



Kass.-Nr. AA080024/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

Zirkulationsbeschluss vom 9. Dezember 2008

in Sachen

1. X,
 ...,
2. Y,
 ...,
 Kläger, Widerbeklagte und Beschwerdeführer 1 - 2
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Z,
 ...,
Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Dezember 2007 (HG040456)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 24. April 1993 schlossen sich die Parteien vertraglich zur "Baugesellschaft ..." zusammen, mit dem Zweck, auf den Liegenschaften Kat. Nr. ..., ... Zürich, eine Überbauung mit Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten zu erstellen, in Stockwerkeigentum aufzuteilen und anschliessend die einzelnen Stockwerkeigentumseinheiten zu verkaufen (HG act. 4/4). Ende März 1994 wurde die Gesellschaft, vor Zweckerfüllung, aufgelöst (HG act. 4/28 und 4/29). Die Beschwerdeführer (Kläger und Widerbeklagte) fordern von der Beschwerdegegnerin (Beklagte und Widerklägerin) Ersatz des ihnen wegen Nichterfüllung der Gesellschafterpflichten durch die Beschwerdegegnerin entstandenen Schadens. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits verlangt von den Beschwerdeführern widerklageweise eine Entschädigung für von ihr im Zusammenhang mit dem Bauprojekt erbrachte Leistungen sowie den ihr ihrer Ansicht nach aus der Auflösung der Gesellschaft zustehenden Liquidationsanteil.

2. Am 22. November 2004 machten die Beschwerdeführer beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage auf Zahlung von SFr. 2'610'000.-- (zuzüglich Zins) anhängig (HG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Klageantwortschrift vom 12. April 2005 Abweisung der Klage und erhob Widerklage (HG act. 8 S. 2). Nach Durchführung des Hauptverfahrens schrieb das Handelsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 20. Dezember 2007 die Hauptklage im Umfang von SFr. 395'972.-- als durch Klagerückzug erledigt ab (KG act. 2 S. 49 Beschluss-Disp.-Ziff. 1) und wies im Übrigen die Hauptklage mit gleichentags ergangenen Urteil ab (KG act. 2 S. 49 Urteils-Disp.-Ziff. 1).

3. Die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde vom 7. Februar 2008 richtet sich gegen den vorgehend genannten Abschreibungsbeschluss. Die Beschwerdeführer beantragen damit Aufhebung dieses Beschlusses; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin (KG act. 1 S. 2). In der Beilage reichten die Beschwerdeführer zudem eine Kopie der am Bun-

desgericht eingereichten zivilrechtlichen Beschwerde ein (KG act. 3). Die den Beschwerdeführern mit Präsidialverfügung vom 8. Februar 2008 auferlegte Prozesskaution in Höhe von SFr. 25'000.-- ging (in Form einer unbefristeten Garantie der Migros Bank in Höhe bis max. SFr. 25'000.--) rechtzeitig ein (KG act. 6 Disp.-Ziff. 4; act. 11-13). Das Bundesgericht liess dem Kassationsgericht am 14. Februar 2008 eine Präsidialverfügung vom 11. Februar 2008 zukommen, mit welcher das bundesgerichtliche Verfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich über die von den Beschwerdeführern eingereichte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgesetzt wurde (KG act. 10 S. 3 Disp.-Ziff. 1). Die Beschwerdegegnerin ihrerseits beantragt mit rechtzeitig eingegangener Beschwerdeantwort vom 6. März 2008 Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (unter solidarischer Haftung) zu Lasten der Beschwerdeführer 1 und 2 (KG act. 14 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 17).

II.

1. Das Vorbringen der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift richtet sich gegen den genannten Abschreibungsbeschluss und die diesbezügliche vorinstanzliche Erwägung 3.3 des angefochtenen Entscheides. Die Vorinstanz erwog an dieser Stelle, die Beschwerdeführer hätten in der Klageschrift eine Forderung von SFr. 2'610'000.-- eingeklagt und in der Replik die Klagesumme auf SFr. 2'214'028.-- reduziert. Die Klage sei daher - so die Vorinstanz - im Umfang von SFr. 395'972.-- als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (KG act. 2 S. 4 Erw. 3.3 mit Verweis auf HG act. 1 S. 2 und act. 28 S. 17 f. und S. 85).

2. Die Beschwerdeführer bringen in der Beschwerdeschrift vor, die Vorinstanz habe aus Versehen angenommen, dass sie die Klage im Betrag von SFr. 395'972.-- zurückgezogen hätten. Sie hätten an der fraglichen Stelle der Replik darauf hingewiesen, dass zum geltend gemachten Anspruch aus entgangenem Gewinn respektive zum geltend gemachten Anspruch aus Schadenersatz in Höhe von SFr. 2'214'028.-- noch der verschuldensunabhängige Anspruch auf hälftige Tragung des Gesellschaftsverlustes durch die Beschwerdegegnerin (in Höhe von SFr.

1'228'180.--) dazukomme. Der replicando geltend gemachte Gesamtanspruch betrage somit SFr. 3'442'208.--. Aufgrund des Kostenrisikos hätten sie sich jedoch entschieden, die Klagesumme replicando nicht zu erhöhen, sondern wie ursprünglich geltend gemacht bei SFr. 2'610'000.-- zu belassen. Durch die Annahme eines Klage(teil-)rückzugs habe die Vorinstanz ihrem Entscheid eine aktenwidrige bzw. eine willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO zugrundegelegt (KG act. 1 S. 4 Ziff. III.2). Jedenfalls - so die Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift weiter - liege kein im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO genügend klarer Klagerückzug vor. Die Vorinstanz wäre gestützt auf § 55 ZPO mindestens verpflichtet gewesen, sich durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht Klarheit über das Klagebegehren zu verschaffen. Da sie dies unterlassen habe, habe sie wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt und den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. III.3).

Die Beschwerdegegnerin ihrerseits geht von einem genügend klaren Klagerückzug der Beschwerdeführer im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO aus. Die Beschwerdeführer hätten - so die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort - den Betrag von SFr. 2'214'028.-- als den gesamten, den Beschwerdeführern zu ersetzenden Schaden bezeichnet, welcher sich aus dem von ihnen zu tragenden Verlust von SFr. 1'228'180.-- und ihrem Gewinn bei Verwirklichung der Gesellschaft von SFr. 1'110'000.-- abzüglich anerkannter Betrag für die Leistungen der Beschwerdegegnerin von SFr. 124'152.-- zusammensetze. Die Beschwerdeführer hätten replicando den mit Klageschrift geltend gemachten Ersatz des Verlustanteils der Beschwerdegegnerin in Höhe von SFr. 1'367'075.90 durch den hypothetischen Gewinn der Beschwerdeführer bei Verwirklichung der Gesellschaft in Höhe von SFr. 1'110'000.-- ersetzt. Mit keinem Wort hätten die Beschwerdeführer replicando vorgebracht, zusätzlich zum neu geltend gemachten Ersatz des entgangenen Gewinns sei ihnen auch der hälftige Verlust der Beschwerdegegnerin zu ersetzen. Von einem Gesamtanspruch in Höhe von SFr. 3'442'208.-- sei nie die Rede gewesen. Selbst wenn die Beschwerdeführer nicht explizit von einer Klagereduktion gesprochen hätten, habe ihren Ausführungen objektiv betrachtet nur die Bedeutung einer Klagereduktion beigemessen werden können. Offensichtlich - so die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort weiter - fehle bei

§ 188 Abs. 3 ZPO bewusst eine Einschränkung, dass nur ausdrückliche Erklärungen zu berücksichtigen wären. In Anlehnung an die für die zivilrechtlichen Willenserklärungen geltenden Grundsätze - so die Beschwerdegegnerin mit Verweis auf Art. 1 Abs. 2 OR - müsse eine stillschweigende Erklärung genügen, sofern sie nur klar sei, sodass aus ihr nach Treu und Glauben auf einen unmissverständlich geäußerten Willen zu schliessen sei. Als stillschweigend erklärt gelte insbesondere der bei einer ausdrücklichen Willenserklärung mitverstandene, durch den Wortlaut nur mittelbar ausgedrückte Sinngehalt. In diesem Sinne würden als stillschweigende Willensäußerungen solche Rechtshandlungen oder -erklärungen betrachtet, welche die Einnahme eines bestimmten Rechtsstandpunktes implizierten. Diese Voraussetzungen seien in casu erfüllt. Auch ohne die Worte "teilweiser Klagerückzug" zu verwenden, hätten die Beschwerdeführer mit der ausdrücklichen Reduktion des noch geltend gemachten Schadenersatzanspruchs unmissverständlich ihren Willen kundgetan, die Klage um den ursprünglich eingeklagten Mehrbetrag zu reduzieren. Es habe daher für eine Befragung der Beschwerdeführer gemäss § 55 ZPO kein Anlass bestanden (KG act. 14 S. 4 ff. Ziff. III.1-3).

3.1. Gemäss § 188 Abs. 3 ZPO wird ein Prozess aufgrund einer Parteierklärung, insbesondere eines Vergleichs, erst erledigt, wenn die Erklärung zulässig und klar ist. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, wobei das Kassationsgericht eine diesbezügliche Rüge mit freier Kognition prüft (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 15 zu § 281 ZPO).

3.2. Ein Klagerückzug stellt zweifelsohne eine Parteierklärung im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO dar. Zu Recht wird sodann seitens der Parteien die Frage der *Zulässigkeit* eines Klagerückzugs respektive Klageteilrückzugs im vorliegenden Forderungsprozess nicht aufgeworfen. Zu prüfen ist indessen, ob die Vorinstanz zu Recht von einem *klaren* Klagerückzug im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO ausging.

3.3. Die Beschwerdeführer bringen in der Beschwerdeschrift - wie gezeigt - vor, sie hätten replicando einen Gesamtanspruch in Höhe von SFr. 3'442'208.-- begründet (der um mehr als SFr. 800'000.-- über dem tatsächlich eingeklagten Be-

trag liege), auf eine Erhöhung der Klagesumme indessen (aufgrund des Kostenrisikos) verzichtet. Dass ein Gesamtanspruch in der genannten Höhe vorliege (wovon indessen [aufgrund des Kostenrisikos] lediglich ein Teil eingeklagt werde), wird weder auf S. 17 f. noch auf S. 83 ff. der Replikschrift *explizit* vorgetragen.

Andererseits ist festzuhalten, dass an der vorinstanzlich erwähnten Stelle der beschwerdeführerischen Replik (HG act. 28 S. 17 f. und 85) *explizit* weder von einem Klagerückzug in Höhe von SFr. 395'972.-- noch allgemein von einem Klagerückzug die Rede ist (vgl. auch KG act. 14 S. 6). Auch den Rechtsbegehren der Beschwerdeführer kann in dieser Richtung nichts entnommen werden. In der Replik brachten diese zwar vor, dass sie grundsätzlich an ihren Ausführungen in der Klageschrift festhielten, soweit diese nicht im Rahmen der Einleitung zur Klagereplik präzisiert bzw. hinsichtlich der konkreten Schadensberechnung geändert worden seien (HG act. 28 S. 85 Ziff. IV). Damit wiesen die Beschwerdeführer zwar *explizit* auf Änderungen ihrer Vorbringen betreffend die konkrete Schadensberechnung hin; von einem Klage(teil-)rückzug ist aber auch an dieser Stelle nicht die Rede.

3.4. Das mit Klageschrift vom 22. November 2004 hängig gemachte Rechtsbegehren lautet auf Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Zahlung von SFr. 2'610'000.-- (nebst Zins; HG act. 1 S. 2). Die Beschwerdeführer begründeten dieses Rechtsbegehren mit einer ihnen (angeblich) zustehenden Forderung gegen die Beschwerdegegnerin aus hälftigem Anteil der Beschwerdegegnerin am Wertverlust der Grundstücke in Höhe von SFr. 1'367'075.90 (wovon ein anerkanntes Kontokorrentguthaben der Beschwerdegegnerin in Höhe von SFr. 124'151.80 abzuziehen sei) einerseits sowie mit einem ihnen (angeblich) zustehenden Schadenersatzanspruch für den entsprechenden Verlustanteil der Beschwerdeführer andererseits (HG act. 1 S. 28 f., vgl. auch KG act. 2 S. 36 f. Erw. 9.1.2). Gleichzeitig mit Fristansetzung zur Einreichung der Replik- und Widerklageantwort ergingen an die Parteien seitens der Vorinstanz mit Verfügung vom 8. Dezember 2005 Hinweise (u.a.) hinsichtlich des geltend gemachten Gesellschaftsverlustes einerseits sowie des geltend gemachten Schadenersatzes andererseits. Nach einer Umschreibung respektive Definition des Begriffs "Schaden" wurden die Beschwer-

deführer darauf hingewiesen, dass dazu auch ein allfälliger entgangener Gewinn gehören könne. In der Folge ergingen Erwägungen, wie ein allfälliger entgangener Gewinn nach der vorläufigen Meinung des Gerichts berechnet werden könnte (HG Prot. S. 8 ff., insb. S. 10). Mit Klagereplik stellten die Beschwerdeführer in der Folge (u.a.) Antrag auf Klageguthessung (HG act. 28 S. 2 Antrags-Ziff. 1). In der Begründung ist wiederum von einem erlittenen Gesellschaftsverlust die Rede, der von den Gesellschaftern verschuldensunabhängig je hälftig zu übernehmen sei (wobei dieser Anteil neu mit SFr. 1'228'180.-- [anstelle von SFr. 1'367'075.90] beziffert wurde; HG act. 28 S. 16 und 17). In Übereinstimmung mit ihrem Vorbringen in der Klageschrift (von einer Rundungsdifferenz abgesehen) sprachen die Beschwerdeführer sodann auch replicando von einem "gegenüber der Beklagten anerkannten Betrag für deren Leistungen" in Höhe von SFr. 124'152.-- (HG act. 28 S. 17 und 18). Im Weiteren machten die Beschwerdeführer replicando eine Forderung aus entgangenem Gewinn (gestützt auf den "hypothetischen Vermögensstand bei Verwirklichung der Gesellschaft") in Höhe von SFr. 1'110'000.-- geltend (HG act. 28 S. 17, 18 und 83). Zwecks "definitiver Schadensberechnung per 31. März 1994" addierten die Beschwerdeführer replicando schliesslich zum hälftigen Anteil am Gesellschaftsverlust ("Verlust der Kläger") in Höhe von SFr. 1'228'180.-- ihren hypothetischen Gewinnanteil in Höhe von SFr. 1'110'000.--. Nach Abzug des "gegenüber der Beklagten anerkannten Betrages für deren Leistungen" in Höhe von SFr. 124'152.-- kamen die Beschwerdeführer auf einen "definitiven Schadenersatzanspruch" in Höhe von SFr. 2'214'028.-- (HG act. 28 S. 18, vgl. auch S. 85).

Nach dem Gesagten (Erw. 3.3 Abs. 1 und 3.4 Abs. 1) kann kaum von Willkür und erst recht nicht von einer Aktenwidrigkeit gesprochen werden, wenn die Vorinstanz nicht davon ausgeht, die Beschwerdeführer hätten einen Gesamtanspruch von SFr. 3'442'208.-- begründen wollen. Auf was für einen Gesamtanspruch die Vorbringen der Beschwerdeführer respektive ihres damaligen Rechtsvertreters in der Replikschrift tatsächlich hinausliefen respektive wie diese in Bezug auf die Höhe des angeblichen Gesamtanspruchs auszulegen sind, kann vorliegend offenbleiben. Selbst wenn (mit der Vorinstanz) davon ausgegangen würde, die beschwerdeführerischen Vorbringen in der Replikschrift seien dahingehend auszu-

legen, dass (lediglich) ein Gesamtanspruch in Höhe von SFr. 2'214'028.-- begründet werde, könnte alleine gestützt darauf nicht auf einen im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO genügend klaren Willen zum Klageteilrückzug im Umfang von SFr. 395'972.-- geschlossen werden. Dies umso mehr als mindestens ein Teil der Differenz zwischen dem ursprünglichen Rechtsbegehren von SFr. 2'610'000.-- einerseits und des diesfalls replicando geltend gemachten Anspruchs von SFr. 2'214'028.-- andererseits nicht auf unterschiedlichen tatsächlichen Berechnungsgrundlagen, sondern auf unterschiedlichen Arten der Berechnung des Schadenersatzes zu beruhen scheint.

Die Vorinstanz wäre daher vor Abschreibung des Verfahrens zufolge Klagerückzugs gehalten gewesen, sich über den tatsächlichen Willen der Beschwerdeführer hinsichtlich eines Klage(teil-)rückzugs hinreichende Klarheit zu verschaffen. Da eine solche Nachfrage nicht erfolgte (mindestens weder in Erw. 3.3 des angefochtenen Entscheides noch in einer Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde auf eine solche verwiesen wird), ist die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene vorinstanzliche Beschluss aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da die Vorinstanz in Disp.-Ziff. 2 des angefochtenen und aufzuhebenden Beschlusses betreffend die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf das gleichentags ergangene (Teil-)Urteil verweist, sind ohne Weiteres auch - jedoch nur soweit den aufzuhebenden Beschluss betreffend - dessen Disp.-Ziff. 3 und 4 aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin, welche im vorliegenden Kassationsverfahren Antrag auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde gestellt hat, für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden der Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Dezember 2007 sowie die Disp.-Ziff. 3 und 4 des Teilurteils vom 20. Dezember 2007 (HG040456) aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 9'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführern für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 7'500.-- 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 SFr. 395'972.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Handelsgericht des Kantons Zürich sowie an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin:

