



Kass.-Nr. AA070142/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 23. Juli 2008

in Sachen

A.,

.....,

Beklagter, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.

sowie

B.,

.....,

Nebenintervenient
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.

gegen

C.,

.....,

als Abtretungsgläubigerin im Konkurs der Aircal AG in Liquidation,
Klägerin, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z.

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2007 (LB060035/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Einreichung der Weisung sowie der Klageschrift machte die Klägerin, Appellatin und Anschlussappellantin (im Folgenden Beschwerdegegnerin) am 16. März 2001 beim Bezirksgericht D. eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit hängig gegen den Beklagten, Appellant und Anschlussappellat (im Folgenden Beschwerdeführer) (BG act. 1 und 2). Am 22. Februar 2006 erging das Urteil des Bezirksgerichts D. (BG act. 160).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer am 9. März 2006 Berufung ans Obergericht (BG act. 162). Die Beschwerdegegnerin erhob mit Berufungsantwort vom 19. Juni 2006 Anschlussberufung, mit welcher sie in Abänderung von Ziff. 1 des erstinstanzlichen Urteils die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Zahlung des gesamten eingeklagten Betrages verlangte (OG act. 178). Die Vorinstanz erliess am 5. Juli 2007 das Urteil, in welchem der Beklagte in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils verpflichtet wird, der Klägerin Fr. 160'755.25 zuzüglich Zins zu 5% seit 14. Oktober 1997 zu bezahlen und der Rechtsvorschlag in diesem Umfang aufgehoben sowie die Klage im Mehrbetrag abgewiesen wird (KG act. 2).

3. Der Beschwerdeführer liess am 19. September 2007 dagegen kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts vom 5. Juli 2007 im Umfang von Fr. 55'003.85 zuzüglich Zins zu 5% seit 14. Oktober 1997 aufzuheben, und die Klage vorbehältlich der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht im Umfang von Fr. 105'751.40 zuzüglich Zins zu 5% seit 14. Oktober 1997 gutzuheissen, eventuell die Sache im angefochtenen Umfang zur Begründung und Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1). Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 20. September 2007 auferlegte Prozesskaution von Fr. 9'300.-- (KG act. 4), ging innert Frist ein (KG act. 8). Mit Präsidialverfügung vom 20. September 2007 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Während die Vorinstanz auf eine

Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 9), hat die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerdeantwort mit Datum vom 19. November 2007 innert erstreckter Frist eingereicht (KG act. 13, 14 und 16). Diese wurde dem Beschwerdeführer und dem Nebenintervenienten mit Verfügung vom 20. November 2007 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 17, act. 18/1 und 18/2). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

II.

1. Der Beschwerdeführer beruft sich zur Begründung seiner Beschwerde einmal auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 7 ff.).

1.1 Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht eine Verletzung der Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO) vor, indem es der Beschwerdegegnerin unter dem Titel "Bevorzugungsschaden" eine Summe von Fr. 160'755.25 zugesprochen habe, während diese lediglich Fr. 50'099.07 eingeklagt habe (KG act. 1 S. 7ff. RZ 20-22 und S. 10 RZ 30 und 32).

Eine weitere Verletzung der Dispositionsmaxime (und damit eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes) erblickt der Beschwerdeführer darin, dass der angefochtene Entscheid der Beschwerdegegnerin unter dem Titel "Fortsetzungsschaden" eine Summe von Fr. 150'000.-- zuspreche, obwohl die Beschwerdegegnerin diesen Schaden in ihrem ursprünglichen Begehren vom 14. März 2001 mit Fr. 105'751.40 beziffert gehabt habe (KG act. 1 S. 9, RZ 23-25 und S. 11 RZ 30 und 32).

1.2 a) Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht zulässig gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Diese Bestimmung schliesst indes nicht eine Nichtigkeitsbeschwerde als solche aus, sondern lediglich einzelne Rügen, auf welche der Ausschlussgrund zutrifft.

b) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das - wie der Beschwerdeführer selber festhält (KG act. 1 S. 7, RZ 17) - keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen hat, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt) wird (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 16; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80). Erfüllt die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht, hat dies zur Folge, dass auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden kann.

c) Die in § 54 Abs. 2 ZPO statuierte (und den vorliegenden, im ordentlichen Verfahren ausgetragenen Forderungstreit beherrschende) Dispositionsmaxime besagt, dass der Richter einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat. In ihrem wesentlichen Kern verbietet die Dispositionsmaxime dem Richter mit anderen Worten, über die Anträge der Parteien hinauszugehen: er darf dem Kläger mithin nur zusprechen, was dieser verlangt, und er muss ihm das zusprechen, was der Gegner anerkannt hat (einlässlich dazu Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 16 RZ 1 ff.; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 148 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 ff. zu § 54 ZPO; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 6 Rz 8 ff.).

Nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts kommt es bei der Beurteilung einer Verletzung der Dispositionsmaxime, mithin beim Vergleich zwischen Klage

(Rechtsbegehren) und Urteil, nicht auf die Begründung an, sondern ausschliesslich auf das Ergebnis (ZR 94 Nr. 16 Erw. V.).

Massgebend für die Anwendung der Dispositionsmaxime ist auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Fassung der Rechtsbegehren. Lauten diese auf Geldzahlung und entspricht der eingeklagte Betrag dem Saldo verschiedener Rechnungs- und Abrechnungspositionen, ist das Gericht nur an den insgesamt eingeklagten Betrag gebunden. Es kann in diesem Rahmen für einzelne Positionen mehr und für andere weniger zusprechen, als die klagende Partei selbst angegeben hat (BGer 4P.189/2002 vom 9. Dezember 2002 E. 2.2 mit Verweis auf BGE 119 II 396).

1.3. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Erhöhung des Fortsetzungsschadens in der Stellungnahme zum Beweisergebnis hätte "aus Verjährungsgründen" abgewiesen werden müssen, da spätestens mit der Veröffentlichung des Kollokationsplanes, der vom 8. Juli 1999 datiere, der maximal einklagbare Schaden und die Person des Ersatzpflichtigen festgestanden seien. Die Haftungsansprüche aus Verantwortlichkeit seien demnach gemäss Art. 760 Abs. 1 OR spätestens am 9. Juli 2005 (recte wohl 2004) verjährt (KG act. 1 S. 9 RZ 23-25). Mit diesen Ausführungen rügt der Beschwerdeführer der Sache nach die Verletzung der Verjährungsbestimmung gemäss Art. 760 OR, und damit von Bundesrecht, sodass auf seine Beschwerde in diesem Punkt nicht eingetreten werden kann, weil diese Rüge der Prüfung durch das Bundesgericht zugänglich ist (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 72 ff. und Art. 95 lit. a BGG).

b) Die Vorinstanz hat im Urteil vom 5. Juli 2007 auf S. 10 ff. (E. 3) das Thema betreffend die Dispositionsmaxime abgehandelt und dabei insbesondere in E. 3.2 unter Verweis auf BGE 119 II 396; ZR 94, Nr. 16, Erw. V. sowie Frank/Sträuli/Messmer, § 61 ZPO N 13-13c und § 54 ZPO N 14 und N 18 ausgeführt, dass das Gericht an die Anträge einer Partei, nicht aber an deren rechnerische Begründung gebunden ist und der klagenden Partei in einem Forderungsprozess unter einer Position weniger aber auch mehr zusprechen kann, als verlangt wurde, solange sich insgesamt die zugesprochene Summe im Rahmen des Klagebegehrens hält (KG act. 2 S. 10 ff.).

Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Er greift lediglich die Ausführungen der Vorinstanz in E. 3.4 auf, wonach die Beschwerdegegnerin den Bevorzugungsschaden auch mehrfach und unzweifelhaft als Schaden der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger umschrieben habe und es demnach auf die Unterscheidung zwischen persönlich erlittenem Verlust und Verlust der übrigen Gläubiger nicht ankomme, und ist der Ansicht, dies sei nicht relevant, weil zwei komplett verschiedene Lebenssachverhalte und ganz unterschiedliche Entstehungsgründe überhaupt als Schadensursache in Frage kämen und alleine entscheidend sei, dass die Beschwerdegegnerin den Anspruch aus Gläubigerbevorzugung in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis auf Fr. 50'099.07 reduziert habe (KG act. 1 S. 8 RZ 20-22). Inwiefern die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt haben soll, zeigt er jedoch damit nicht auf. Dasselbe gilt hinsichtlich seiner Ausführungen (KG act. 1 S. 9 RZ 23-25) betreffend späterer Erhöhung des Fortsetzungsschadens, wo er dafür hält, dass das Urteil hinsichtlich der Erhöhung um Fr. 44'248.60 gegenüber dem ursprünglich eingeklagten Betrag von Fr. 105'751.40 die Dispositionsmaxime aufgrund eingetretener Verjährung ebenfalls verletze (auf welche bereits gestützt auf § 285 Abs. 1 und 2 ZPO nicht einzutreten ist, vgl. oben II.1.3 a). Diesen Punkt hat nämlich die Vorinstanz im Urteil vom 5. Juli 2007 auf S. 9 in Erwägung 2 abgehandelt und dabei festgehalten, dass die Verjährung durch die Einreichung der Klage mindestens im Umfang der Bezifferung des ursprünglichen Klagebegehrens von Fr. 182'713.95 rechtzeitig unterbrochen worden sei. Da der Beschwerdegegnerin keine höhere Summe zugesprochen werde, erübrigten sich weitere Ausführungen zur Frage, ob eine Erhöhung der Klagesumme nach Eintritt der Verjährung erfolgt sei, BGE 60 II 203; BGE 122 III 203 (KG act. 2 S. 9 E. 2).

Aus dem oben Dargestellten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sich nicht mit den vorinstanzlichen Entscheiderwägungen auseinandersetzt, welche genau diejenigen Themen, welche er erneut beanstandet, zum Gegenstand haben, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde den Anforderungen gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht genügt und auf sie hinsichtlich der Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes nicht eingetreten werden kann.

c) Selbst wenn jedoch die Beschwerde in diesem Punkt anhand genommen werden könnte, wäre sie abzuweisen, denn entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 8 f. RZ 20 und 23) trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Fr. 160'755.25 unter dem Titel Bevorzugungsschaden und Fr. 150'000.-- unter dem Titel Fortsetzungsschaden zugesprochen hat (somit insgesamt Fr. 310'755.25). Vielmehr hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin, welche Fr. 237'245.36 nebst Zins zu 5% seit 31. März 1997 eingeklagt hat (BG act. 2 S. 2 "nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernde Summe, mindestens aber Fr. 182'713.95" i.V.m. BG act. 153 S. 2 sowie KG act. 2 S. 3 "Rechtsbegehren"), insgesamt Fr. 160'755.25 zuzüglich Zins zu 5% seit 14. Oktober 1997 zugesprochen (KG act. 2 S. 57) und hat damit im Dispositiv - und nur dieses ist nebst den Rechtsbegehren massgebend zur Beurteilung der Frage der Verletzung von § 54 Abs. 2 ZPO und nicht die Erhöhung der einen Position oder Verminderung einer andern in der Begründung, vgl. oben II.1.2 c) - der Beschwerdegegnerin weniger und nicht etwa mehr zugesprochen als diese verlangt hat. Der Beschwerdeführer geht bereits von einer falschen Prämisse aus und vermöchte daher keine Verletzung der Dispositionsmaxime und somit keinen Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes darzutun.

2. Sodann ruft der Beschwerdeführer den Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO (Verletzung klaren materiellen Rechts) an (KG act. 1 S. 9 ff. RZ 26-29 und RZ 31-32).

2.1 Der Beschwerdeführer sieht klares materielles Recht dadurch verletzt, dass das Obergericht teilweise eine Kumulation von Fortsetzungs- und Bevorzugungsschaden zugelassen habe, soweit letzterer den ersten überstieg und ist der Auffassung, richtigerweise hätte stattdessen der subsidiäre Bevorzugungsschaden vom Fortsetzungsschaden subtrahiert werden müssen (KG act. 1 S. 9 f.).

2.2 Die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Rüge betrifft die Schadensberechnung resp. die Schadenersatzbemessung und damit Bundesrecht (nämlich Art. 754 i.V.m. Art. 41 ff. OR, vgl. Widmer/Banz in BSK-OR II, N 2 vor Art 754 -

761 OR), weshalb auf seine Beschwerde auch in diesem Punkt gestützt auf § 285 ZPO nicht eingetreten werden kann (vgl. oben II.1.2 a).

3. Zusammengefasst ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde entweder die einer Überprüfung durch das Kassationsgericht entzogene Verletzung von Bundesrecht rügte, oder aber seine Beschwerdeschrift nicht den formellen Anforderungen genügt, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO). Für die Bemessung der Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung für das vorliegende Verfahren ist dabei von einem Streitwert von Fr. 55'003.85 auszugehen, während hingegen für die Angabe des Streitwertes im Entscheid (Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG) aufgrund des Beginns des Fristenlaufs für die Beschwerde in Zivilsachen gegen das obergerichtliche Urteil vom 5. Juli 2007 im Sinne von Art. 100 Abs. 6 BGG, welche sich der Beschwerdeführer vorbehalten hat, von einem Streitwert von Fr. 270'245.38 auszugehen ist (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 55'003.85.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 5. Juli 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 270'245.38.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Nebenintervenienten, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die 1. Abteilung des Bezirksgerichts D., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: