



---

Kass.-Nr. AA090136/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

## **Zirkulationsbeschluss vom 20. Dezember 2010**

in Sachen

**A,**

Beklagte, Appellatin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

gegen

**B,**

Klägerin, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. ...

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

betreffend

## **Verantwortlichkeitsklage**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Rückweisungsbeschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2009 (LB080064/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Klageschrift vom 27. Februar 2007 an das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ erhob die Klägerin, Appellantin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden Beschwerdegegnerin) eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen die Beklagte, Appellatin und Beschwerdeführerin (im Folgenden Beschwerdeführerin), mit welcher sie die Verpflichtung der Beschwerdeführerin als Verwaltungsrätin der X AG zur Bezahlung von insgesamt Fr. 191'620.-- verlangte. Fr. 3'890.-- machte die Beschwerdegegnerin unter dem Titel im Rahmen der Verfahren EO050008 und EU060078 am Bezirksgericht \_\_\_\_\_ im Namen der X AG bezahlter Gerichts- und Prozessentschädigungen geltend (Rechtsbegehren 1), Fr. 81'730.-- als Entschädigung für entgangene Darlehenszinse (Rechtsbegehren 3) und Fr. 100'000.-- (als Teilklage) für übermässige Bezüge (Rechtsbegehren 4). Weiter verlangte die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin, die im Rahmen der Verfahren EO050008 und EU060078 am Bezirksgericht \_\_\_\_\_ im Namen der X AG bezahlten Honorarrechnungen von Rechtsanwalt lic.iur. Y zu bezahlen, unter Vorbehalt der späteren genauen Bezifferung (Rechtsbegehren 2; BG act. 1 S. 2). Das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ wies die Klage mit Urteil vom 13. August 2008 ab (BG act. 45).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdegegnerin am 29. August 2008 Berufung ans Obergericht (BG act. 49), welches am 24. August 2009 einen Rückweisungsbeschluss erliess, worin es das Urteil des Bezirksgerichts \_\_\_\_\_ vom 13. August 2008 aufhob und den Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens (bezüglich Rechtsbegehren 2 der Klage) und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Erstinstanz zurückwies. In den Erwägungen hielt das Obergericht fest, dass die Klage gutzuheissen sei hinsichtlich Rechtsbegehren 1 (mit Ausnahme gewisser Zinszahlungen, hinsichtlich derer eine Klageabweisung zu erfolgen habe) sowie hinsichtlich Rechtsbegehren 3 im Umfang von Fr. 38'020.-- (im Mehrbetrag sei die Klage abzuweisen) und schliess-

lich hinsichtlich Rechtsbegehren 4. Bezüglich Rechtsbegehren 2 erfolgte die Rückweisung zur Durchführung eines Beweisverfahrens (KG act. 2).

3. Die Beschwerdeführerin liess am 30. September 2009 dagegen kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben. Sie beantragt, den Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2009 bezüglich Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 3 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 1. Oktober 2009 auferlegte Prozesskaution von Fr. 15'000.-- (KG act. 4) ging innert erstreckter Frist ein (KG act. 9, 10 und 13). Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtete (KG act. 6), reichte die Beschwerdegegnerin mit Datum vom 10. November 2009 ihre Beschwerdeantwort ein, mit welcher sie die Abweisung der Beschwerde verlangt, soweit darauf eingetreten wird (KG act. 16). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 11. November 2009 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act 18). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

## II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid 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 hiefür 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. Zur Begründung der Rüge der Aktenwidrigkeit gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss mit welcher Aktenstelle in Widerspruch steht resp. bei der Willkürüge, aufgrund welcher Aktenstelle die Feststellung schlichtweg unhaltbar sei. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nich-

tigkeitsgrundes zu suchen (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 Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80).

2. Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO). Diese Kompetenzausscheidung gilt auch für Zwischenentscheide, insbesondere für Rückweisungsbeschlüsse (ZR 107 Nr. 42).

Der angefochtene Rückweisungsbeschluss unterliegt unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 35). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht inkl. Bundesverfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG).

### III.

1. Hinsichtlich Erwägung B.1.3.2 im angefochtenen Entscheid macht die Beschwerdeführerin die Nichtigkeitsgründe der willkürlichen tatsächlichen Annahme und der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (nämlich von §§ 113 und 133 ZPO sowie Art. 29 Abs. 1 BV und des rechtlichen Gehörs) geltend (Beschwerde = KG act. 1 RZ 16-18).

1.1 a) Zur Begründung der Rügen führt die Beschwerdeführerin aus, es sei eine willkürliche Annahme, wenn das Obergericht davon ausgehe, dass der ablehnende Standpunkt der von der Beschwerdeführerin vertretenen X AG im Pro-

zess EO050008 (Akteneinsicht und Durchführung einer Generalversammlung mit dem Traktandum Wahl eines neuen Verwaltungsrates) als von Anfang an aussichtslos einzustufen sei. Sie habe bestritten, dass das Verfahren aussichtslos gewesen sei und die Gründe dargelegt, aus welchen sie damals als Vertreterin der X AG die Prozesse geführt habe, nämlich weil es damals v.a. um das Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin gegangen sei, wonach eine bestimmte Person als Verwaltungsrat zu wählen und die bisherige Revisionsstelle abzuwählen sei. Das mit dem entsprechenden Prozess befasste Gericht habe die Prozessführung jedenfalls nicht als mutwillig bezeichnet. Auch die Tatsache, dass sich das Gericht in seiner 17 Seiten langen Verfügung ausführlich mit dem Prozessthema befasste, zeige, dass das Verfahren alles andere als aussichtslos gewesen sei. Das Gericht habe unter anderem lange Ausführungen dazu gemacht, ob die Unterlagen, in welche die Beschwerdegegnerin habe Einsicht nehmen wollen, vom Einsichtsrecht gemäss Art. 697 Abs. 3 OR überhaupt mitumfasst seien, oder ob sich ein Einsichtsrecht gestützt auf Art. 702 OR ergebe. Auch habe das Gericht zu prüfen gehabt, ob nicht Art. 962 OR gegen eine Akteneinsicht der Beschwerdegegnerin spreche und ob die von der Beschwerdegegnerin verlangte Einsicht missbräuchlich sei. Hinzu komme noch, dass die X AG in einem Teil des Verfahrens sogar obsiegt habe. Vor diesem Hintergrund stehe die Feststellung des Obergerichts im Widerspruch zu den Akten und sei schlichtweg unhaltbar (KG act. 1 RZ 16).

b) aa) Das Obergericht stelle - so die Beschwerdeführerin weiter - überzogene Anforderungen an die Behauptungslast und verletze somit § 113 ZPO und auch Art. 29 Abs. 1 BV, indem es davon ausgehe, dass kein sachlich vertretbarer Grund für die Weigerung der Einsicht in die Dokumente geltend gemacht worden sei und sich diese nicht mit dem pauschalen Hinweis auf ein störendes Verhalten der Minderheitsaktionäre begründen lasse. An dieser Stelle setze sich das Gericht nicht mit der Argumentation der Beschwerdeführerin in der Berufungsantwort auseinander, wo sie vorgebracht habe, dass der Verwaltungsrat durch die beiden Prozesse den durch die Beschwerdegegnerin und ihren Ehemann gestörten Gang der Verwaltung zu sichern versucht habe, wofür sie auch zwei Zeugen als Beweis offeriert habe. Diese Behauptung sei genügend bestimmt und könne nicht als

"pauschale Behauptung" taxiert werden. Ferner handle es sich dabei um einen relevanten Umstand für die Beantwortung der Frage, ob die Beschwerdeführerin pflichtwidrig und somit gegen das Interesse der Gesellschaft gehandelt habe, sodass das Gericht gemäss § 133 ZPO den offerierten Beweis abnehmen und sich im Urteil damit hätte auseinandersetzen müssen (KG act. 1 RZ 17).

bb) Dadurch, dass das Obergericht auch nicht auf die Behauptung der Beschwerdeführerin eingehe, dass die Beschwerdegegnerin und deren Ehemann mit grosser Aggressivität versucht hätten, den Verwaltungsrat der X AG in ihrem Interesse mit negativen Folgen für die Gesellschaft umzugestalten, verletze es das rechtliche Gehör. Da sie damit bloss die bereits in der Klageantwort und Duplik vor Bezirksgericht aufgestellten Behauptungen näher ausführe, dass die Beschwerdeführerin den ungestörten Gang der Geschäfte vor Störungen durch die Minderheitsaktionäre zu reduzieren versucht habe, sei die obergerichtliche Begründung, es handle sich dabei um unzulässige Noven, unzutreffend (KG act. 1 RZ 17).

c) Eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs liege darin, dass sich das Obergericht nicht mit den Parteibehauptungen und den Erwägungen der Vorinstanz zum Umstand des Beizugs eines Anwaltes auseinandersetze. Dies, indem das Gericht ausführe, der Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die fragliche Prozessführung durch einen Anwalt habe beraten lassen, ändere nichts an der Beurteilung der Frage, ob die Prozesse eine pflichtwidrige Schädigung der Gesellschaft darstellten. Während die Argumentation der Parteien und des Bezirksgerichts sich auf die Zeit nach dem Beizug eines Anwalts bezögen und diese behaupten würden, dass dieser Umstand die Pflichtwidrigkeit des rechtlich unerfahrenen Verwaltungsrates bei der Entscheidung, ob ein gerichtliches Verfahren zu führen sei, ausschliesse, knüpfe das Obergericht lediglich an das Verhalten der Beschwerdeführerin vor dem Beizug des Anwaltes an (KG act. 1 RZ 18).

1.2 a) Eine willkürliche tatsächliche Annahme betrifft den Fall, dass das Gericht eine beweisbedürftige Tatsache als bewiesen annimmt, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss geben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 45 zu § 281

ZPO) oder wenn das Gericht den richtig wiedergegebenen Akteninhalt im Zusammenhang mit der Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse in qualifiziert unrichtiger, d.h. unvertretbarer Weise gewürdigt hat. Das trifft nicht schon dann zu, wenn die Kassationsinstanz bei freier Prüfung eventuell anders entscheiden würde; vielmehr muss der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als geradezu unhaltbar erscheinen (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; RB 2002 Nr. 11).

Das Obergericht führte im angefochtenen Entscheid auf Seite 10 in der beanstandeten Erwägung B.1.3.2 aus, dass das Obsiegen bezüglich des Begehrens der Klägerin (Beschwerdegegnerin) um Durchführung einer Generalversammlung auf die Beurteilung der Aussichtslosigkeit des Standpunkts der Verweigerung von Einsichtsrechten keinen Einfluss habe, seien doch diese Begehren nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang gestanden. Daraus, dass sich die X AG gemäss dem einzelrichterlichen Entscheid diesem Begehren um Einberufung einer Generalversammlung zu Recht widersetzt habe, könne nicht zum Vorneherein abgeleitet werden, die Beklagte (Beschwerdeführerin) habe nicht pflichtwidrig gehandelt. Denn hätte sie sich nur diesem einen Begehren widersetzt, so wären der Gesellschaft aus diesem Verfahren keine Kosten entstanden. Es helfe der Beklagten daher nicht, - so das Obergericht weiter - wenn sie vorbringe, dass es im damaligen Prozess aus Sicht des Verwaltungsrates nicht primär um das Akteneinsichtsrecht, sondern um die Rechtsbegehren betreffend Durchführung einer Generalversammlung mit den Traktanden Wahl von Z als Verwaltungsrat und Abwahl der bisherigen Revisionsstelle gegangen sei (angefochtener Entscheid = KG act. 2 S. 10).

Diese Ausführungen rügt die Beschwerdeführerin nicht und sie setzt sich auch nicht damit auseinander. Weder mit dem Argument, die Annahme der von Anfang an bestehenden Aussichtslosigkeit des Prozesses, obwohl er teilweise gewonnen wurde, sei nicht nachvollziehbar, noch mit der appellatorischen Wiederholung, es sei damals v.a. um das Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin gegangen, wonach eine bestimmte Person als Verwaltungsrat zu wählen und die

bisherige Revisionsstelle abzuwählen sei, weist die Beschwerdeführerin einen Nichtigkeitsgrund nach.

Der von der Beschwerdeführerin als willkürlich gerügten Annahme, zusammenfassend müsse deshalb der ablehnende Prozessstandpunkt der von der Beklagten vertretenen X AG als von Anfang an als aussichtslos eingestuft werden, gehen folgende Ausführungen voran: "*Die X AG hat im fraglichen Verfahren ihren Klage abweisenden Standpunkt nicht etwa mit dieser Abwehr von störendem Verhalten der Klägerin begründet, sondern zur Abweisung der Begehren nur geltend gemacht, es fehle bezüglich der Vorlage der Gesellschaftsstatuten das Rechtsschutzinteresse, da diese sich beim Handelsregisteramt einsehen liessen (act. 43/15 S. 3). Die Einzelrichterin hat diesen Einwand, der schikanös wirkt, zu Recht verworfen (act. 43/17 S. 5 f.). Die Weigerung der Beklagten, den weiteren Einsichtsbegehren der Klägerin stattzugeben, begründete diese im Wesentlichen damit, dass diese Begehren rechtsmissbräuchlich seien, da sich die Klägerin in Bezug auf den Geschäftsgang desinteressiert gezeigt habe (act. 43/15 S. 4 f.). Auch dieser Einwand war nicht stichhaltig, wie die Einzelrichterin zutreffend begründete (act. 43/17 S. 10 f.).*" (KG act. 2 S. 11).

Die von der Beschwerdeführerin im Verfahren EO050008 vertretene X AG hatte das *Rechtsschutzinteresse* der Beschwerdeführerin an der Zustellung eines aktuellen Exemplars der Statuten der X AG bestritten. Die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster führte dazu in ihrer Verfügung vom 16. Februar 2006 aus, der Anspruch der Klägerin (der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Prozess) richte sich gemäss Art. 697 Abs. 3 OR gegen die Beklagte (die X AG); zudem sei denkbar, dass sich die aktuell gültigen Gesellschaftsstatuten nicht als Beleg beim Handelsregisteramt befänden (BG act. 43/17 Erw. 4.3 S. 5 f.). Es ist in der Lehre unstrittig, dass sich der Einsichtsanspruch gemäss Art. 697 Abs. 3 OR gegen die *Gesellschaft* richtet. Allein schon daraus ergibt sich die Aussichtslosigkeit des von der X AG eingenommenen Standpunktes betreffend fehlendem Rechtsschutzinteresse.

Die Einzelrichterin hatte sich in ihrer Verfügung des weiteren mit der Frage auseinandergesetzt, ob das Einsichtsrecht gemäss Art. 697 Abs. 3 OR die verlangten

Unterlagen – Gesellschaftsstatuten, Geschäftsberichte, Protokolle von Generalversammlungen und Einladungen und Traktandenlisten – umfasse. Aus der Verfügung geht nicht hervor, ob die X AG dies überhaupt bestritten hatte. Jedenfalls stellte die Einzelrichterin fest, dass gemäss einhelliger Lehre sämtliche seinerzeit verlangten Urkunden vom Anwendungsbereich des Art. 697 Abs. 3 bzw. Art. 702 Abs. 3 OR erfasst seien (BG act. 43/17 E. 5.2 S. 6 f., E. 6 S. 8 f.). Demnach durften die Beschwerdeführerin und der sie beratende Anwalt nicht darauf vertrauen, dass wegen der Art der Urkunden Aussichten auf Abweisung des Editionsbegehrens der Beschwerdegegnerin bestünden.

Die Einzelrichterin stellte sodann fest, dass die X AG weder Geheimhaltungsinteressen vorgebracht noch geltend gemacht hatte, dass sich ältere Urkunden nicht mehr in ihrem Besitz befänden (BG act. 43/17 E. 5.3 S. 7; E. 7 S. 9). Auch insoweit erwies sich demnach der Antrag auf Abweisung des Editionsbegehrens als aussichtslos.

Anders verhält es sich in Bezug auf die Frage, ob die X AG zur *Herausgabe* der Urkunden *oder nur zur Gewährung von Einsicht* verpflichtet sei. Art. 697 Abs. 3 und Art. 702 Abs. 3 OR gewähren nach ihrem Wortlaut nur ein Einsichtsrecht. Die Einzelrichterin stellte zwar hinsichtlich der Gegenstand von Art. 697 Abs. 3 OR bildenden Urkunden fest, dass es nach der von Horber (Das Informationsrecht des Aktionärs, Zürich 1995, S. 213) vertretenen Auffassung in der Entscheidungskompetenz des Richters liege, der Gesellschaft die Form der Erfüllung ihrer Pflicht zur Einsichtsgewährung vorzuschreiben (BG act. 43/17 Erw. 5.4 S. 7 f.). Dass diese Entscheidungskompetenz unbestrittener Lehre und Rechtsprechung entspreche, legte die Einzelrichterin jedoch nicht dar. Es fällt denn auch auf, dass in gängigen Kommentaren und Lehrbüchern nicht von einer Herausgabepflicht die Rede ist (vgl. BSK OR II-Weber, Art. 697 N 16 ff.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, RZ 12-149 ff.). Hinsichtlich des Einsichtsrechtes nach Art. 702 Abs. 3 OR hielt die Einzelrichterin zudem fest, dass ein Teil der Lehre die Auffassung vertrete, die Protokolle seien am Gesellschaftssitz einzusehen und müssten nicht zugestellt werden (BG act. 43/17 Erw. 6.3 S. 9). Vor diesem Hintergrund ist

es schlechterdings unhaltbar und damit willkürlich anzunehmen, der Antrag auf Abweisung des Editionsbegehrens sei von Anfang an aussichtslos gewesen.

Die Einzelrichterin hatte schliesslich zu prüfen, ob die von der Beschwerdegegnerin verlangte Einsicht rechtsmissbräuchlich sei. Die X AG hatte dazu ausgeführt, die Klägerin habe sich von Ende 1984 bis Juli 2005 in Bezug auf den Geschäftsgang desinteressiert gezeigt. Die Einzelrichterin kam zum Schluss, dass dies nicht ausreiche, um einen Rechtsmissbrauch zu begründen (BG act. 43/17 Erw. 8). Auch wenn die X AG in diesem Punkt schliesslich unterlag, ist zu beachten, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Generalklausel ist, welche dem Gericht eine gerechte Einzelfallentscheidung ermöglichen soll (BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 3). Dementsprechend kommt dem Gericht beim Entscheid über die Rechtsmissbräuchlichkeit eines Verhaltens ein grosses Wertungsermessen zu. Der im Prozess eingenommene Standpunkt, es liege ein offener Rechtsmissbrauch vor, kann aus diesem Grund kaum je aussichtslos sein. Objektive Aussichtslosigkeit ist erst dann anzunehmen, wenn von vornherein feststeht, dass der Standpunkt *unter keinen Umständen* Bestand haben kann (BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 72), was bei der Einrede offenbaren Rechtsmissbrauchs höchstens vorstellbar ist, wenn sie überhaupt nicht oder mit völlig sachfremden Argumenten begründet wurde. Die X AG hatte ihren Standpunkt aber mit sachnahen Argumenten, konkret mit einer Verhaltensweise der Einsicht verlangenden Beschwerdegegnerin begründet, welche die Beschwerdeführerin als widersprüchlich empfand. Unter solchen Umständen ist es unhaltbar und damit willkürlich anzunehmen, die Einrede des Rechtsmissbrauchs sei von vornherein aussichtslos.

b)aa) Die von der Beschwerdeführerin als mit dem Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§§ 113 und 133 ZPO, rechtliches Gehör) monierte Passage im obergerichtlichen Entscheid lautet wie folgt: *"Insbesondere konnte diese [gemeint die Weigerung der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin Einsicht in die Gesellschaftsstatuten, Geschäftsberichte, Berichte der Revisionsstelle und Protokolle der Generalversammlungen zu gewähren bzw. Einladungen und Traktandenlisten für die Generalversammlungen zuzustellen] nicht mit dem pauschalen Hinweis auf ein störendes Verhalten der*

*Minderheitsaktionäre (act. 16 S. 4, act. 68 S. 6) begründet werden, lässt sich doch daraus nicht erkennen, inwiefern schutzwürdige Interessen der Gesellschaft durch die verlangte Einsicht betroffen gewesen wären."* (KG act. 2 S. 10 unten).

Gemäss § 113 ZPO ist im Hauptverfahren das Streitverhältnis darzustellen und das Begehren zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im einzelnen über die Vorbringen des Gegners auszusprechen. Beweismittel sollen schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden. Da das Bundeszivilrecht in seinem Anwendungsbereich auch darüber bestimmt, ob die Sachvorbringen einer Partei einen von ihr geltend gemachten bundesrechtlichen Anspruch ausreichend substantzieren, d.h. ob sie ein genügendes Mass an Substanziierung aufweisen, um eine Beurteilung ihrer Rechtsbehauptung nach den anspruchsbegründenden Vorschriften zu ermöglichen (BGE 98 II 117; 108 II 339 ff.; 123 III 188; 127 III 365 ff.; ZR 107 Nr. 79, Erw. 4.2e mit Hinweisen; ZR 102 Nr. 8; ZR 93 Nr. 19, Erw. 5a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113 ZPO, N 13d zu § 285 ZPO; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, RZ 87), kann auf Rügen, die Vorinstanz habe einen zu strengen Massstab betreffend die Substanziierung oder Behauptungslast angelegt, nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO, oben II.2). Mit ihrer Behauptung, die Minderheitsaktionäre hätten sich störend verhalten, bestritt die Beschwerdeführerin die Pflichtwidrigkeit. Für diese Behauptung trug sie die Beweislast. Der Sache nach handelte es sich um einen Gegenbeweis, mit dem die Beschwerdeführerin die Grundlage für die behauptete Rechtsfolge der Pflichtwidrigkeit entkräften wollte. Das Recht, den Gegenbeweis zu einer behaupteten Tatsache zu erbringen, gehört zum Regelungsgegenstand von Art. 8 ZGB (vgl. BSK ZGB I-Schmid, N 36 zu Art. 8 ZGB). Demgemäss bestimmt das Bundeszivilrecht, ob das Gegenbeweisthema hinreichend substantziiert sei. Ob das Obergericht von der Beschwerdeführerin zu Recht eine weitergehende Substanziierung verlangt hat oder nicht, kann nach dem Gesagten nicht im vorliegenden Verfahren beurteilt werden, da das Bundesgericht diese Frage auf entsprechende Rüge hin frei überprüft. Auf die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch Verstoss gegen § 113 ZPO und Art. 29 Abs. 1 BV kann daher nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO, oben II.2).

Nach § 133 ZPO wird Beweis erhoben u.a. über erhebliche streitige Tatsachen. Das damit angesprochene Recht auf Beweisführung stellt einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 56 ZPO und N 8 vor §§ 133 ff. ZPO). Auch Art. 8 ZGB gibt im Bereich des Bundesprivatrechts der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter unbewiesene Parteibehauptungen unbekümmert darum, dass sie von der Gegenseite bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. (BGE 133 III 295, E. 7.1, 130 III 591 E. 5.4 mit Hinweisen; Schmid in: BSK-ZGB I, 3. A., Basel 2006, N 6 ff. zu Art. 8 ZGB). Mit anderen Worten bestimmt Art. 8 ZGB dass, aber nicht wie bzw. in welchem Umfang die Partei zum Beweis zuzulassen ist. Was das - hier im Hinblick auf die Zulässigkeit der Rüge der Verletzung von § 133 ZPO massgebliche - Verhältnis von Art. 8 ZGB zu § 133 ZPO betrifft, ist somit festzuhalten, dass *Art. 8 ZGB* immer dann verletzt ist, wenn der kantonale Richter über eine für seinen Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung *überhaupt keinen Beweis führen lässt* und diese als richtig hinnimmt, während die Abnahme einzelner (aber nicht aller angerufenen) Beweise, d.h. die blosser Verkürzung der prozessualen Rechte, nicht unter Art. 8 ZGB fällt, sondern kantonales Recht bzw. Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV) betrifft (vgl. Schmid, a.a.O., N 12 zu Art. 8 ZGB). Soweit sich die Bestimmung von § 133 ZPO mit dem Gehalt von Art. 8 ZGB deckt, kommt ihr keine selbständige Bedeutung zu; die Verletzung des Beweisführungsanspruchs ist in diesem Fall als Verletzung von Art. 8 ZGB mit dem bundesrechtlichen Rechtsmittel vor Bundesgericht zu rügen, und auf die Rüge der Verletzung von § 133 ZPO ist insoweit gemäss ständiger Rechtsprechung im kantonalen Beschwerdeverfahren mit Blick auf § 285 ZPO nicht einzutreten (ZR 106 Nr. 32; ZR 95 Nr. 73 E. b; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 vor §§ 133 ff. ZPO; zum Ganzen Viktor Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 221 ff., 224 m.H.). Im Lichte der vorstehenden Erwägungen besteht im vorliegenden Verfahren, in welchem bisher über-

haupt keine beweismässigen Abklärungen getroffen wurden, kein Raum für eine Überprüfung der Rügen der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch Verletzung von § 133 ZPO und des rechtlichen Gehörs, sodass auf diese nicht eingetreten werden kann (oben II.2).

bb) Als Verletzung des rechtlichen Gehörs und sinngemäss als Verletzung der Bestimmungen über die Noven rügt die Beschwerdeführerin in RZ 17 ihrer Beschwerde auch die obergerichtliche Feststellung auf Seite 10 f. des angefochtenen Entscheides "*Auf die weitere Behauptung, der Prozess sei durch den aggressiven Versuch der Klägerin und ihres Ehemannes, den Verwaltungsrat in ihrem Interesse und zum Nachteil der Gesellschaft umzubauen, zu rechtfertigen gewesen (act. 68 S. 8), ist nicht näher einzugehen, da dieses Vorbringen im Berufungsverfahren neu und somit unzulässig ist (§ 267 Abs. 1 ZPO).*". Beim daran anschliessenden Satz ("*Abgesehen davon lässt sich der Zusammenhang zwischen den Einsichtsbegehren und dem angestrebten Wechsel im Verwaltungsrat nicht nachvollziehen*", act. 2 S. 11) handelt es sich um eine sogenannte Alternativbegründung. Die Beschwerdeführerin hat diese nicht angefochten, weshalb als Voraussetzung der Prüfung ihrer Rügen zu prüfen ist, ob sie daran ein Rechtsschutzinteresse habe.

Stützt sich nämlich ein Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, kann nach langjähriger Praxis des Kassationsgerichts eine Nichtigkeitsbeschwerde nur dann zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen, wenn damit sämtliche den Entscheid selbständig tragenden Begründungen zu Fall gebracht werden. Die Beschwerde kann also nicht durchdringen, wenn sich auch nur eine der verschiedenen Argumentationen als unanfechtbar erweist oder – als Folge des im Beschwerdeverfahren geltenden Rügeprinzips – die Beschwerde sich nur gegen einzelne der verschiedenen Begründungen richtet. Diesfalls bleibt der angefochtene Entscheid nämlich jedenfalls gestützt auf die erfolglos bemängelte oder unangefochten gebliebene Begründung bestehen und trat das Kassationsgericht – abgesehen von denjenigen Fällen, in denen eine der Prüfung durch das Kassationsgericht entzogene Alternativbegründung bereits beim Bundesgericht angefochten worden ist – mangels Rechtsschutzinteresses auf eine Beschwerde,

die sich lediglich gegen eine von mehreren selbständigen Begründungen richtet, nicht ein (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 24; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 291 ZPO; ZR 107 Nr. 76). Weil im Unterschied zur früheren Rechtslage nach Art. 100 Abs. 6 BGG die Frist zur (direkten) Anfechtung des ober- resp. handelsgerichtlichen Entscheids beim Bundesgericht nach Abschluss des Kassationsverfahrens zu laufen beginnt, womit die Möglichkeit einhergeht, – im Falle der bundesgerichtlichen Kompetenz zu deren Überprüfung – auch die vor Kassationsgericht unangefochten gebliebene(n) Begründung(en) noch zu Fall zu bringen, hat das Kassationsgericht unlängst entschieden, bei Erfüllung der übrigen formellen Anforderungen an eine Beschwerdebegründung zumindest im Regelfall auf Rügen gegen einzelne Alternativbegründungen einzutreten und diese materiell zu beurteilen (ZR 107 Nr. 21), steht im Zeitpunkt des kassationsgerichtlichen Entscheids doch regelmässig noch nicht fest, ob sich der geltend gemachte Mangel in der bzw. den hierorts angefochtenen Begründung(en) im Ergebnis zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt habe oder nicht (vgl. § 281 ZPO). Nur wenn eine (nachträgliche) Aufhebung der vor Kassationsgericht nicht (genügend) angefochtenen Begründung durch das Bundesgericht als ausgeschlossen erscheint, kann eine Prüfung der lediglich gegen einzelne Begründungen gerichteten Rügen weiterhin unterbleiben (ZR 107 Nr. 76 Erw. 5/a-c). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall, weshalb die Rüge der Beschwerdeführerin nachfolgend zu prüfen ist:

Gemäss § 267 ZPO, worauf sich die angefochtene Feststellung stützt, sind im Berufungsverfahren neue Vorbringen nur unter den Voraussetzungen der §§ 115 und 138 ZPO zulässig. Es geht darum, dass die Parteien grundsätzlich das Klagefundament vor erster Instanz zu erstellen haben. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Klageantwort (BG act. 16 RZ 9 auf Seite 5) ausgeführt: "*Nach dem Versterben von Herrn H... bestand für die AG ein hohes Interesse daran, die Geschäfte in Ruhe weiterführen zu können. Aus diesem Grund versuchte der Verwaltungsrat die Störungen durch die Minderheitsaktionäre zu reduzieren.*". Eine Stelle in der Duplik, wo sie ebenfalls entsprechende Behauptungen aufgestellt hätte, unterlässt die Beschwerdeführerin zu bezeichnen. Es ist nicht Sache des Kassationsgerichts, weitere Stellen in den vorinstanzlichen Rechtsschriften zu su-

chen, wo die Beschwerdeführerin auch noch in diese Richtung gehende Behauptungen aufgestellt haben könnte (vgl. oben II.1). In der Berufungsantwort (OG act. 68 RZ 11 S. 8) hat die Beschwerdeführerin ausgeführt: *"Ein sachlicher Grund für die Prozesse bildete der Umstand, dass die Klägerin und insbesondere ihr Ehemann mit grosser Aggressivität versuchten, den Verwaltungsrat der X AG in ihrem Interesse und mit entsprechend negativen Folgen für die Gesellschaft umzugestalten."* Damit führt die Beschwerdeführerin die bereits in der Erstinstanz gemachte Behauptung der Störung des Ganges der Verwaltung durch die Minderheitsaktionäre aus, indem sie ausführt, worin die behauptete Störung gelegen habe. Es kann demnach nicht von einer im Sinne von § 267 ZPO unzulässigen neuen Behauptung im Berufungsverfahren die Rede sein. Dennoch liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, da sich aus dem angefochtenen Entscheid (*"Abgesehen davon lässt sich der Zusammenhang zwischen den Einsichtsbegehren und dem angestrebten Wechsel im Verwaltungsrat nicht nachvollziehen"*, act. 2 S. 11) ergibt, dass die (zu Unrecht) als unzulässiges Novum eingestufte Behauptung für die Vorinstanz nicht entscheidenderheblich war, weil sie ohnehin keinen Zusammenhang zwischen den Einsichtsbegehren und dem angestrebten Wechsel im Verwaltungsrat sah. Ob die Vorinstanz der fraglichen Behauptung zu Recht die Entscheiderheblichkeit absprach, ist eine im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfende Frage des Bundesrechts.

c) Mit der in RZ 18 der Beschwerde enthaltenen Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs beanstandet die Beschwerdeführerin die obergerichtlichen Ausführungen auf Seite 11 unten und Seite 12 oben: *"Dass die Beklagte sich im Hinblick auf die Prozessführung durch einen Anwalt beraten und im Verfahren durch diesen vertreten liess, welcher die Prozessführung für "vertretbar" (nicht etwa "Erfolg versprechend") hielt (act. 29 S. 12), ändert nichts daran, dass es wegen ihrer sachlich ungerechtfertigten und damit pflichtwidrigen Herausgabeverweigerung zu einem Gerichtsverfahren gegen die von ihr vertretene Gesellschaft kam, in welchem der Klage keine aussichtsreichen Gründe entgegengesetzt werden konnten."* Diese Rüge läuft jedoch auf eine Rüge der falschen Rechtsanwendung hinaus, nämlich dass das Obergericht die Frage, ob der Beizug eines Anwalts, der das Führen des Prozesses als "vertretbar" einstuft, eine Pflichtwid-

rigkeit der rechtlich unerfahrenen Verwaltungsrätin ausschliesse, zu Unrecht verneint habe. In Anwendung von § 285 ZPO ist auf diese Rüge nicht einzutreten, da das Bundesgericht die Anwendung von Bundesrecht (hier Art. 754 OR) auf entsprechende Rüge hin frei überprüft (vgl. oben II.2).

2. Weiter wirft die Beschwerdeführerin dem Obergericht vor, mit seiner Erwägung B.2.3.1 die Nichtigkeitsgründe der willkürlichen tatsächlichen Annahme und Gehörsverweigerung (als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes) gesetzt zu haben (KG act. 1 RZ 19).

2.1 Obwohl die Beschwerdeführerin in ihrer Klageantwort ein Verzögerungsmanöver beim Zuwarten mit dem Entscheid über die Eintragung des Ehemannes und der Söhne der Beschwerdegegnerin in das Aktienbuch bestritten habe, nehme das Obergericht ein reines Verzögerungsmanöver an, indem es ausführe, das Zuwarten habe nicht im Interesse der Gesellschaft gelegen, da es offensichtlich nicht im Hinblick auf eine Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen geschehen sei. Dies sei willkürlich, da das Gericht eine beweisbedürftige Tatsache als bewiesen annehme, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss gäben und obwohl sie bestritten sei. Das Obergericht stütze seine Annahme lediglich auf zwei Indizien (nämlich auf den Umstand, dass die Eintragung durch den Verwaltungsrat im Endergebnis erfolgt sei und dass die unverzügliche Eintragung damals lediglich mit der Begründung verweigert worden sei, dass vor der Generalversammlung keine Verwaltungsratssitzung mehr stattfinde). Ohne dass abgeklärt sei, ob sich nicht ein direkter Haupt- und Gegenbeweis führen lasse, stelle dies einen Nichtigkeitsgrund dar. Im Übrigen habe sich die Beschwerdeführerin nicht nur damit begnügt, das Vorliegen eines Verzögerungsmanövers zu bestreiten, sondern habe auch die Gründe dargelegt, welche dazu geführt hätten, dass die Eintragung eine gewisse Zeit beansprucht habe. Insbesondere habe sie erklärt, dass die Eintragung u.a. aufgrund der unklaren Rechtslage wegen des Schenkungs- und Konsortialvertrages weitere Abklärungen erfordert habe, und argumentiert, dass der Verwaltungsrat gemäss Art. 685 c Abs. 3 OR drei Monate Zeit hat, um das Vorliegen für die Voraussetzungen für die Eintragung zu prüfen und dass er gemäss den Statuten die Eintragung ins Aktienbuch auch ohne Grundan-

gabe hätte verweigern können und es um eine Verhinderung der Störung des Geschäftsganges durch die Minderheitsaktionäre gegangen sei. Mit dieser Argumentation setze sich das Obergericht nicht auseinander, weshalb es das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletze (KG act. 1 RZ 19).

2.2 Nimmt das Gericht eine bestrittene Tatsache ohne Beweisverfahren als gegeben hin, so verletzt dies Art. 8 ZGB, was das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin frei überprüft (vgl. oben III.1.2b/aa). Auf die Willkürzüge (die Vorinstanz habe trotz Bestreitung angenommen, dass es sich beim Zuwarten mit der Eintragung der neuen Aktionärin ins Aktienbuch um ein Verzögerungsmanöver gehandelt habe) ist damit gemäss § 285 ZPO nicht einzutreten (oben II.2).

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 126 I 15 Erw. 2a/aa, 123 I 31 Erw. 2c, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind und von welchen Überlegungen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 133 III 235 Erw. 5.2 a.E.; 133 III 439 Erw. 3.3; 121 I 54 Erw. 2c; 119 Ia 264 Erw. 4d, 112 Ia 107 Erw. 2b, je mit Hinweisen; Steinmann in: St. Galler Kommentar zur BV, 2.A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 29 N 27; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 N 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das zürcherische Verfahrensrecht (§ 56 ZPO) nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2).

In der beanstandeten Erwägung B.3.2.1 hat das Obergericht folgendes ausgeführt: *"Wie erwähnt retournierte die Beklagte die ihr zur Eintragung ins Aktienbuch am 11. Juli 2006 zugesandten Aktien mit der Begründung, vor der auf den*

*24. Juli 2006 einberufenen Generalversammlung der X AG fände keine Verwaltungsrats-Sitzung mehr statt. Diese Darstellung ist nicht bestritten (act. 1 S. 7, act. 4/10, Act. 61 S. 6, act. 16S. 5, act. 68 S. 8). Da die Beklagte damals einzige Verwaltungsrätin war, hätte sie eine solche Sitzung auch kurzfristig durchführen können. Die Klägerin durfte daher in guten Treuen annehmen, die Beklagte wolle im Hinblick auf die Teilnahme der neuen Aktionäre deren Eintragung im Aktienbuch bewusst verzögern, zumal die Beklagte den Verzicht auf die Durchführung einer Verwaltungsratssitzung nicht näher begründete. Insbesondere machte sie nicht etwa geltend, sie brauche Zeit, um im Hinblick auf die Eintragung noch Abklärungen treffen zu können. Mit einem solchen Verhalten provozierte die Beklagte somit ein erneutes gerichtliches Verfahren der Klägerin gegen die Gesellschaft. Auch wenn der Verwaltungsrat auf Grund von Art. 5 der Statuten der X AG (act. 4/18 S. 2 f.) berechtigt ist, die Eintragung von Aktien aus bestimmten wichtigen Gründen oder unter bestimmten Umständen ohne Angabe von Gründen zu verweigern, und er im Hinblick auf einen solchen Entscheid, auch Abklärungen treffen kann, die eine gewisse Zeit beanspruchen, ändert dies nichts daran, dass unter den gegebenen Umständen das Zuwarten mit dem Entscheid über die Aktieneintragung nicht im Interesse der Gesellschaft lag, da dies offensichtlich nicht im Hinblick auf eine Nicht-Eintragung nach der in den Statuten vorgesehenen Gründen geschah. Andernfalls hätte die Beklagte als Verwaltungsrätin den Eintragungswilligen gegenüber die Verzögerung des Eintragungsentscheides so begründet und zudem nicht nach Eingang des superprovisorischen Befehls betreffend der Verschiebung der Generalversammlung sofort die Eintragung vorgenommen, sondern sich dem Begehren entgegen gestellt." (KG act. 2 S. 14 f.).*

Daraus ergibt sich, dass sich das Obergericht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin mit ihrem Argument betreffend Möglichkeit der Verweigerung der Eintragung gestützt auf die Statuten (sowohl ohne Grundangabe wie auch bei bestimmten wichtigen Gründen) befasst hat (dieses jedoch als nicht stichhaltig erachtete, da die Beschwerdeführerin weder die Verzögerung gegenüber der Beschwerdegegnerin mit dieser Möglichkeit resp. allfälligen damit in Zusammenhang stehender Abklärungen begründet, noch sich dem Befehlsbegehren widersetzt habe). Insoweit geht die Gehörsverweigerungsrüge fehl. Nicht befasst hat sich

das Obergericht jedoch mit den andern Vorbringen, welche die Beschwerdeführerin zum Thema des "Eintragungsprozesses" (Befehlsverfahren EU060078 am Bezirksgericht Uster) resp. weshalb die Eintragung Abklärungen erfordert habe und nicht sofort erfolgt sei, machte. Es handelt sich um die Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass die Rechtslage aufgrund des Schenkungs- und Konsortialvertrages unklar sei, wobei v.a. unklar gewesen sei, ob eine Übertragung der Aktien aufgrund dieses Vertrages überhaupt zulässig sei (BG act. 16 S. 5 RZ 10, BG act. 29 S. 6 f., OG act. 68 S. 8 RZ 12, OG act. 79 S. 5 RZ 10), weiter um das Argument, wonach dem Verwaltungsrat gemäss Art. 685c Abs. 3 OR drei Monate zur Prüfung des Eintragungsgesuches zur Verfügung stünden (OG act. 68 S. 8 RZ 13). Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich Erwägung B.2.3.1 aufzuheben.

3. Sodann erachtet die Beschwerdeführerin das vorinstanzliche Vorgehen in der Erwägung C.3.2 als mit den Nichtigkeitsgründen der willkürlichen Sachverhaltsannahme sowie Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (Abstellen auf strittige Tatsachen, Verletzung des rechtlichen Gehörs) behaftet (KG act. 1 RZ 20).

3.1 Diese Rügen begründet die Beschwerdeführerin folgendermassen: Obwohl die Beschwerdeführerin die tabellarische Zusammenstellung der von H in den Jahren 1999-2005 tatsächlich bezahlten Zinsen unter Verweis auf eine von Aeberli Treuhand hergestellte Tabelle bestritten habe, gehe das Obergericht zu Gunsten der Beschwerdegegnerin von deren (tieferen) Angaben für das Jahr 2005 (welches gemäss Obergericht massgebend sei) aus. Damit verletze die Vorinstanz § 133 ZPO (und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz), wonach über strittige und entscheidrelevante Tatsachen Beweis zu erheben sei, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin, da diese mit ihrer plausibleren Tabelle nicht gehört werde, und mache eine willkürliche Sachverhaltsannahme (KG act. 1 RZ 20).

3.2 Die Vorinstanz führt in Erwägung 3.2 aus, die Klägerin liste in einer Tabelle die Zinszahlungen pro Jahr für die Jahre 1998 bis 2005 auf, welche zwischen 2.73% und 5.01% schwankten. Die Beklagte stelle dieser Tabelle eine ei-

gene Aufstellung entgegen, woraus sich höhere Beträge für die bezahlten Zinsen (nämlich zwischen 2.47% und 5.35%) ergäben. Würde zu Gunsten der Klägerin bei der Bewertung der Angemessenheit der Zinszahlungen von deren Angaben ausgegangen, so könne offen bleiben, welche Darlehenszinsen H an die X AG tatsächlich bezahlt habe (KG act. 2 S. 22). Nach Darstellung der Parteien sei der bezahlte Zinssatz für das Jahr 2005 2.42% (act. 1 S. 10) bzw. 2.47% (act. 17/5) gewesen (KG act. 2 Erw. 3.3.3 S. 24). In der Berechnung des bezahlten Zinses setzt das Obergericht in der Folge den von der Klägerin angegebenen Satz von 2.42% ein (KG act. 2 Erw. 3.3.3 S. 25).

Die Vorinstanz führt nicht aus, weshalb sie trotz Vorliegens divergierender Behauptungen der Parteien zu den seitens H an die X AG bezahlten Zinssätzen zu Gunsten der Klägerin auf deren Angaben abstellt und weshalb sie sich nicht mit den Angaben der Beschwerdeführerin auseinandersetzt. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher begründet und der angefochtene Entscheid in diesem Punkt aufzuheben. Die Prüfung der weiteren von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen (wie auch der Frage, ob diese im kassationsgerichtlichen Verfahren überhaupt geprüft werden könnten) erübrigt sich daher.

4. Die Erwägung C.3.3.3 erachtet die Beschwerdeführerin als mit den Nichtigkeitsgründen der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (§§ 54 und 55 ZPO, rechtliches Gehör) und willkürlicher tatsächlicher Annahmen behaftet (KG act. 1 RZ 21).

4.1 Dies, weil das Obergericht (nachdem es in den Erwägungen C.3.3.1-3.3.2 festgehalten habe, dass der von H bezahlte Zins in Anbetracht der statistischen Möglichkeit, den Aktionären Darlehen zu Vorzugszinsen zu gewähren, nicht als zu tief einzustufen sei) darin in überraschender Weise behauptete, dass H im Jahre 2005 keinen Anspruch mehr auf Vorzugszinsen gehabt habe, was von keiner der Parteien, insbesondere auch nicht der Beschwerdegegnerin, behauptet worden sei. Aus den Statuten ergebe sich nicht, dass die Darlehenszinsen anzupassen seien, falls sich der Darlehensnehmer während der Laufzeit des Darlehens seiner Aktien entäussere. Indem das Obergericht auf eine Tatsache abstel-

le, welche von keiner Partei behauptet worden sei und die sich auch nicht aus den Akten ergebe, verletze es die Verhandlungsmaxime gemäss § 54 ZPO. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs in Verbindung mit der richterlichen Fragepflicht nach § 55 ZPO liege darin, dass das Obergericht den Parteien keine Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben habe, als es beabsichtigte, seinen Entscheid auf eine Annahme zu stützen, für die es in den Akten keine Anhaltspunkte gebe. Weiter liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auch deshalb vor, weil das Obergericht nicht auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin eingehe, wonach die Steuerverwaltung die Zinsen akzeptiert und nicht aufgerechnet habe, und sich nicht mit den beschwerdeführerischen Behauptungen betreffend Bedeutung und Tragweite des Schenkungs- und Konsortialvertrages und der Eigenschaft der X AG als Familienunternehmung auseinandersetze, obwohl die Beschwerdeführerin dem in ihrer Darlegung zentrale Bedeutung beimesse (KG act. 1 RZ 21).

4.2 Nachdem die Vorinstanz ausführt, angesichts des Gesellschaftszwecks der Gewährung von Darlehen zu Vorzugskonditionen könne der Beklagten kein Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung gemacht werden (KG act. 2 in Erw. C.3.3.1 S. 22 f.) und auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin für ein von H erhaltenes Darlehen, welches in der Folge der X AG abgetreten worden sei, und für welches sie einen höheren Zinssatz gezahlt habe, ergebe sich vorliegend keine solche (KG act. 2 Erw. C.3.3.2 S. 23 f.), fährt sie in Erw. C.3.3.3 fort: *"Am 30. Oktober 2004 übertrug H sämtliche Aktien an die Beklagte (act. 22 S. 3, act. 23/1, act. 29 S. 6 f.). Er war somit nicht mehr Aktionär der X AG. Dementsprechend hatte er für das Jahr 2005 keinen Anspruch mehr auf Vorzugszinsen."* (KG act. 2 Erw. C.3.3.3 S. 24).

Aus der nicht gerügten Feststellung, dass H am 30. Oktober 2004 sämtliche Aktien an die Beklagte übertragen hat, zieht die Vorinstanz den Schluss, dass er für das Jahr 2005 keinen Anspruch mehr auf Vorzugszinsen gehabt habe. Dies ist eine im vorliegenden Verfahren nicht überprüfbare Rechtsauffassung und nicht eine tatsächliche Annahme, weshalb auf die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime gemäss § 54 ZPO nicht einzutreten ist (§ 285 ZPO, oben II.2).

Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs in Verbindung mit der richterlichen Fragepflicht geht fehl. Nach kassationsgerichtlicher Praxis besteht ein Anspruch der Parteien, auf eine im Verfahren nicht vorgebrachte, vom Gericht aber als entscheidend betrachtete Rechtsauffassung (hier: dass Anspruch auf Vorzugszinsen für Aktionärsdarlehen nur solange bestehe, als die Aktionärsenschaft gegeben ist) vorgängig hingewiesen zu werden, wenn anzunehmen ist, sie könnten ihre tatsächlichen Vorbringen im Hinblick auf diese Rechtsauffassung vervollständigen (ZR 108 Nr. 32 mit Hinweisen). Es ist nicht ersichtlich und die Beschwerdeführerin legt nicht dar, welche weiteren tatsächlichen Vorbringen sie im Hinblick auf die genannte vorinstanzliche Auffassung gemacht hätte, zumal es die Beschwerdeführerin war, welche die Höhe des H verrechneten Zinssatzes u.a. mit den Statuten der X AG rechtfertigte, welche Darlehen an *Aktionäre* zu Vorzugszinsen erlaubten (BG act. 29 S. 4 RZ 3.4; vgl. KG act. 2 S. 20 f.).

Unbegründet ist auch der beschwerdeführerische Vorwurf, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihrer Behauptung, die Steuerverwaltung habe die Zinsen akzeptiert und nicht aufgerechnet, auseinandergesetzt. An der von der Beschwerdeführerin angegebenen Stelle (BG act. 29, S. 13) findet sich nämlich gar keine solche Behauptung, mit der sich die Vorinstanz hätte auseinandersetzen können (sondern lediglich Ausführungen dazu, dass das Rundschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung lediglich steuerrechtliche Bedeutung habe und gesamthaft die Zinsen gemäss Rundschreiben bezahlt worden seien). Abgesehen davon wäre eine solche Behauptung für die Vorinstanz, welche in der beanstandeten Erwägung darauf abstellte, dass H nach der Übertragung sämtlicher Aktien keine Aktionärsstellung mehr zukam, auch nicht entscheidrelevant gewesen, weshalb die Rüge auch aus diesem Grund unbegründet wäre (vgl. dazu oben III.2.2).

Fraglich ist, ob die Rüge, dass sich die Vorinstanz nicht mit den beschwerdeführerischen Behauptungen betreffend Bedeutung und Tragweite des Schenkungs- und Konsortialvertrages und der Eigenschaft der X AG als Familienunternehmung auseinandersetze, genügend substantiiert ist oder ob auf diese schon mangels genügender Begründung nicht einzutreten wäre (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.1). Die von der Beschwerdeführerin als übergangen gerügten "Be-

hauptungen" sind nämlich nur Themen; die diesbezüglichen Behauptungen, mit welchen sich die Vorinstanz nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte auseinandersetzen sollen, nennt die Beschwerdeführerin nicht. Die Frage kann offenbleiben, da es der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht gelingt, den Nichtigkeitsgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuzeigen: An den von ihr bezeichneten Aktenstellen hat die Beschwerdeführerin zu den Themen "Familien-AG" bzw. "Schenkungs- und Konsortialvertrag" (nebst dem unter "Formelles" gemachten Hinweis, dass die Rechte der Beschwerdegegnerin gemäss dem Schenkungs- und Konsortialvertrag vom 24. Dezember 1984 beschränkt seien, ohne aber auszuführen, worin die Beschränkungen lägen, BG act. 16 RZ 1 S. 2) ausgeführt, dass die Darlehenszinsen vor dem Hintergrund zu bewerten seien, dass es sich bei der Firma X AG um eine Familien-AG handle, welche ohne die Schenkung von H in seinem Alleineigentum gestanden wäre, resp. bei der das Aktionariat auf den engsten Familienkreis beschränkt sei und die Rechtsposition der beiden Töchter durch den Schenkungs- und Konsortialvertrag vom 24. Dezember 1984 bestimmt sei. Danach habe H die unwiderrufliche Vollmacht gehabt, die Klägerin jeweils an den Generalversammlungen zu vertreten, was er auch regelmässig gemacht habe. An all diesen Generalversammlungen sei die Jahresrechnung und damit auch die Zinszahlungen jeweils genehmigt worden, mittels Vertretung auch durch die Beschwerdegegnerin. Diese könne sich nun nicht im Nachhinein darauf berufen, es seien durch H zu wenig Jahreszinsen bezahlt worden. Der Schenker habe sich durch die Ausgestaltung des Schenkungs- und Konsortialvertrages die Freiheit erhalten wollen, über die Geschicke der Gesellschaft zu bestimmen. Zudem habe der Schenker auch gewollt, dass er und seine Ehefrau für den Lebensunterhalt Gelder von der X AG erhalten könnten, da diese wegen der Vermögenswerte X AG und GallX AG keine Altersvorsorge aufgebaut hätten. Die Beschwerdeführerin hat auch betont, dass die Beschwerdegegnerin von ihrem Vater grosszügig beschenkt worden sei und sie dadurch monatlich ein zusätzliches Einkommen von Fr. 6'350.-- erhalten habe und es daher einige Unverfrorenheit brauche, eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Ehefrau des Schenkers zu richten, mit welcher inhaltlich v.a. Handlungen des Schenkers kritisiert würden (BG act. 16 RZ 12 S. 6 f. und BG act. 29 RZ 3.1 S. 3 f.). Was das Argu-

ment betreffend Altersvorsorge anbelangt, so hat die Vorinstanz beim Thema "übermässige Bezüge" in Erwägung D.3.3.2 ausgeführt, dass sich diese nicht damit begründen liessen, dass die X AG Teil der Altersvorsorge dargestellt hätte, stellten doch die persönlichen finanziellen Bedürfnisse der Verwaltungsräte keinen zulässigen Grund dar, um diesen - zu Lasten der Gesellschaft bzw. von deren Aktionären - eine überhöhte Entschädigung auszuzahlen (KG act. 2 S. 32 Erw. D.3.3.2). Dasselbe gilt bezüglich dem Argument der Zustimmung zu den Bezügen bzw. Darlehenszinsen durch den Vertreter der Beschwerdegegnerin. Dazu hat das Obergericht erwogen, eine Genehmigung könne nicht angenommen werden, weil interessenwidriges Verhalten im Verhältnis zum Auftraggeber den Umfang der Vollmacht überschreite und durch diese nicht gedeckt sei. Da die Auszahlung von übersetzten Bezügen des Verwaltungsrates nicht im Interesse der Klägerin als Minderheitsaktionärin gelegen sei, brauche sie sich die durch Vertretung von H erfolgte Zustimmung zu den Jahresrechnungen an den Generalversammlungen der X AG nicht anrechnen zu lassen (KG act. 2 S. 34 Erw. D.3.3.5). Demzufolge hat sie diese beschwerdeführerischen Argumente weder hinsichtlich Bezügen noch hinsichtlich Darlehenszinsen als stichhaltig erachtet. (Ob zu Recht oder nicht, ist eine vorliegend nicht zu prüfende Frage des Bundesrechts). Da der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht gebietet, dass sich der Richter ausdrücklich mit jedem Argument auseinandersetzt, das Obergericht einige der Argumente der Beschwerdeführerin abgehandelt hat und die andern offensichtlich stillschweigend als unbegründet oder unerheblich betrachtete, ist der entsprechende Anspruch der Beschwerdeführerin nicht verletzt (vgl. oben III.2.2).

Schliesslich ist auf die Willkürfrage nicht einzutreten, da sie den Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht genügt (oben II.1).

5. Eine Verletzung der Behauptungspflicht gemäss § 113 ZPO, des Verbots des überspitzten Formalismus und des rechtlichen Gehörs erblickt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der obergerichtlichen Erwägung D.3.3.2 betreffend Auszahlung von überhöhten Entschädigungen an H (KG act. 1 RZ 22).

5.1 Denn das Obergericht gehe inhaltlich nicht auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente ein, sondern taxiere sie als pauschale Be-

hauptungen. Davon könne jedoch keine Rede sein, habe doch die Beschwerdeführerin in ihren Rechtsschriften die Position, die Tätigkeit und das Gewicht von H in der Gesellschaft ausführlich geschildert und sei keine ihrer Behauptungen von der Gegenpartei bestritten worden. Sie habe vorgebracht, dass H die Gesellschaft aufgebaut, während fast fünf Jahrzehnten geleitet und zum Erfolg geführt, diese unter seiner Leitung jährliche Gewinne von zumeist Fr. 800'000.-- bis 900'000.-- realisiert habe, es sich um ein solides Unternehmen handle, der Nettoverkehrswert der Liegenschaften resp. der Wert der Aktien der Imoval-Bau AG mehr als Fr. 30 Mio. betrage, dass H der eigentliche Patron der Gesellschaft gewesen sei und diese selbständig geleitet und sich auch um die täglichen Geschäfte und Details, z.B. persönlichen Kontakt zu den Mietern, gekümmert habe. Auch habe die Beschwerdeführerin dargelegt, dass sich H keine Beiträge an ein Konto der 2. Säule habe auszahlen lassen, weil die Gesellschaft als sein Lebenswerk auch seine Altersvorsorge darstellen sollte. Sie habe somit ein vollständiges Bild der Gesellschaft und der Leitungsaufgaben von H gezeichnet, weshalb die Bezeichnung als "pauschale Behauptungen" statt der Auseinandersetzung mit denselben die genannten Nichtigkeitsgründe darstelle (KG act. 1 RZ 22).

5.2 Das Obergericht hat in der beanstandeten Erwägung ausgeführt, eine mit Fr. 97'000.-- sehr stark über dem Durchschnittswert von Fr. 37'000.-- (als Entschädigung eines Verwaltungsratspräsidenten eines deutschschweizerischen KMU) liegende Entschädigung würde sich nur dann rechtfertigen, wenn auch entsprechende aussergewöhnliche Umstände vorgelegen hätten. Solche behaupte die Beklagte jedoch nicht, wenn sie pauschal vorbringe, H habe die Gesellschaft erfolgreich selbständig geleitet und sich auch um operative Kleinigkeiten gekümmert, es hätten Verwaltungsratssitzungen stattgefunden und er habe seine Verpflichtungen als Verwaltungsrat stets vollumfänglich wahrgenommen (KG act. 2 Erw. 3.3.1 f. S. 30 f.).

Auf die Rügen der Verletzung von § 113 ZPO und des Verbots des überspitzten Formalismus kann gestützt auf § 285 ZPO nicht eingetreten werden, ist es doch eine Frage des Bundesrechts, inwieweit bundesrechtliche Ansprüche zu substantzieren sind (vgl. oben II.2 und III.1.2b/aa).

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz sich mit den Argumenten betreffend wirtschaftlichem Erfolg der Gesellschaft befasst, indem sie ausführte, dieser lasse eine zweieinhalbfache Überschreitung des Durchschnittswerts ebenso wenig rechtfertigen, zumal dieses Kriterium bei der Bemessung der Entschädigung eines Verwaltungsrates nicht im Vordergrund stehe, sondern es primär auf die Leistungen als solche ankomme (KG act. 2 Erw. D.3.3.2 S. 31 f.). Auch zu den Vorbringen betreffend Verzicht auf den Aufbau einer Altersvorsorge hat sich die Vorinstanz entgegen dem Vorwurf der Beschwerdeführerin geäußert und ausgeführt, die Übermässigkeit lasse sich auch nicht damit begründen, dass die X AG Teil der Altersvorsorge dargestellt hätten, stellten doch die persönlichen finanziellen Bedürfnisse der Verwaltungsräte keinen zulässigen Grund dar, um diesen - zu Lasten der Gesellschaft bzw. von deren Aktionären - eine überhöhte Entschädigung auszuzahlen (KG act. 2 Erw. D.3.3.2. S. 32). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin ihrerseits nicht auseinander. Ihre Rüge geht daher fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann (vgl. oben II.2).

6. Sodann leidet gemäss der Beschwerdeführerin auch die vorinstanzliche Erwägung D.3.3.3 am Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (des rechtlichen Gehörs; KG act. 1 RZ 23).

6.1 Bei der Bejahung der adäquat (mit)verursachten Vermögensverminderung der Gesellschaft gehe das Obergericht nicht auf die Behauptung der Beschwerdeführerin ein, es hätte ohnehin nicht in ihrer Macht gelegen, H als Verwaltungsratspräsidenten und Patron der Unternehmung davon abzuhalten, seinen statutarischen Anspruch auf Ausrichtung einer Entschädigung für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat und seinen Anspruch auf Vorzugszinsen durchzusetzen, weshalb ihr Verhalten für die Schädigung nicht adäquat kausal sei. Dabei bestünde eine Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin nur, falls sie einen allfälligen Schaden auch hätte vermeiden können und somit adäquat kausal gehandelt hätte (KG act. 1 RZ 23).

6.2 In ihrer Klageantwort hat die Beschwerdeführerin lediglich ausgeführt: *"Es wird bestritten, dass die Beklagte einen Schaden in pflichtwidriger Weise*

*adäquat schuldhaft verursacht hat.*" (BG act. 16 RZ 8 S. 4) in der Berufungsantwort hat die Beschwerdeführerin ausgeführt: *"Es wird bestritten, dass das Darlehen ungenügend verzinst war. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, wäre die Beklagte dafür nicht in der Verantwortung, da H als Patron und VR-Präsident seinen statutarischen Anspruch ohnehin durchgesetzt hätte."* (OG act. 68 RZ 17 S. 10; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Da die Beschwerdeführerin somit keine Aktenstelle nennt, in welcher sie das von ihr angeblich auch hinsichtlich *Entschädigung für die Verwaltungsratsstätigkeit* behauptet hätte, geht ihre Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs fehl.

7. Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin die obergerichtliche Rückweisung an die Erstinstanz als solche als an den Nichtigkeitsgründen von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO leidend (KG act. 1 RZ 24).

7.1 Da das Obergericht zum grössten Teil bereits in der Sache entscheide und es sich im vorliegenden Verfahren um voneinander unabhängige Vermögensansprüche handle, hätten die Prinzipien des Beschleunigungsgebotes gemäss § 53 Abs. 1 ZPO und der Verfahrensökonomie geboten, ein Teilurteil in Bezug auf diejenigen Rechtsbegehren zu fällen, bei denen das Obergericht von einem liquiden Sachverhalt ausgehe. Es mache keinen Sinn, das ganze Verfahren an das Bezirksgericht zurückzuweisen, wenn ihm doch im mit Abstand grössten Hauptteil keine Entscheidungsfreiheit zukomme. Es handle sich dabei um einen sinnlosen Leerlauf, welcher eine grosse zeitliche Verzögerung und eine erhebliche Steigerung der Prozesskosten bewirke. Die Vorinstanz habe auch nicht begründet, weshalb in Bezug auf die Rechtsbegehren 1, 3 und 4 eine Rückweisung statt eines Entscheides in der Sache erfolge. Das lasse sich auch nicht vernünftig begründen, weshalb die Rückweisung auch willkürlich sei (KG act. 1 RZ 24).

7.2 Hebt das Kassationsgericht den angefochtenen Entscheid wie i.c. (vgl. dazu nachfolgend III.8) auf, wird der Prozess in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor der (aufgehobenen) Entscheidung befand (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 527). Entsprechend ist im jetzigen Zeitpunkt nicht absehbar, wie das Obergericht bei seinem erneuten Entscheid verfahren wird und ob sich das dazumalige Vorgehen in irgendeiner Weise zum

Nachteil der Beschwerdeführerin auswirkt. Die Prüfung ihrer Rüge betreffend des Vorgehens des Obergerichts hinsichtlich des aufzuhebenden Entscheides und aufgrund überholter Grundlagen erübrigt sich daher.

8. Zusammengefasst ist die Beschwerde hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen B.1.3.2 (oben III.1.2), B.2.3.1 (oben III.2.2), C.3.2 und C.3.3.3 soweit auf den klägerischen Zinssatz abgestellt wird (oben III.3.2), gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen.

#### **IV.**

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und ist diese zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

2. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Rückweisungsbeschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2009 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, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- (zuzüglich 7.6% MWST) 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. 191'620.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Prozess Nr. LB080064) und die 1. Abteilung des Bezirksgerichts Uster (Prozess Nr. CG070008), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die jur. Sekretärin: