



Kass.-Nr. AA060060/U d.v. AA060055/Umb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 13. Dezember 2006

in Sachen

X.,

Beklagter, Widerkläger, Appellant, Anschlussappellat, Beschwerdegegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Klägerin, Widerbeklagte, Appellatin, Anschlussappellantin, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

Forderung aus Auflösung einer einfachen Gesellschaft

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2006 (LB050050/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien lebten während mehreren Jahren im Konkubinat zusammen. Nach Beendigung der Beziehung reichte Y. anfangs September 1995 beim Bezirksgericht ____ Klage gegen X. ein (BG act. 2). Im Wesentlichen beantragte sie, die zwischen den Parteien 1980 gegründete einfache Gesellschaft sei rückwirkend per 31. Dezember 1994, eventualiter auf einen nachfolgenden, frühestmöglichen Zeitpunkt, aufzulösen und es sei ihr die Hälfte des Liquidationsgewinns zuzuweisen (BG act. 2 S. 2). X. seinerseits erhob Widerklage, mit welcher er die Rückzahlung rechtswidrig getätigter Barbezüge in der Höhe von Fr. 155'000.-- forderte (BG act. 19 S. 3).

Mit Urteil vom 30. April 1999 erklärte das Bezirksgericht ____, 7. Abteilung, die einfache Gesellschaft rückwirkend per 28. März 1995 für aufgelöst und hiess die Forderungsklage im Betrag von Fr. 713'474.50 sowie die Widerklage vollumfänglich gut (BG act. 172). Dieses Urteil hob das Obergericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 2. Juni 2000 auf und wies den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens in Bezug auf die Höhe der Geldforderung der Klägerin und zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht zurück (OG act. 210). Auf kantonale Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten hin hob das Kassationsgericht den Entscheid des Obergerichts am 22. Januar 2001 seinerseits auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurück (OG act. 219). Dieses entschied darauf mit Rückweisungsbeschluss vom 16. Mai 2001, das Urteil des Bezirksgerichts vom 30. April 1999 werde aufgehoben und der Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen (OG act. 221). Auf die gegen diesen Beschluss gerichtete Berufung trat das Bundesgericht nicht ein (OG act. 231).

Mit Urteil vom 22. März 2005 erkannte das Bezirksgericht (erneut), die einfache Gesellschaft der Parteien werde rückwirkend per 28. März 1995 aufgelöst. Der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin Fr. 740'413.60 zuzüglich Zins zu

bezahlen. In Gutheissung der Widerklage wurde sodann die Klägerin ihrerseits verpflichtet, dem Beklagten Fr. 155'000.-- zuzüglich Zins zu bezahlen (BG act. 390).

2. Gegen das Urteil des Bezirksgerichts liess der Beklagte Berufung erklären (OG act. 395). Die Klägerin erhob Anschlussberufung (OG act. 415). Mit Beschluss und Urteil vom 17. März 2006 entschied die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz), auf die Hauptklage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 werde insoweit nicht eingetreten, als sie den Betrag von Fr. 695'720.45 übersteige. Im Weiteren wurde die Hauptklage dahin gutgeheissen, dass der Beklagte verpflichtet wurde, der Klägerin den Betrag von Fr. 662'913.60 nebst Zins zu 5% seit dem 11. September 1995 zu bezahlen. Die Widerklage wurde abgewiesen (OG act. 435 bzw. KG act. 2).

3. Gegen den Entscheid der II. Zivilkammer erhoben beide Parteien kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. X. beantragt mit seiner Beschwerde, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung zurückzuweisen (KG act. 1). Die Beschwerde von Y. richtet sich gegen die von der Vorinstanz getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung (KG act. 29/1 S. 2 f.).

a) Die X. nach § 75 ZPO auferlegte Kautionshöhe in der Höhe von Fr. 23'000.-- (KG act. 3) wurde fristgemäss geleistet (KG act. 9). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 5). Y. lässt mit ihrer Beschwerdeantwort folgenden Antrag stellen (KG act. 6 S. 2):

"1. Es sei eine Neuurteilung durch das Kassationsgericht selbst vorzunehmen, indem sich die im Urteil des Obergerichts vom 17. März 2006 festgelegte Gesellschaftereinlage der Beschwerdegegnerin von CHF 68'214.-- auf CHF 66'500.-- reduziert, mithin Ziff. 1 des Dispositivs des Urteils des Obergerichts vom 17. März 2006 wie folgt abzuändern ist:

'...'

Im Übrigen sei die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen."

In der Folge fand ein mehrmaliger Schriftenwechsel statt (vgl. KG act. 12, 18, 23 und 26), wobei bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen ist, dass Vorbringen der Parteien nach Ablauf der Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde (§ 287 ZPO) bzw. zur Beschwerdeantwort nur insoweit zulässig sind, als Eingaben der Gegenpartei dazu Anlass geben; insbesondere ist der Beschwerdeführer mit Anträgen in der Sache, Rügen und/oder Ergänzungen der Beschwerde bzw. die Beschwerdegegnerin mit Ergänzungen der Beschwerdeantwort, die bereits in der Beschwerdebegründung bzw. Beschwerdeantwort hätten erhoben werden können, ausgeschlossen.

b) Mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 2006 wurde Y. für das von ihr angestrebte Beschwerdeverfahren eine Kautions in der Höhe von Fr. 8'000.-- auferlegt (KG act. 29/6), welche ebenfalls fristgemäss geleistet wurde (KG act. 29/7/1 und 29/8). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 29/9). X. liess mit der Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 29/10). Y. verzichtete auf eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort (KG act. 29/13).

4. X. liess gegen den obergerichtlichen Entscheid auch Berufung an das Bundesgericht erklären (OG Prot. II S. 10).

II.

Die beiden Verfahren Kass.-Nr. AA060055 und AA060060 betreffen dieselben Parteien und haben denselben Entscheid (Beschluss und Urteil) der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 17. März 2006 zum Gegenstand. Deshalb und da eine allfällige Gutheissung der Beschwerde im Verfahren AA060060 zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides und damit zur Gegenstandslosigkeit der Beschwerde im Verfahren AA060055 führen könnte, sind die beiden Verfahren zu vereinigen und Kass.-Nr. AA060055 als durch Vereinigung erledigt abzuschreiben. Demgemäss werden die Akten von Kass.-Nr. AA060055 als KG act. 29 in Kass.-Nr. AA060060 einakturiert. Der Klarheit halber werden im Beschwerdeverfahren die Bezeichnungen der Parteien wie in den vorinstanzlichen Verfahren

weitergeführt und die Klägerin, Widerbeklagte, Appellatin, Anschlussappellatin, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin als **Klägerin**, der Beklagte, Widerbeklagte, Appellant, Anschlussappellat, Beschwerdegegner und Beschwerdeführer als **Beklagter** bezeichnet.

III.

Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten

Vorauszuschicken ist, dass gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses den geltend gemachten Mangel mit freier Kognition überprüfen kann. Dies gilt in Zivilfällen - wie vorliegend - für die Berufung gemäss Art. 43 ff OG.

1. a) Die erste vom Beklagten erhobene Rüge betrifft folgende Erwägungen des angefochtenen Urteils (KG act. 2 S. 27):

"Gemäss den Anordnungen der Berufungsinstanz in ihrer Rückweisungsentscheid vom 16. Mai 2001 hatte die Vorinstanz sodann abzuklären, ob im Sinne einer Gesellschaftereinlage aus einer Erbschaft der Klägerin ein Betrag von Fr. 66'500.00 in die einfache Gesellschaft geflossen sei oder nur ein solcher von Fr. 38'600.00, wie der Beklagte dies behauptete (...). Auch dazu hat die Vorinstanz ein Beweisverfahren durchgeführt. Sie kam in Würdigung der Beweise zum Schluss, dass aus einer Erbschaft bzw. Schenkung seitens der Klägerin ein Betrag von Fr. 68'214.00 in die Gesellschaft geflossen sei (...), was vom Beklagten vor Vorinstanz ausdrücklich anerkannt wurde (Prot. I S. 203 und 211). Im vorliegenden Berufungsverfahren äussern sich die Parteien nicht mehr zu diesem Punkt (...)."

b) Der Beklagte wendet ein, einerseits werde unterstellt, dass aus Erbschaft bzw. Schenkung seitens der Klägerin ein Betrag von Fr. 68'214.00 in die Gesellschaft geflossen sei und andererseits werde dies als unbestrittene Tatsache zur Urteilsgrundlage genommen, weil der Beklagte dies vor Vorinstanz ausdrücklich

anerkannt habe. Diese sich auf Prot. I S. 203 und S. 211 vermeintlich abstützende tatsächliche Annahme sei aktenwidrig und willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Aus Seite 203 des Protokolls ergebe sich lediglich, dass seitens des Beklagten erklärt worden sei, dass der Beweis gemäss Beweissatz 1.7 gelungen sei und daher auf die Befragung weiterer Zeugen verzichtet würde. Der Beweissatz Ziff. 1.7 habe indes zum Gegenstand gehabt, ob der Klägerin (nicht etwa der einfachen Gesellschaft) während des Konkubinats der Betrag von insgesamt Fr. 66'500.00 aus Erbschaft/Schenkung zugefallen sei) und habe keineswegs die im angefochtenen Urteil unterstellte Tatsache enthalten, dass ein Betrag von **Fr. 68'214.00 in die Gesellschaft** geflossen sei. Sowohl betragsmässig als auch hinsichtlich des "in die Gesellschaft geflossen seins" basiere das angefochtene Urteil auf einer unhaltbaren willkürlichen je aktenwidrigen Annahme (KG act. 1 S. 3 f.).

c) Nach Art. 55 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, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 OG). Inhaltlich entspricht die Versehensrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist. Eine Aktenwidrigkeit kann auch vorliegen, wenn das Gericht die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt, z.B. eine bestrittene Tatsache als unbestritten bezeichnet (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88 Erw. 6; Kass.-Nr. 403/88, Entscheid vom 30. Juni 1989 i.S. P.c.P., Erw. II.1; 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 Zivilprozessordnung,

3. Aufl., Zürich 1997, N 44 zu § 281). Demzufolge kann das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eingreifen; ein diesbezüglicher Mangel ist vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285, N 44 a.E. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68).

Auf die vom Beklagten der Sache nach erhobene Rüge der Aktenwidrigkeit - die Vorinstanz habe sowohl die Höhe der Erbschaft als auch den Umstand, dass diese in die Gesellschaft geflossen sei zu Unrecht als unbestritten bezeichnet - ist nach dem Gesagten nicht einzutreten.

d) Wären die Vorbringen des Beklagten zusätzlich unter dem Gesichtspunkt der Willkür zu prüfen, erwiesen sie sich als nicht stichhaltig. Was die Thematik anbelangt, ob der fragliche Betrag in die Gesellschaft geflossen sei, wurde nämlich bereits im Rückweisungsbeschluss vom 16. Mai 2001 dem Einwand des Beklagten, das Guthaben der Klägerin aus Erbschaft sei nicht in die Gesellschaft geflossen, entgegen gehalten, es sei irrelevant, welche Summe in die Gesellschaft geflossen sei. Wesentlich sei nur, welcher Betrag der Klägerin vorab zugekommen sein müsse, weil es sich nicht um einen aus der einfachen Gesellschaft der Parteien stammenden Betrag handle, an welchem der Beklagte zu Hälfte partizipieren könne (OG act. 221 S. 20). Vor diesem Hintergrund zielt der Einwand des Beklagten jedenfalls ins Leere. Aus dem erstinstanzlichen Entscheid (BG act. 390 S. 22), auf welchen die Vorinstanz verweist (KG act. 2 S. 27) ergibt sich sodann ohne Weiteres, aufgrund welcher Umstände von einer unbestritten gebliebenen Höhe des Betrags auszugehen ist. So hielt die Erstinstanz fest, die Klägerin habe die Höhe der unentgeltlichen Zuwendungen Dritter an sie in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis mit insgesamt Fr. 68'214.-- beziffert. Dieser Betrag sei unbestritten geblieben und decke sich im Übrigen mit dem Beweisergebnis. Dass und inwiefern diese konkreten Erwägungen willkürlich wären, geht weder aus der Beschwerdeschrift hervor noch ist dies sonst ersichtlich.

e) Anzumerken bleibt, dass sich bei dieser Sachlage Weiterungen dazu, ob die Klägerin allenfalls auf den Differenzbetrag von Fr. 1'714.-- verzichten würde, wie sie dies in ihrer Beschwerdeantwort darlegt (KG act. 6 S. 4), erübrigen.

2. a) Der Beklagte bringt weiter vor, die Vorinstanz verkenne, dass die Klägerin in Bezug auf die Widerklage im (zweiten) Berufungsverfahren nicht nur einen anderen Rechtsstandpunkt eingenommen, sondern den Sachverhalt nach rund neunjähriger Prozessführung neu dargestellt habe. So habe sie sich nicht etwa auf ein Verrechnungsrecht, sondern neu auf eine Geschäftsführungskompetenz qua stille Gesellschaft bezogen. Diese neue Behauptung der Klägerin, sie habe hinsichtlich der Abdisposition von Fr. 155'000.00 im März 1995 eine Befugnis gehabt und nicht etwa gestützt auf Selbsthilfe- und Verrechnungsrecht gehandelt, sei ein Novum, das in Beachtung von § 267 in Verbindung mit § 115 ZPO seitens der Vorinstanz klarerweise hätte zurückgewiesen werden müssen. Die Vorinstanz halte wohl mit dem Hinweis, die Klägerin sei erstmals mit dem bezirksgerichtlichen Urteil vom 22. März 2005 auf die Bedeutung von Art. 125 Ziff. 1 OR hingewiesen worden, dafür, das Novum sei im Sinne von § 115 Ziff. 1 ZPO erst im Laufe des Prozesses veranlasst worden. Dieser gesetzliche Ausnahmetatbestand beziehe sich indes auf Sachverhalte, welche der betreffenden Partei erst im Laufe des Prozesses bekannt würden, keineswegs auf rechtliche Ausführungen in einem Gerichtsurteil oder Hinweise auf Gesetzesartikel in gerichtlichen Erwägungen. Indem das Obergericht in Verletzung von § 267 ZPO das Novum zugelassen habe, liege eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO vor (KG act. 1 S. 4 ff.).

b) Die Vorinstanz erwog, die Klägerin sei erstmals durch das im vorliegenden Berufungsverfahren angefochtene erstinstanzliche Urteil vom 22. März 2005 auf die Bedeutung von Art. 125 Ziff. 1 OR hingewiesen worden. Das habe sie veranlasst, sich im Berufungsverfahren auf den Rechtsstandpunkt zu stellen, für das Innenverhältnis der hier interessierenden Gesellschaft sei Art. 535 OR massgebend, und gemäss dieser Vorschrift sei sie nicht nur im Aussenverhältnis - was unbestritten sei -, sondern auch im Innenverhältnis der Bank gegenüber zum Handeln befugt gewesen. Diese Sichtweise sei richtig (KG act. 2 S. 20 f.).

c) Die Auffassung des Beklagten überzeugt nicht. Entgegen seiner Ansicht stellt die Frage, ob die Klägerin hinsichtlich des Bezuges von Fr. 155'000.00 Verrechnung geltend macht oder den Standpunkt vertritt, sie sei gestützt auf ihre

Stellung als Gesellschafterin gestützt auf Art. 535 OR zum Bezug berechtigt gewesen, eine Rechtsfrage dar. Zu Recht spricht denn auch die Vorinstanz davon, die Klägerin habe einen (anderen) *Rechtsstandpunkt* eingenommen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, die Klägerin habe für die Zulässigkeit des Geldbezuges einen anderen Rechtsgrund genannt. Wie diese Bezüge rechtlich zu beurteilen und bei der Auflösung der einfachen Gesellschaft zu berücksichtigen sind, stellt Rechtsanwendung dar (*iura novit curia*; § 57 ZPO), welche vom Novenrecht nicht tangiert wird. Die Beschränkung neuen Vorbringens in § 267 ZPO erfasst neue *rechtliche* Gesichtspunkte nicht, sofern damit nicht neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge oder Einreden verbunden sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 ZU § 267 ZPO). Von einer unzulässigen Berücksichtigung eines Novums kann somit keine Rede sein.

3. a) Schliesslich wendet der Beklagte ein, die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, die Klägerin habe die Verzinsung ihrer Forderung erst im ersten Berufungsverfahren in zulässiger Weise geltend gemacht. In der zitierten Kommentarstelle finde sich kein entsprechender Hinweis. Vielmehr würden vor Berufungsinstanz die Einschränkungen gemäss § 115 ZPO gelten, in dessen Ziffer 1 festgehalten werde, dass nur Anträge, die erst im Laufe des Prozesses veranlasst worden seien, als echte Noven im Berufungsverfahren eingeführt werden könnten. Von einer solchen Veranlassung könne vorliegend keine Rede sein. Die vorinstanzliche Auffassung verletze § 267 und § 115 ZPO und stelle somit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO dar.

Überdies werde auch die Dispositionsmaxime - in Verbindung mit der Eventualmaxime - verletzt: Die Klägerin habe ihren Anspruch bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Urteil des Bezirksgerichts ____ vom 30. April 1999 auf Fr. 861'789.00 (ohne Zins) begrenzt. Wenn der Klägerin aber nunmehr ein Betrag von Fr. 662'913.60 zuzüglich 5% Zins seit 11. September 1995 zugesprochen werde, ergebe sich ein Betrag von jedenfalls weit über Fr. 1 Mio. und mithin deutlich mehr als die Klägerin vor dem Berufungsverfahren je verlangt habe (KG act. 1 S. 7 ff.).

b) Im Rückweisungsbeschluss vom 16. Mai 2001 wurde - wie schon im (aufgehobenen) Rückweisungsbeschluss vom 2. Juni 2000 (OG act. 210 S. 26) - festgehalten, die Klägerin habe berufsungsweise neu die Verzinsung ihrer Guthaben ab dem 29. Juni 1995 beantragt, weil sich der Beklagte nach ihrer Meinung spätestens mit Durchführung des Vermittlungsvorstandes im Verzug befunden habe. Das Begehren sei neu, stelle jedoch keine unzulässige Klageänderung im zweitinstanzlichen Verfahren dar. Denn das Nachbringen solcher Nebenansprüche gemäss § 20 ZPO sei auch noch im Berufungsverfahren zulässig (OG act. 221 S. 22). Im angefochtenen Entscheid verwies die Vorinstanz auf diese Erwägungen und fügte an, an diese Rechtsauffassung sei die Kammer gebunden (KG act. 2 S. 13).

c) Zutreffend ist, dass sich die Vorinstanz bei ihrem Hinweis auf N 3 zu § 264 im Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung irrte. Die entsprechende Bemerkung findet sich vielmehr in N 2 zu § 264 ZPO. Als entscheidend erweist sich jedoch, dass das vorliegende Verfahren bereits einmal Gegenstand einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde war (nämlich - wie bereits erwähnt - betreffend den Rückweisungsbeschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 2. Juni 2000 [OG act. 210]). Da die vom Beklagten angefochtenen Erwägung bereits im ersten Berufungsentscheid enthalten ist (OG act. 210 S. 26), stellt sich im Lichte von § 104a Abs. 2 GVG die Frage nach der Zulässigkeit der vom Beklagten erhobenen Rüge.

§ 104a GVG trat am 1. November 2001 in Kraft (OS 56,707). Grundsätzlich sind neue Verfahrensbestimmungen auch auf bereits rechtshängige Verfahren anzuwenden; eine anderslautende Ausnahme- oder Übergangsbestimmung zu § 104a GVG existiert - wie bereits die Vorinstanz festhielt (KG act. 2 S. 10 f.) - nicht. Die in Frage stehende Gesetzesnovelle äussert sich nicht speziell zur intertemporalrechtlichen Wirkung von § 104a GVG; diese Frage stand im Rahmen der Beratungen in Kommission und Plenum des Kantonsrates soweit ersichtlich auch nicht zur Debatte (vgl. dazu Kass.-Nr. 2002/151 S i.S. F., Beschluss vom 27. August 2002, Erw. II.1.d.aa). Das Kassationsgericht hat zudem in früheren Entscheiden bereits festgehalten, der sofortigen Anwendung von § 104a GVG

stünden auch unter dem Titel des Vertrauensschutzes keine Bedenken entgegen. So würde es für einen Beschwerdeführer keinen Sinn machen, in einem (ersten) Beschwerdeverfahren die von ihm erhobenen Rügen bewusst nicht nach bestem Können zu begründen, sondern bessere Begründungsvarianten für einen zweiten Umgang aufzusparen, könne sich doch ein Beschwerdeführer in der Regel nicht darauf verlassen, dass er überhaupt in die Lage kommen würde, in der gleichen Sache noch ein zweites Mal an das Kassationsgericht zu gelangen (RB 2002 Nr. 62; vgl. auch Kass.-Nr. 2002/004 S, Entscheid vom 7. Juli 2003 i.S. H., Erw. II.1.).

Wie vorstehend dargelegt, hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die bereits im Rückweisungsentscheid vom 2. Juni 2000 enthaltene Rechtsauffassung übernommen. Der Beklagte hat diese Rechtsauffassung in seiner Nichtigkeitsbeschwerde vom 25. August 2000 nicht bemängelt (OG act. 217/1). Ein Ausnahmefall im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG liegt nicht vor und wird vom Beklagten auch nicht geltend gemacht. Da die vom Beklagten erhobene Rüge schon im ersten Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren hätte erhoben werden können, kann im vorliegenden Verfahren darauf nicht mehr eingetreten werden.

Da somit von einem Rechtsbegehren einschliesslich Verzugszins auszugehen ist, ist der Rüge der Verletzung der Dispositions- bzw. Eventualmaxime von vorneherein der Boden entzogen.

4. Zusammengefasst ergibt sich, dass der Beklagte keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

IV.

Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin richtet sich gegen die von der Vorinstanz getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung (KG act. 29/1 S. 7 ff.).

Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, a.a.O., S. 28). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung u.a. im Zusammenhang mit der Berechnung der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche angefochten wird. Mithin kommt im Zusammenhang mit der Regelung der Nebenfolgen der Kassationsinstanz auch hinsichtlich der Berechnung des Streitwertes nur eine (auf die Verletzung klaren Rechts) beschränkte Kognition zu (RB 1988 Nr. 40).

Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69).

2.1 a) In einem ersten Teil ihrer Beschwerdeschrift bemängelt die Klägerin, das Obergericht habe das Mass des Obsiegens und Unterliegens klar falsch festgestellt. Das Obergericht sei der Meinung, die Klägerin habe sich in der Hauptklage auf einen Streitbetrag von Fr. 695'720.40 zuzüglich Zinsen seit 25. Juni 1995 fixiert (KG act. 29/1 S. 7 f.).

b) Die Klägerin übersieht, dass die Vorinstanz auf Seite 31 des angefochtenen Entscheides über die für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen massgeblichen Streitwerte befand. So erwog sie, im ersten Berufungsverfahren habe die Klägerin ihre Ansprüche auf insgesamt Fr. 967'359.50 beziffert. Bis und mit Abschluss des zweiten erstinstanzlichen Verfahrens sei angesichts dieser (immer noch vorläufigen) Bezifferung der Klage von einem Streitwert in dieser

Höhe auszugehen. Der Streitwert für das vorliegende Berufungsverfahren liege angesichts des Eventualantrages der Klägerin gemäss ihrer Anschlussberufung bei Fr. 848'215.20. Angesichts dieser Erwägungen zielen die Vorbringen der Klägerin, welche darauf basieren, die Vorinstanz gehe von einem Streitwert von Fr. 695'720.40 aus, von vorneherein ins Leere.

2.2 a) Im Weiteren sieht die Klägerin einen Verstoss gegen klares Recht darin, dass die Vorinstanz bei der Kosten- und Entschädigungsregelung nicht (auch) § 64 Abs. 3 ZPO angewendet habe. Einerseits habe die Klägerin vorerst ein unbestimmtes Rechtsbegehren gestellt, weil ihr die genaue Bezifferung ihres Anspruches nicht zumutbar gewesen sei, nachdem sie die Liquidation der einfachen Gesellschaft und - aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens - einen Anteil daran verlangt habe. Der Beklagte seinerseits habe im gesamten Prozessverfahren schon grundsätzlich den Bestand einer einfachen Gesellschaft bestritten. In diesem Hauptpunkt habe die Klägerin vollumfänglich obsiegt. Zudem habe der Beklagte auch die Herausgabe wesentlicher Unterlagen im Beweisverfahren verweigert (KG act. 29/1 S. 11 f.).

b) Die Kosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; wenn keine Partei vollständig obsiegt, werden sie verhältnismässig, d.h. nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO). Das Entsprechende gilt auch für die Prozessentschädigung (§ 68 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 64 Abs. 3 ZPO kann von dieser Regel insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen hat oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruches nicht zumutbar war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde. Es ist grundsätzlich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, unter welchen Voraussetzungen von der gesetzlichen Regel abgewichen werden kann, doch darf dies nicht willkürlich geschehen und nicht dem klaren Willen des Gesetzes widersprechen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 26 zu § 64 ZPO). Genauso liegt es im Ermessen der Vorinstanz, gemäss der Regel von § 64 Abs. 2 ZPO zu verfahren und die Voraussetzungen gemäss § 64 Abs. 3 ZPO als nicht gegeben zu betrachten. Normen mit sog. "Kann-Vorschriften", wie § 64 Abs. 3 ZPO eine dar-

stellt, beinhalten nicht ohne weiteres klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO, sondern lassen Raum für richterliches Ermessen, wobei es nicht Aufgabe einer Kassationsinstanz sein kann, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen des erkennenden Richters zu setzen. Eine Verletzung klaren Rechts kann aber gerügt werden, wenn der Richter zu Unrecht davon ausgegangen ist, er habe nicht nach seinem Ermessen oder in Würdigung der Umstände zu entscheiden, wenn er sich von Gesichtspunkten leiten liess, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht in Betracht gezogen werden dürfen oder wenn er umgekehrt wesentliche Gesichtspunkte grundlos ausser Acht gelassen hat, somit Ermessensmissbrauch oder Ermessensüberschreitung vorliegt (Kass.Nr. 2000/187 i.S. G., Beschluss vom 25. November 2000, Erw. II.2.1 unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 und 52a zu § 281 Ziff. 3 ZPO).

Im Sinne von § 64 Abs. 3 ZPO ist seit langem anerkannt, dass es sich in Haftpflichtprozessen, soweit die genaue Bezifferung der Klage auf erhebliche Schwierigkeiten stösst, rechtfertigen kann, auch bei nur teilweiser Gutheissung der Klage die Kosten vollumfänglich der beklagten Partei aufzuerlegen und diese zur Zahlung einer vollen Prozessentschädigung an den Kläger zu verpflichten (ZR 102 Nr. 59 unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 29 zu § 64 ZPO). Auch in der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass in Haftpflichtprozessen – ausgehend von Art. 42 Abs. 2 OR (richterliche Schätzung des Schadens) und vom Veranlassungsprinzip – ein gewisses Mass an "Überklagen" dem Kläger hinsichtlich der Kostentragungspflicht nicht schaden dürfe, wenn diesem die genaue Bezifferung nicht möglich gewesen sei: andernfalls würde der Anspruch auf vollen Schadenersatz, wie ihn das materielle Haftpflichtrecht vorsehe, in Frage gestellt (ZR 102 Nr. 59 mit Hinweis auf: Eugen Bucher, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 102 [1983] II, S. 293; Peter Stein, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall? ZSR 106 [1987] I, S. 635 ff.; Gauch, recht 1994, S. 194 und Schaffhauser/Zellweger, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II, Bern 1988, N 966 m.H.). ZR 102 Nr. 59 verweist sodann auch auf den seinerzeitigen Entwurf für eine Gesamtrevision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, der unter anderem auch vorsah, dass ein grösserer Beurteilungsspielraum des Gerichts hinsichtlich der Kostenregelung im

Haftpflichtprozess gerechtfertigt sei, weil es oft für die geschädigte Person schwierig sei abzuschätzen, wie schliesslich im Quantitativ (etwa hinsichtlich des Invaliditätsschadens oder des Verschuldens) entschieden werde.

c) Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid ohne weitere Erwägung vom Prozessausgang aus und verlegte die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss § 64 Abs. 2 ZPO (KG act. 2, S. 31: "Angesichts dieses Prozessergebnisses ..."). Damit hat sie implizit verneint, dass der Klägerin die Bezifferung ihrer Forderung – auch nach Abschluss des Beweisverfahrens – derart unzumutbar gewesen wäre, um die Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO zu rechtfertigen. Auch in der Lehre wird sodann vertreten, dass, falls die Rechtslage vor der Urteilsfällung geklärt wird und die Unklarheit nicht im Zusammenhang mit dem richterlichen Ermessen selber steht, die Kostenverlegung nach dem Veranlassungsprinzip nur dann Platz greifen könne, wenn die Partei, zu deren Ungunsten die Klärung eingetreten sei, binnen nützlicher Frist die Konsequenzen trage und die Klage (ganz oder teilweise) zurückziehe (bzw. anerkenne); unterlasse sie dies, werde die Vermutung begründet, sie hätte es auf den Prozess auch dann ankommen lassen, wenn sie zum vornherein ihr späteres Wissen besessen hätte, so dass vom Grundsatz der Belastung des Unterliegenden mit den Kosten nicht abgewichen werden und auf diese Partei das Prinzip der Kostenverlegung nach dem Verursacherprinzip zur Anwendung kommen müsse (Eugen Bucher, a.a.O., S. 294).

Im vorliegenden Fall verhält es sich nun so, dass die Klägerin in ihrer Klagebegründung eine einstweilige Bezifferung ihrer Forderung vornahm, wobei allerdings der Ausgang des Beweisverfahrens vorbehalten blieb (BG act. 2 S. 15). Bereits dieser Umstand lässt Zweifel an der Argumentation der Klägerin aufkommen. Hinzu kommt aber vor allem, dass die gesetzliche Ausnahmebestimmung - wie vorstehend dargelegt - auf Verhältnisse abzielt, bei welchen der Betrag einer Forderung objektiv nicht oder nur sehr schwer abschätzbar ist und nicht auf Sachverhalte wie vorliegend, bei welchen der Wert der einzelnen Vermögensbestandteile im Zeitpunkt der Klageeinreichung objektiv bereits feststand, der Klägerin jedoch mangels Verfügbarkeit der entsprechenden Unterlagen eine Bezifferung (noch) nicht bzw. erst nach Abschluss des Beweisverfahrens möglich war. Dass bei die-

ser Sachlage eine gefestigte Praxis dahingehend bestünde, dass § 64 Abs. 3 ZPO anzuwenden wäre, ist weder ersichtlich noch wird dies in der Beschwerdeschrift dargetan. Die Vorinstanz hat somit vorliegend ihr Ermessen weder überschritten noch missbraucht, wenn sie nicht von der Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO ausging, und damit zumindest kein klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt.

2.3 a) Schliesslich wendet die Klägerin ein, die Vorinstanz habe bei der Kosten- und Entschädigungsregelung fälschlicherweise § 66 ZPO ausser Acht gelassen. Bereits im Rückweisungsbeschluss vom 16. Mai 2001 habe das Obergericht nämlich festgehalten, bei der Feststellung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sei zu beachten, dass die neuen Beweisabnahmen fast ausnahmslos durch die Unterlassung der Aufstellung entsprechender Behauptungen bzw. Bestreitungen seitens des Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren notwendig geworden seien. Während sich die Erstinstanz an diese Erwägungen gehalten habe, weiche die Vorinstanz unter Missachtung von § 104a GVG davon ab. Die Kosten des ersten obergerichtlichen Verfahrens hätten richtigerweise vollumfänglich dem Beklagten auferlegt werden müssen (KG act. 29/1 S. 13).

b) Die Klägerin gibt die Erwägung des Obergerichts in seinem Rückweisungsbeschluss vom 16. Mai 2001 zutreffend wieder. Das Bezirksgericht hielt daraufhin fest, in Nachachtung des Rückweisungsbeschlusses des Obergerichts, wonach die neuen Beweisabnahmen fast ausnahmslos durch die Unterlassung der Aufstellung entsprechender Behauptungen bzw. die fehlenden Bestreitungen des Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren notwendig geworden seien, rechtfertige es sich, dem Beklagten die Kosten für das Berufungsverfahren vollumfänglich, diejenigen für das erstinstanzliche Verfahren zu 6/7, der Klägerin zu 1/7 aufzuerlegen (BG act. 390 S. 29). Dem angefochtenen Entscheid (KG act. 2 S. 30 ff.) lässt sich nicht entnehmen, ob die Vorinstanz bewusst von diesen Erwägungen abgewichen ist oder ob sie sie übersehen hat. Da eine Begründung für die Kosten- und Entschädigungsbestimmungen nur dann verlangt wird, wenn von der gesetzlichen Regel abgewichen wird (§ 157 lit. b Ziff. 9 GVG) und aufgrund der vorinstanzlichen Erwägung, angesichts des Prozessergebnisses rechtfertige es

sich, von den Gerichtskosten bis und mit Abschluss des zweiten erstinstanzlichen Verfahrens 30% die Klägerin und 70% den Beklagten tragen zu lassen (bei einem Streitwert von Fr. 967'359.50 und dem Obsiegen der Klägerin im Umfang von Fr. 662'913.60), erscheint klar, dass die Vorinstanz auch die Kosten des (ersten) Berufungsverfahrens nach dem Gesichtspunkt von Obsiegen und Unterliegen verteilte. Dieses Vorgehen ist angesichts der Erwägungen im Rückweisungsentscheid vom 16. Mai 2001 mit § 104a GVG nicht vereinbar. Die Beschwerde der Klägerin erweist sich demzufolge in diesem Punkt als begründet. Entsprechend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die vorinstanzliche Regelung betreffend das erste obergerichtliche Berufungsverfahren (Dispositiv-Ziffer 5 Lemma 1 sowie Dispositiv-Ziffer 7) aufzuheben. Da es sich bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen um einen Ermessensentscheid handelt, ist dieser Entscheid dem Sachrichter zu überlassen und nicht durch das Kassationsgericht zu fällen, auch wenn dies gemäss § 291 ZPO nicht ausgeschlossen wäre (Kass.-Nr. 89/140, Entscheid vom 28. November 1989 i.S. Z. AG c. U.AG, Erw. II.4.).

V.

Der Beklagte unterliegt hinsichtlich seiner Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich. Die Klägerin obsiegt in Bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten, bezüglich ihrer eigenen Beschwerde obsiegt sie teilweise. Angesichts des jeweiligen Verfahrensausganges sowie aufgrund der Streitwertdifferenz der beiden Nichtigkeitsbeschwerden rechtfertigt es sich, dem Beklagten 6/7 und der Klägerin 1/7 der Kosten der vereinigten Kassationsverfahren aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Entsprechend ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung zu leisten (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Verfahren Kass.-Nr. AA060055 und Kass.-Nr. AA060060 werden unter der Verfahrensnummer AA060060 vereinigt und Kass.-Nr. AA060055 wird als durch Vereinigung erledigt abgeschrieben.
 2. Die Beschwerde des Beklagten wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
 3. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Klägerin werden die Dispositiv-Ziffern 5 Lemma 1 (*"Kosten gemäss Dispositiv-Ziff. 2 des Rückweisungsbeschlusses der erkennenden Kammer vom 16. Mai 2001"*) und 7 des Urteils der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich 17. März 2006 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
 4. Die Gerichtsgebühr für die vereinigten Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 10'400.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 628.-- Schreibgebühren,
Fr. 494.-- Zustellgebühren und Porti.
 5. Die Kosten des vereinigten Kassationsverfahrens werden zu 1/7 der Klägerin und zu 6/7 dem Beklagten auferlegt.
 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die vereinigten Kassationsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 7'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 7. Abteilung des Bezirksgerichts _____ sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.
-

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: