



---

Kass.-Nr. AA100006/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner  
die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter  
Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär  
Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 13. Dezember 2010

in Sachen

1. **K**,

...

2. **K-J**,

...,

Beklagte, Appellaten und Beschwerdeführer

gegen

**B**,

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Dezember 2009 (LB090010/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien schlossen am 21. Februar 2006 einen „Aktien-Kaufvertrag“ (BG act. 3/1). Nach Ziffer 1.1 des Vertrags veräusserten die Beklagten (Beschwerdeführer) dem Kläger (Beschwerdegegner) das gesamte von ihnen gehaltene Aktienpaket der HX AG (1'000 Namenaktien à nominal Fr. 100.--). Die Übergabe sollte nach der Vertragsunterzeichnung, spätestens nach Zahlung des Kaufpreises, erfolgen (Ziffer 1.2). In Ziffer 2.1 wurde vereinbart, dass der Vertrag auf einen Zeitraum von vier Monaten geschlossen werde. Vertragsbeginn sei der 1. März 2006. Der Vertrag ende ohne Kündigung per 30. Juni 2006. Der Kaufpreis wurde mit EUR 50'000.-- festgesetzt und war auf das Konto der Gesellschaft zu bezahlen (Ziffern 3.1 und 3.2). Die Zahlung habe unmittelbar nach Vertragsunterzeichnung zu erfolgen. Geräte der Käufer (Kläger) mehr als 10 Tage in Verzug, werde der Vertrag unwirksam (Ziffern 4.1 und 4.2). Gemäss Ziffer 5.1 sollte die Kaufsumme auf den Zeitpunkt des Vertragsendes zurückgezahlt werden. Zusätzlich erhalte der Käufer eine Entschädigung von EUR 10'000.--. Nach erfolgter Rückzahlung der Kaufsumme sowie der Entschädigung seien die Aktien vom Käufer an die Verkäufer zurückzugeben (Ziffer 5.2). Sollten die Verkäufer zum vereinbarten Zeitpunkt den Kaufpreis zuzüglich Entschädigung nicht leisten können, erhalte der Käufer die volle, uneingeschränkte Verfügungsgewalt über die Gesellschaft (Ziffer 5.3).

Der Auftrag zur Bezahlung von EUR 50'000.-- wurde am 7. März 2006 erteilt, wobei die Zahlung von einem Konto der GG GmbH in Deutschland auf das Konto der HX AG erfolgte (BG act. 35/2). Nach Ablauf der vereinbarten Vertragszeit von vier Monaten zahlten die Beklagten den vertraglich vereinbarten Betrag von EUR 60'000.-- nicht zurück.

2. Mit Eingabe vom 19. Januar 2007 erhob der Kläger beim Bezirksgericht C Klage mit dem Begehren, die Beklagten seien zu verpflichten, dem Kläger EUR 60'000.-- (respektive Fr. 96'762.60 entsprechend dem Mittelkurs vom 16. Januar

2007) zuzüglich Zins zu bezahlen, eventualiter seien die Beklagten zu verpflichten, dem Kläger die 1'000 Namenaktien der HX AG zu Eigentum zu übertragen (BG act. 1 S. 2). In der Replik ergänzte der Kläger das Rechtsbegehren durch einen Subeventualantrag, die Beklagten seien zu verpflichten, dem Kläger EUR 50'000.-- zuzüglich Zins zu bezahlen (BG act. 34 S. 2 Antrag 3).

Die Beklagten stellten sich auf den Standpunkt, der Vertrag sei wegen verspäteter Zahlung unwirksam geworden. Zudem fehle es dem Kläger an der Aktivlegitimation, da die GG GmbH den Betrag von EUR 50'000.-- überwiesen habe. Die Zahlung sei an die HX AG erfolgt, weshalb die Beklagten auch nicht passivlegitimiert seien.

Mit Urteil vom 15. Januar 2009 wies das Bezirksgericht C die Klage mangels vertraglicher Grundlage resp. mangels Passivlegitimation bezüglich der ungerechtfertigten Bereicherung ab (BG act. 36 = OG act. 41, S. 11 Erw. III/8). Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung beim Obergericht (OG act. 52).

Die II. Zivilkammer des Obergerichts verpflichtete die Beklagten mit Urteil vom 11. Dezember 2009, dem Kläger EUR 60'000.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 9. Februar 2007 zu bezahlen. Im Mehrbetrag (weitere Verzugszinsen) wies es die Klage ab (OG act. 56 = KG act. 2).

3. Mit vorliegender Nichtigkeitsbeschwerde beantragen die Beklagten sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Urteils des Obergerichts vom 11. Dezember 2009 (KG act. 1). Der Kläger beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 27). Die Beklagten nahmen mit Eingabe vom 16. Mai 2010 Stellung zur Beschwerdeantwort (KG act. 31). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 8).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 15. Januar 2010 aufschiebende Wirkung (KG act. 4). Die Beklagten leisteten die ihnen mit derselben Verfügung auferlegte Prozesskaution innert mehrfach erstreckter Frist am 1. März 2010 (KG act. 19)

## 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 auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. a) Die Beschwerdeführer rügen, das Obergericht habe im angefochtenen Urteil wesentliche Parteivorbringen der Beschwerdeführer nicht berücksichtigt und die bereits im durch Beschluss des Bezirksgerichts C vom 4. September 2008 abgewiesenen Widerklageverfahren vorgebrachten Tatsachen unberücksichtigt gelassen. Diese hätten jedoch schon allein deshalb in die Beurteilung mit einbezogen werden müssen, weil das Urteil ausschliesslich auf einer Passage eines Schreibens vom 7. Juli 2006 gründe, aus der sich nach Ansicht des Obergerichts „die Anerkennung einer Schuldverpflichtung“ entnehmen lasse. Das Bezirksgericht habe diese Anerkennung zu recht verneint. Die Anerkennung dieser Schuldver-

pflichtung wäre schon deshalb unsinnig, weil die Beschwerdeführer selbst, wie bereits in der Widerklage nach Auffassung des Bezirksgerichts C „durchaus substantiiert“ dargelegt worden sei, aus abgetretenem Recht Ansprüche gegen den Beschwerdegegner geltend machten, die den hier eingeklagten Anspruch bei weitem überstiegen. Die Anerkennung des Anspruchs des Beschwerdegegners erfolge aus der gleichen Argumentation, aus der das Bezirksgericht auf die Widerklage aus eigenem Anspruch der Beschwerdeführer gegen den Beschwerdegegner nicht eingetreten sei. Hier stelle das Obergericht eine Konnexität her, die das Bezirksgericht bei der Entscheidung über die Widerklage als nicht begründet erachtet habe. Dies sei rechtsmissbräuchlich und verletze die Grundsätze eines ordnungsgemässen Verfahrens. Eine Schuldanerkennung, wenn man diese überhaupt aus dem Schreiben vom 7. Juli 2006 ableiten könne, könne sich demzufolge nur auf die HX AG bezogen haben. Dass es der Klage insoweit an der Passivlegitimation mangle, habe das Obergericht allerdings unberücksichtigt gelassen (KG act. 1 S. 1 f. Ziff. 1).

b) Das Obergericht befasst sich in Erwägung IV/5 a - d des angefochtenen Entscheids (KG act. 2 S. 14 - 17) eingehend mit dem Schreiben der beiden Beschwerdeführer vom 7. Juli 2006, welches an die AR AG, Deutschland, zuhanden des Beschwerdegegners adressiert ist (BG act. 3/2), und begründet, weshalb es dieses Schreiben als Schuldanerkennung der beiden Beschwerdeführer versteht. Die Beschwerdeführer setzen sich mit den einzelnen Argumenten des Obergerichts nicht auseinander, sondern rügen einen Widerspruch zwischen der Begründung des angefochtenen Entscheids und derjenigen eines Beschlusses des Bezirksgerichts vom 4. September 2008.

Die Beschwerdeführer erhoben mit ihrer Klageantwort vom 30. April 2007 Widerklage mit dem Begehren, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, den Beschwerdeführern EUR 146'251.298 zuzüglich Zins zu bezahlen (BG act. 9). Das Bezirksgericht hielt in seinem Beschluss vom 4. September 2008 dafür, die Widerklage wäre gemäss Lugano-Übereinkommen am Wohnsitzgerichtsstand des Beschwerdegegners in Deutschland zu erheben. Den Beschwerdeführern stehe

in C, Schweiz, kein Gerichtsstand zur Verfügung. Das Bezirksgericht trat deshalb mangels internationaler Zuständigkeit auf die Widerklage nicht ein (BG act. 30).

Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerdeschrift nicht anführen, auf welche Erwägungen des bezirksgerichtlichen Beschlusses vom 4. September 2008 sie ihre Vorbringen stützen, ist festzuhalten, dass das Bezirksgericht im genannten Beschluss über die Frage seiner Zuständigkeit bezüglich der Widerklage entschied, jedoch keine materielle Prüfung der Hauptklage vornahm. Somit ist der Beschluss des Bezirksgerichts zum vornherein nicht geeignet, eine Bindungswirkung für nachfolgende Entscheide mit Bezug auf den Gegenstand der Hauptklage zu erzeugen. Inwiefern die Erwägungen des Obergerichts zur Frage, ob im Schreiben der Parteien vom 7. Juli 2006 eine Schuldanerkennung zu erblicken sei, rechtsmissbräuchlich oder die Grundsätze eines ordnungsgemässen Verfahrens verletzend seien, ist nicht ersichtlich.

Soweit die Beschwerdeführer rügen, dass die Vorinstanz ihre „im Widerklageverfahren“ vor dem Bezirksgericht C vorgebrachten Tatsachen nicht berücksichtigt habe, kann darauf nicht eingetreten werden, weil die Beschwerdeführer weder dartun, welche konkreten Tatsachenbehauptungen die Vorinstanz hätte berücksichtigen müssen, noch angibt, wo sie diese Behauptungen erhoben habe.

Ob sich schliesslich die Schuldanerkennung auf die HX AG bezogen haben konnte, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts, die gegebenenfalls beim Bundesgericht zu rügen ist.

3. a) Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, das Obergericht sei mit dem Bezirksgericht in der Beurteilung einig, dass der dem eingeklagten Anspruch zugrunde liegende Aktien-Kaufvertrag durch verspätete Zahlung unwirksam geworden sei. In willkürlicher Umdrehung der tatsächlichen Umstände stütze sich das Obergericht aber auf eine vorgebliche Schuldanerkennung im Schreiben vom 7. Juli 2006. Dabei werde völlig ausser acht gelassen, dass im gleichen Schreiben auch die Kompensation mit eigenen Ansprüchen thematisiert werde, „sofern eine Kompensation mit eigenen Ansprüchen nicht mehr möglich sein sollte“. Das Schreiben, auf das sich der Beschwerdegegner hier berufe, enthalte auch die

Grundlage für diese Kompensation, nämlich die Bestätigung der Honorarabrede für die am Ende mehr als erfolgreiche Vergleichsregelung, die der Beschwerdeführer 1 für den Beschwerdegegner verhandelt habe („Sie hatten zugesagt, den Erfolg dieser Verhandlungen mit der entsprechenden Prämie von 7,5% (anstelle der üblichen 10%) des Differenzbetrags zu honorieren“). Der Vergleichsvertrag, der Grundlage dieses Anspruchs sei, der allerdings zum Zeitpunkt des fraglichen Schreibens noch nicht unterzeichnet gewesen sei, sei ebenso vorgelegt worden wie die entsprechende Honorarrechnung über insgesamt EUR 146'251.29 vom 6. Dezember 2006. Der Beschwerdeführer 1 habe in diesem Zusammenhang nicht nur eine sehr moderate Vergleichsregelung für den Beschwerdegegner erwirkt, sondern auch erreicht, dass die Gläubigerseite auf bereits eingeleitete Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner ausdrücklich verzichtet habe. Darauf habe der Beschwerdegegner, der dem Beschwerdeführer den Auftrag unmittelbar nach Entlassung aus der Untersuchungshaft erteilt habe, besonderen Wert gelegt. Wenn das Obergericht aus dem Schreiben vom 7. Juli 2006 nur die Passage zur Urteilsfindung heranziehe, bei der es um einen vermeintlichen Anspruch des Beschwerdegegners gehe, den tatsächlichen Anspruch des Beschwerdeführers 1 hingegen zu negieren, sei willkürlich (KG act. 1 S. 2, Ziff. 2).

b) Im Schreiben der Beschwerdeführer an den Beschwerdegegner vom 7. Juli 2006 ist unter anderem von Vergleichsverhandlungen, welche der Beschwerdeführer 1 im Auftrag des Beschwerdegegners für die Seniorenresidenz S GmbH geführt habe, die Rede (BG act. 3/2, 2. Abschnitt des Briefftextes). Die Widerklage der Beschwerdeführer vor Bezirksgericht steht im Zusammenhang mit der Seniorenresidenz S GmbH (BG act. 30 S. 3 Erw. II/1). Das Bezirksgericht ist mit Beschluss vom 4. September 2008 auf die Widerklage nicht eingetreten (BG act. 30). Dieser Beschluss blieb unangefochten. Somit bilden allfällige Ansprüche des Beschwerdeführers 1 für dessen Bemühungen bezüglich der Seniorenresidenz S GmbH grundsätzlich nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Die Beschwerdeführer machen nicht geltend, sie hätten vor den Vorinstanzen gegen die eingeklagte Forderung die Einrede der Verrechnung erhoben. Ob eine solche im vorliegenden Fall möglich gewesen wäre, kann offen bleiben.

Im gleichen Schreiben der Beschwerdeführer an den Beschwerdegegner findet sich auch der Satz „Unabhängig davon, ob die Vereinbarung vom 21.02.06 wegen der verspäteten Auszahlung des Darlehens tatsächlich wirksam geworden ist oder nicht, besteht Ihr Anspruch auf eine Rückzahlung“ (BG act. 3/2, 3. Abschnitt des Briefftextes), welchen das Obergericht als Schuldanerkennung der beiden Beschwerdeführer versteht. Der Wortlaut des genannten Schreibens ist aktenkundig und nicht bestritten, so dass diesbezüglich keine tatsächlichen Feststellungen zu treffen sind und die Anrufung des Nichtigkeitsgrunds der willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO) soweit unbehelflich ist.

Welche rechtliche Bedeutung einer Erklärung zukommt, richtet sich nach den Rechtsgrundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen und ist Rechtsfrage (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 481). Ob es sich beim besagten Satz um eine Schuldanerkennung handle, ob diese bedingungslos gelte oder im Zusammenhang mit allfälligen Forderungen des Beschwerdeführers 1 aus dessen Bemühungen um die Seniorenresidenz S GmbH zu betrachten sei, und ob diese als im eigenen Namen der beiden Beschwerdeführer oder für die HX AG erfolgt zu gelten habe, richtet sich nach dem auf den vorliegenden Fall anwendbaren schweizerischen Bundesrecht (siehe die Ausführungen des Bezirksgerichts, OG act. 41 S. 6 - 8 Erw. III/1 - 3, und des Obergerichts, KG act. 2 S. 6 Erw. IV/1, zum anwendbaren Recht). Die Verletzung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG), weshalb diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

4. Die Beschwerdeführer rügen weiter, die Nichtberücksichtigung der Tatsache, dass es in diesem Verfahren vor allem an der Passivlegitimation mangle, sei eine klare Verletzung materiellen Rechts. Wenn das Obergericht ebenso wie das Bezirksgericht zu dem Schluss komme, dass der zugrunde liegende Vertrag unwirksam sei, könne ein Rückzahlungsanspruch aus Bereicherung auch nur gegen den Zahlungsempfänger, die HX AG, geltend gemacht werden. Das Bezirksgericht habe in seiner Begründung des erstinstanzlichen Urteils festgehalten, dass ein

Durchgriff auf die Aktionäre dem schweizerischen Recht widerspreche. Genau das aber werde mit dem Urteil des Obergerichts bewirkt (KG act. 1 S. 2 f., Ziff. 3).

Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen betreffen die Anwendung von Bundesrecht und können mit Beschwerde beim Bundesgericht vorgebracht werden (Art. 95 lit. a BGG), womit diese Rügen im kantonalen Kassationsverfahren ausgeschlossen sind (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

5. Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführer hätten die Berufung nicht beantwortet, obwohl ihnen dazu ordnungsgemäss Frist angesetzt worden sei. Mit Verfügung vom 4. Mai 2009 sei festgestellt worden, dass wegen der Säumnis mit der Berufungsantwort keine Berufungsverhandlung durchgeführt werde (OG act. 52; KG act. 2 S. 5 Erw. II/2).

Die Beschwerdeführer halten hierzu fest, das, was vorzutragen gewesen sei, hätten die Beschwerdeführer bereits vor Bezirksgericht vorgetragen. Materiell habe der Beschwerdegegner keine Noven eingebracht, auf die einzutreten gewesen wäre. Insoweit hätten die Beschwerdeführer lediglich das Gericht entlasten wollen, weil sie zu Recht annehmen durften, dass die Argumente des Bezirksgerichts im Rekursverfahren (recte: Berufungsverfahren) angemessen berücksichtigt würden. Dass dies offenbar nicht geschehen sei, sei ebenfalls eine klare Verletzung materiellen Rechts (KG act. 1 S. 3, Ziff. 3 letzter Abschnitt).

Unbestrittenermassen haben die Beschwerdeführer vor Obergericht keine Berufungsantwort eingereicht. Gemäss § 268 Abs. 3 ZPO war deshalb keine Berufungsverhandlung durchzuführen, so dass das betreffende prozessuale Vorgehen des Obergerichts nicht zu beanstanden ist.

Das Obergericht kommt im angefochtenen Urteil zu einem anderen Schluss als das Bezirksgericht. Daraus ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres, dass es den Erwägungen des Bezirksgerichts sowie den Vorbringen der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren keine angemessene Beachtung geschenkt hätte. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführer ist pauschal und stellt keine Ausei-

nersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids dar, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO), wobei solidarische Haftung beider Beschwerdeführer für die gesamten Kosten und Prozessentschädigung anzuordnen ist (§ 70 Abs. 1 ZPO). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung ist von einem Streitwert von ca. Fr. 88'600.-- auszugehen (EUR 60'000.-- zum Wechselkurs der ZKB im Zeitpunkt des Eingang der Nichtigkeitsbeschwerde, 14. Januar 2010 [analog § 18 Abs. 1 ZPO], 1 EUR = Fr. 1.4768).

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 7'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte, je unter solidarischer Haftbarkeit für die gesamten Kosten, auferlegt.
4. Die Beschwerdeführer werden solidarisch verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- 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 ca. Fr. 88'600.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 11. Dezember 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht C (II. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: