demgegenüber sei eine nicht weiter präzisierte Position "div. Verrechnungskonti (abz. Wertberichtigung)", die im Vorjahr noch CHF 110'000.00 ausgemacht habe, mit CHF 370'000.00 beziffert worden (BG act. 5/68, alles immer in runden tausend Franken). Bei gesamten Aktiven von CHF 838'000.00 habe der Beschwerdeführer namentlich diese völlig undurchsichtige letzte Position nicht ohne nähere Aufschlüsse so stehen lassen können; sie habe die Aussagekraft der Bilanz weitgehend entwertet. Bei den Passiven seien die "Kundenguthaben" (im Vorjahr noch CHF 540'000.00) auf CHF 36'000.00 abgesackt. Angesichts des statutarischen Zweckes der A. und den Vorstellungen, welche sich der Beschwer-

deführer von ihrem konkreten Geschäft gemacht habe (nämlich die "gute Geschäftsidee", dass man Kunden akquirierte, welche ihr Geld direkt in Aktien der D. anlegen), habe auch diese Position nach genauerer Betrachtung verlangt; so wie der Beschwerdeführer das Geschäft der A. verstanden haben wolle, hätte es in der Bilanz ja überhaupt keine "Kundengelder" geben sollen. Die Verlustrechnung habe rechnerisch korrekt erschienen, über die effektive Tätigkeit der Gesellschaft aber kaum Aufschluss gegeben. Der Beschwerdeführer habe die Zahlen ohne weiteres hingenommen und sich nach eigenem Bekunden einerseits auf die "Sachkunde" E., andererseits auf die Prüfung der Rechnung durch die Kontrollstelle verlassen. Nach seiner Darstellung habe er zwar E. mündlich um nähere Auskünfte ersucht, ohne allerdings mindestens zunächst irgendwelche Konsequenzen zu ziehen, als diese Auskünfte ausgeblieben seien. Erst im Mai 1998 habe er seine Wünsche schriftlich formuliert und bis zu seinem Rücktritt als Verwaltungsrat im August 1999 habe er nach eigener Darstellung nicht über das nötige Wissen verfügt. Damit sei er seiner Verpflichtung als Verwaltungsrat nicht ausreichend nachgekommen und habe namentlich die Überwachung E. völlig vernachlässigt. Ausser mündlichen Erläuterungen E.s habe er über keine Unterlagen darüber verfügt, welche Tätigkeiten die Gesellschaft entfaltet und wie sich das finanziell ausgewirkt habe (KG act. 2 S. 12 f.). Mit der Zusammenfassung dieser für ihren Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte als Ergebnisse des Verfahrens hat die Vorinstanz die abweichenden und relativierenden Einwendungen des Beschwerdeführers, ohne sie im Einzelnen zu zitieren, mithin stillschweigend als unbegründet erachtet, ohne dabei ihre verfahrensrechtliche Begründungspflicht und den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers zu verletzen. Dieser beruft sich im Rahmen der Beschwerdeführung denn auch nicht darauf, und es ist auch nicht erkennbar, dass die Vorinstanz ihrer Beurteilung seiner Sorgfaltspflicht willkürlich falsche Tatsachen zugrunde gelegt hätte. Ebenso wenig beruft sich der Beschwerdeführer darauf und ist ebenfalls nicht erkennbar, dass sich die von der Vorinstanz als wesentlich erachteten Tatsachen im Lichte der im Beschwerdeverfahren vorgetragenen Einwendungen als willkürlich falsch erwiesen.

Das gilt namentlich auch mit Bezug auf das Vorbringen des Beschwerdeführers unter Ziff. IV.11 lit. f S. 10 der Beschwerdeschrift, wonach es keineswegs zu-

treffe, dass er über keine Unterlagen betreffend die Tätigkeit der A. und die daraus fließenden finanziellen Auswirkungen verfügt habe (so KG act. 2 S. 13), was die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen vom 15. Dezember 1997 und 1. Januar 1998 gemäss BG act. 5/73 und 5/74 belegen sollen. Aus diesen Schriftstücken, welche die Erörterungen zu den für die fraglichen Sitzungen traktandierten Punkten enthalten und zum grossen Teil betriebsinterne Belange wie namentlich die Miete von Geschäftsräumen etc. betreffen, geht nicht hervor, über welche schriftlichen Unterlagen betreffend Tätigkeit der A. und deren finanzielle Auswirkungen der Beschwerdeführer über die genannten Sitzungsprotokolle hinaus verfügt haben soll, weshalb sich die fragliche Erwägung der Vorinstanz in keiner Weise als unhaltbar erweist.

Die Rüge der Verletzung der kantonalrechtlichen Begründungspflicht erweist sich mithin als unbegründet.

4. In Ziff. IV.11 lit. g rügt der Beschwerdeführer die Darstellung der Vorinstanz als aktenwidrig, sein Rücktritt aus dem Verwaltungsrat der A. sei nicht im August 1999, sondern bereits am 2. April 1999 erfolgt (KG act. 1 S. 11).

Gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. d) OG kann im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, a.a.O., RZ 100). Inhaltlich entspricht die Versehenrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG, welche sich auch auf Parteivorbringen beziehen kann, der Rüge der Aktenwidrigkeit i.S.v. § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweisführung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115, 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, N 44 zu § 281 ZPO). Demzufolge kann das Kassationsgericht in beru-

fungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf eine Aktenwidrigkeitsrüge eintreten. Ein entsprechender Mangel ist vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 N 88, Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285 ZPO, N 44 a.E. zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68).

5. In Ziff. IV.12 lit. c rügt der Beschwerdeführer schliesslich, es stelle eine willkürliche tatsächliche Annahme i.S.v. § 281 ZPO dar, den im Konkurs der A. kollozierten Schaden einfach mit dem vermeidbaren und daher allenfalls (bei Vorliegen der übrigen, hier allerdings nicht gegebenen Voraussetzungen) zu ersetzenden Schaden gleichzusetzen (KG act. 1 S. 14).

Auf diese Rüge ist nicht einzutreten: Die Vorinstanz erwog zum Schaden auf S. 14 des angefochtenen Entscheides, im Rahmen der hypothetischen Kausalität, auf welche es hier ankomme, müsse angenommen werden, der Beschwerdeführer hätte bei pflichtgemässer Sorgfalt entdeckt, dass E. früher einbezahlte Kundengelder für die Belange der Gesellschaft veruntreut habe; namentlich hätte er nicht nur erkannt, dass das Konto der Bank verpfändet gewesen sei (was ihn zusätzlich hätte alarmieren müssen), sondern überhaupt, dass Kundengelder bei der Gesellschaft geblieben und nicht vertragsgemäss der D. zur Anlage in Derivaten zugeleitet worden seien. Zu seinen Gunsten müsse unterstellt werden, er hätte als pflichtbewusster Verwaltungsrat sofort sicher gestellt, dass weitere Zahlungen auch wirklich, wie den Kunden vertraglich zugesagt, in Aktien der D. angelegt worden wären und nicht einfach zur Deckung der laufenden Betriebsaufwendungen der A. gedient hätten. Streng genommen sei den späteren Anlegern nur dann ein Schaden entstanden, wenn sie bei einer vertragsgemässen Anlage bei der D. heute besser stünden. Da eine solche Anlage (direkt durch Verschulden E.s, indirekt durch solches des Beschwerdeführers) unterblieben sei, könnten sie diesen Beweis nicht führen. In dieser Situation müsse angenommen werden, das Geld wäre nicht verloren gegangen. Damit sei die Pflichtverletzung des Beklagten in Verbindung mit den vom Beschwerdegegner genannten Einzahlungen der acht Kunden nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ursächlich für einen Schaden von rund CHF 298'000.00.

Die Ermittlung des vermeidbaren und zu ersetzenden Schadens sowie die Feststellung, ob dieser - wie im vorliegenden Fall - den kollozierten Forderungen entspreche, sind Fragen des materiellen Bundesrechts und der Kognition des Kassationsgerichtes entzogen (§ 285 ZPO). Dasselbe gilt für die Frage der Beweislastverteilung (RB 2002 Nr. 11). Die Beweislastverteilung bestimmt, welche Partei die nachteiligen Folgen zu tragen hat, falls eine rechtserhebliche Tatsache nicht bewiesen werden kann. Diese Thematik ist angesprochen, wenn der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Beschwerdegegner zu Unrecht vom Schadensbeweis dispensiert. Soweit der Sachrichter sodann Annahmen über hypothetische Geschehensabläufe trifft (insbesondere bei der Frage der Kausalität von Unterlassungen), handelt es sich zwar - mit Ausnahme von Schlussfolgerungen, die auf der allgemeinen Lebenserfahrung beruhen - gemäss bundesgerichtlicher Praxis um Feststellungen tatsächlicher Natur, an welche das Bundesgericht gemäss Art. 63 Abs. 2 OG gebunden ist. Insoweit wäre die Rüge, es sei zu Unrecht über derartige (bestrittene) Annahmen kein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Beweisverfahren durchgeführt worden, zulässig (RB 1997 Nr. 93). Vorliegend ist allerdings der Ausnahmefall gegeben, da die Vorinstanz festhielt, die Pflichtverletzung des Beschwerdeführers in Verbindung mit den vom Beschwerdegegner genannten Einzahlungen der acht Kunden sei *nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge* ursächlich für einen Schaden von rund Fr. 298'000.--. Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind demzufolge nicht geeignet, eine willkürliche tatsächliche Annahme nachzuweisen.

### III.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, und er ist zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine angemessene Prozessentschädigung zu leisten.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde 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. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 350.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 2'000.-- (MwSt. inkl.) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht \_\_\_\_ (2. Abteilung) sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: