



Kass.-Nr. AA110002-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 23. März 2012

in Sachen

X.

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2010 (LB080085/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beklagte (Beschwerdegegner) ist oder war mit der Tochter der Klägerin (Beschwerdeführerin) verheiratet und damit deren Schwiegersohn. (Gemäss Bemerkung des Obergerichts im angefochtenen Urteil soll dem Vernehmen nach das Scheidungsverfahren pendent sein.) Die Klägerin betraute den Beklagten bzw. die von diesem beherrschte A. AG zwischen 1993 und 2003 mit der Verwaltung von Teilen ihres Vermögens. Sie macht geltend, der Beklagte habe ihre Weisungen missachtet und dadurch einen Verlust in zweistelliger Millionenhöhe verursacht, und verlangt dafür Schadenersatz.

Mit Eingabe vom 30. Juni 2005 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht B. Klage mit dem Begehren, es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 21'000'000.-- nebst Zins zu bezahlen (BG act. 2 und 18; die Klägerin reichte zwei Fassungen der Klagebegründung ein, eine 135 Seiten umfassende datiert vom 30. Juni 2005 und eine 144 Seiten umfassende datiert vom 7. September 2005). Der Beklagte erhob mit seiner Klageantwort vom 23. Februar 2006 Widerklage auf Bezahlung von Fr. 255'505.50 nebst Zins (BG act. 39). Nachdem das Bezirksgericht mit Beschluss vom 25. Juni 2007 ein Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters abgewiesen sowie dem Beklagten (erneut) Frist zur Leistung einer Prozesskaution angesetzt hatte (BG act. 89), zog dieser mit Eingabe vom 27. Juni 2007 seine Widerklage zurück (BG act. 92), wovon das Bezirksgericht mit Beschluss vom 9. Juli 2007 Vormerk nahm (BG act. 94). Mit ihrer Replik vom 12. November 2007 reduzierte die Klägerin ihre Klageforderung auf Fr. 14'371'990.-- nebst Zins (BG act. 99 S. 2). Das Bezirksgericht schrieb mit Beschluss vom 21. Oktober 2008 das Verfahren im Fr. 14'371'990.-- nebst Zins übersteigenden Betrag ab und wies mit Urteil desselben Tages die Klage im verbleibenden Umfang ab (BG act. 117 = OG act. 120). Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Berufung (OG act. 121).

In ihrer Berufungsbegründung stellte die Klägerin den Hauptantrag auf Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung im Sinne des in der Replik gestellten Antrags. Weiter stellte die Klägerin verschiedene Eventual- und Subeventualanträge auf Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache bzw. Gutheissung der Klage mit Bezug auf einzelne Teilforderungen (OG act. 134 S. 2 f.). Die II. Zivilkammer des Obergerichts trat mit Beschluss vom 23. November 2010 auf einzelne Eventual- und Subeventualanträge nicht ein und wies mit Urteil desselben Tages die Klage ab (OG act. 168 = KG act. 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin, es seien der Beschluss und das Urteil des Obergerichts vom 23. November 2010 aufzuheben und die Akten zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin stellt verschiedene Eventualanträge (KG act. 1 S. 2 f.). Der Beschwerdegegner beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese eingetreten werden könne (KG act. 11 S. 2). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Die Beschwerdeführerin reichte ein gegen den Beschwerdegegner ergangenes Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts vom 31. Mai 2011 betreffend mehrfache qualifizierte Veruntreuung zunächst im Dispositiv und hernach in begründeter Ausfertigung ein (KG act. 14 und 19). Die Begleitschreiben der Beschwerdeführerin (KG act. 15 und 18) wurden dem Beschwerdegegner zur Kenntnisnahme zugestellt (Verfügungen vom 22. Juni 2011 und 4. Oktober 2011; KG act. 16 und 20).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2011 (KG act. 5) aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeführerin leistete die ihr mit derselben Präsidialverfügung auferlegte Prozesskaution in Höhe von Fr. 120'000.-- fristgerecht (KG act. 10).

3. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Der angefochtene Entscheid datiert vom 23. No-

vember 2010 und wurde der Beschwerdeführerin am 29. November 2010 zugestellt (Empfangsschein, OG act. 169/2); die Nichtigkeitsbeschwerde datiert vom 18. Januar 2011 (KG act. 1). Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt bezüglich Rechtsmittel das Recht, das im Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO/ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

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/ZH). 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 [1982] 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.).

Zum Hauptstandpunkt

2. a) Mit Bezug auf ihren Hauptstandpunkt macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe in ihrer Klageschrift vom 7. September 2005 zahlreiche Klagepunkte gegen den Beschwerdegegner geltend gemacht, welche allesamt unerlaubte Handlungen darstellten. Die Beschwerdeführerin fasst in der Beschwerdeschrift die dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Handlungen in zehn Punkten (KG act. 1 S. 5 - 7 Rz 16 Buchstaben a - j) zusammen und führt aus, diese Sachverhalte seien vom Beschwerdegegner bestritten worden und es habe der Beschwerdegegner dafür auch die Anhörung von Zeugen angeboten. Dessen ungeachtet sei das Bezirksgericht nicht darauf eingegangen und erwähne diese Sachverhalte, mit einer Ausnahme, nicht. Das Obergericht sei darauf ebenfalls nicht eingegangen. Darin liege seitens beider Vorinstanzen eine Rechtsverweigerung. Es sei der Beschwerdeführerin verunmöglicht worden, ihre Ansprüche zu beweisen, weil das Bezirksgericht darüber weder ein Beweisverfahren eröffnet, noch überhaupt darauf eingegangen sei. Deshalb habe die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren die Rückweisung der Akten an das Bezirksgericht zur Beweisabnahme verlangt. Darauf bestehe sie auch in der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1 S. 7 Rz 17 f.).

b) Das Obergericht hält dafür, der Antrag der Beschwerdeführerin, es sei das Urteil des Bezirksgerichts aufzuheben und der Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Erstinstanz zurückzuweisen, sei unter dem Gesichtswinkel von § 270 ZPO/ZH unzulässig. Als Hauptantrag sei eine Rückweisung an die Vorinstanz nur dann angezeigt, wenn die Vorinstanz ihren Entscheid in eine unrichtige Erledigungsform gekleidet oder einen Sachentscheid gefällt habe, ohne dass sie zuvor das Hauptverfahren vorschriftsmässig zu Ende geführt habe. Keine dieser Voraussetzungen sei erfüllt, weshalb insoweit auf die Berufung nicht einzutreten sei. Im Folgenden seien deshalb einzig der Hauptantrag der Beschwerdeführerin um Zusprechung des von ihr geltend gemachten Opportunitätsschadens sowie eventuell die Subeventualanträge zu behandeln (KG act. 2 S. 7 f. Erw. II/1).

Das Obergericht weist darauf hin, dass der Beschwerdegegner im bezirksgerichtlichen Verfahren schon zu Beginn die Frage aufgeworfen habe, ob die Klage genügend substantiiert sei. Dies sei vom Bezirksgericht verneint worden, und dieses habe mit Beschluss vom 9.3 Juli 2007 der Beschwerdeführerin für die Replik verschiedene Substantiierungshinweise (welche das Obergericht im Wortlaut wiedergibt) erteilt. Das Obergericht fährt fort, das Bezirksgericht habe in seinem Urteil einleitend erwogen, die Beschwerdeführerin habe sich in der Replik mit diesen Substantiierungshinweisen auseinandergesetzt. Ihr neuer Vertreter lasse den grundlegenden Aufbau der Klage zwar unverändert, in verschiedenen Punkten nehme er jedoch Anpassungen vor. Wie die Substantiierungshinweise zeigten, lasse die Klagebegründung an Klarheit und Stringenz zu wünschen übrig. Die Replik sei daher in weiten Teilen nicht eine Ergänzung, sondern eine Verbesserung der Klageschrift. Es stelle sich unter diesen Umständen die Frage, wie mit Widersprüchen innerhalb der klägerischen Darstellung umzugehen sei, wenn zu einem Punkt der Replik etwas anderes stehe als in der Klageschrift. Widersprüchliche Behauptungen im Rahmen eines Parteivortrags, die nicht als Haupt- und Eventualstandpunkt gekennzeichnet seien, würden sich gegenseitig aufheben, was bedeute, dass keine der einander widersprechenden Behauptungen zu beachten sei. Im Verhältnis zwischen Klageschrift und Replik sei davon auszugehen, die neue Darstellung ersetze die alte, das heisst bei Widersprüchen sei auf die Replik abzustellen, während eine abweichende Darstellung in der Klageschrift

nicht zu beachten sei (OG act. 120 S. 5 f. Erw. II/3 einleitende Bemerkung und lit. a). Das Obergericht hält fest, dieses prozessuale Vorgehen des Bezirksgerichts sei nicht zu beanstanden, sondern vielmehr folgerichtig. Namentlich werde dadurch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Das Bezirksgericht, welches sich der Problematik gegenüber gestellt gesehen habe, dass sich die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Klageschrift und der Replik teilweise widersprochen hätten, lege mit Grund fest, in solchen Fällen werde die Replik bevorzugt. Es habe damit die Klageschrift nicht ad acta gelegt. Das Bezirksgericht habe sodann ergänzt, bei der Ausübung der richterlichen Fragepflicht sei stets die Gleichbehandlung der Parteien zu wahren. Wenn nun eine anwaltlich vertretene Partei wie die Beschwerdeführerin auch nach Erteilung eines ausführlichen Substantierungshinweises nicht in der Lage sei, ihre Klage nachvollziehbar und verständlich zu begründen, habe sich das Gericht mit weiteren Hilfestellungen zurückzuhalten. Dies bedeute insbesondere, dass sich das Gericht weiterer Nachforschungen nach dem Sinn der Teile der Klagebegründung enthalte, die auch nach der Replik noch nicht restlos klar seien, sondern solche Ausführungen unbeachtet lasse (OG act. 120 S. 6 Erw. II/3 lit. b). Diese Auffassung des Bezirksgerichts sei ebenfalls nicht zu beanstanden (KG act. 2 S. 8 - 10 Erw. II/2).

c) Die Beschwerdeführerin rügt, das Bezirksgericht und das Obergericht seien auf Vorbringen in ihrer Klageschrift vom 7. September 2005 (BG act. 18) nicht eingegangen. Sie rügt aber nicht, dasselbe gelte auch für ihre Ausführungen in der Replik vom 12. November 2007 (BG act. 99). Die Beschwerdeführerin geht in ihrer Beschwerdeschrift auf die vom Obergericht übernommenen und als zutreffend bezeichneten Erwägungen des Bezirksgerichts zum Verhältnis zwischen sich widersprechenden Vorbringen in der Klageschrift und in der Replik nicht ein und zeigt damit nicht auf, dass und weshalb die entsprechende Rechtsansicht der beiden Vorinstanzen im vorliegenden Fall fehlerhaft sein sollte bzw. keine Anwendung zu finden habe. Sie zeigt auch nicht auf, dass die von ihr genannten Ausführungen in der Klagebegründung einen von den Ausführungen in der Replik unabhängigen Charakter aufweisen und somit nicht zu denen gehören, welche

gemäss der Rechtsansicht der Vorinstanzen infolge des Vorrangs der später abgefassten Replik unbeachtlich zu bleiben haben.

Damit fehlt es mit Bezug auf den Hauptstandpunkt der Beschwerdeführerin an einer hinreichenden Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde und es ist auf diese soweit nicht einzutreten.

Zum Eventualstandpunkt:

3. a) Die Beschwerdeführerin stellte im Berufungsverfahren unter anderem folgende Eventual- und Subeventualanträge (OG act. 134 S. 3):

- "3. Das angefochtene Urteil sei insoweit, als Ansprüche der Klägerin aus Investitionen in" (C.) "nicht beurteilt bzw. abgewiesen wurden, aufzuheben und zur Beweiserhebung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Subeventualiter: Das angefochtene Urteil sei insoweit, als Ansprüche der Klägerin aus Investitionen in" (C.) "nicht beurteilt bzw. abgewiesen wurden, aufzuheben und der Beklagte zur Bezahlung von USD 1'359'515.18 an die Klägerin samt Zins zu 5 % seit dem 4. Februar 2005 zu verurteilen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 9857 des Betreibungsamtes" (D.) "sei im Umfang der genannten Summe plus Zinsen, umgerechnet von USD in CHF zum Urteilszeitpunkt, zu beseitigen.

4. Das angefochtene Urteil sei insoweit, als Ansprüche der Klägerin aufgrund von gefälschten Überweisungen vom Konto 01220 bei" (F.) "auf das Konto W2902 von" (A.) "im Umfang von USD 975'000 abgewiesen wurden, aufzuheben und zur Beweiserhebung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Subeventualiter: Das angefochtene Urteil sei insoweit, als Ansprüche der Klägerin aufgrund von gefälschten Überweisungen vom Konto 01220 bei" (F.) "auf das Konto W2902 von" (A.) "im Umfang von USD 975'000 abgewiesen wurden, aufzuheben und der Beklagte zu verurteilen, der Klägerin USD 975'000 samt Zins zu 5 % seit dem 4. Februar 2005 zu bezahlen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 9857 des Betreibungsamtes" (D.) "sei im Umfang der genannten Summe plus Zinsen, umgerechnet von USD in CHF zum Urteilszeitpunkt, zu beseitigen.

5. Das angefochtene Urteil sei insoweit, als Ansprüche der Klägerin aus Investitionen in" (E.) "nicht beurteilt bzw. abgewiesen wurden, aufzuheben und zur Beweiserhebung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Subeventualiter: Das angefochtene Urteil sei insoweit, als Ansprüche der Klägerin aus Investitionen in" (E.) "nicht beurteilt bzw. abgewiesen wurden, aufzuheben und der Beklagte zur Bezahlung von USD 1'351'070.56 an die Klägerin samt Zins zu 5 % seit dem 4. Februar 2005 zu verurteilen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 9857 des Betreibungsamtes" (D.) "sei im Umfang der genannten Summe plus Zinsen, umgerechnet von USD in CHF zum Urteilszeitpunkt, zu beseitigen."

Das Obergericht tritt auf die Eventual- und Subeventualanträge 3 bis 5 nicht ein und führt aus, die Beschwerdeführerin habe weder in der Klage noch in der Replik die nunmehr im Berufungsverfahren als Subeventualanträge geltend gemachten fünf Schadenspositionen aufgeführt. Insbesondere fehle eine stringente Herleitung der einzelnen Positionen. Da das Bezirksgericht über die Anträge betreffend Churning und Zurückbehalten von Retrozessionen [Gegenstand der Eventual- und Subeventualanträge 1 und 2] befunden habe, handle es sich nur mit Bezug auf die Subeventualanträge 3, 4 und 5 um eine im Berufungsverfahren unzulässige Klageänderung. Auf diese drei Subeventualanträge sei deshalb nicht einzutreten (KG act. 2 S. 13 oben).

Die Beschwerdeführerin rügt, diese Ansicht des Obergerichts verletze § 61 ZPO/ZH. Sie behaupte nicht, dass eine Klageänderung im Berufungsverfahren zulässig wäre, sondern mache geltend, dass es sich bei der nachträglichen Formulierung der Eventualanträge nicht um eine Klageänderung handle, da die mit den Subeventualanträgen 3, 4 und 5 geltend gemachten Schadensposten bereits im Hauptverfahren ausdrücklich als Klagefundament geltend gemacht worden seien und der Beschwerdegegner dazu auch ausreichend Stellung habe nehmen können und auch genommen habe und das Gericht zwar nicht etwas anderes als was im Hauptantrag verlangt worden sei zusprechen könne, durchaus aber weniger (KG act. 1 S. 8 f Rz 22). Mit der neuen Formulierung der Eventualanträge 3, 4 und 5 im Berufungsverfahren seien die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin weder quantitativ erweitert noch qualitativ abgeändert worden. Vielmehr seien diese Eventualanträge allesamt bereits im Hauptantrag vor erster Instanz auf Zuspreehung des Opportunitätsverlustes mit enthalten. Sie seien durch entsprechende Behauptungen auch schon zum Prozessgegenstand vor erster Instanz gemacht worden (KG act. 1 S. 10 f. Rz 26).

b/aa) Die Beschwerdeführerin bringt vor, zu den Investitionen in C. (Gegenstand von Eventual- und Subeventualantrag 3) habe sie sowohl in der Klageschrift wie auch in der Replik detaillierte Ausführungen gemacht und somit das Thema bereits zum Prozessgegenstand erhoben. In der Klageschrift (BG act. 18 S. 22 ff. Rz. 31 ff.) habe die Beschwerdeführerin die Entwicklung des Unternehmens C.

dargelegt und mittels Bankauszügen (BG act. 24/69 - 73) nachgewiesen, welche Beträge aus ihrem Vermögen zu welchen Zeitpunkten, und namentlich als C. einen massgeblichen Verlust bekannt gegeben habe, an C. überwiesen worden seien. Des weiteren habe die Beschwerdeführerin mittels eines Schriftgutachtens der Ecole des Sciences criminelles in Lausanne (BG act. 24/74) nachgewiesen, dass kurz vor Einstellung des Handels von C.-Titeln an der NASDAQ Überweisungen über USD 435'000.-- (Beilagen 70 - 73) ohne entsprechende Gegenleistung (für welche keine Aktien ausgeliefert worden seien) und mittels gefälschter oder missbräuchlich verwendeter Blanko-Unterschriften vom Konto der Beschwerdeführerin bei (F.) erfolgt seien.

In der Replik (BG act. 99 S. 26 ff. Rz 108) habe die Beschwerdeführerin sodann ergänzend angeführt, dass der Beschwerdegegner zur fraglichen Zeit Verwaltungsrat der C., mit welcher er ein Platzierungsabkommen abgeschlossen habe, gewesen sei und dass die Schwierigkeiten für C. ab Herbst 1998 bekannt gewesen seien, als drei Verwaltungsräte ihren Rücktritt erklärt hätten. Sodann habe die Beschwerdeführerin den Inhalt eines dringenden Fax eines Direktors der A. AG an den Beschwerdegegner wiedergegeben, in welchem dieser, kurz vor den Überweisungen von USD 435'000.-- betreffend C. von einem Albtraum gesprochen habe. Damit habe die Beschwerdeführerin C. eindeutig bereits in erster Instanz zum Prozessgegenstand gemacht.

Vor Obergericht habe die Beschwerdeführerin sodann die Einvernahmeprotokolle des Beschwerdegegners aus dem Strafverfahren (OG act. 135/M und N) und die Anklageschrift (OG act. 135 P), wonach dieser für diese USD 435'000.-- der Urkundenfälschung angeklagt worden sei, eingereicht. Im Laufe des Verfahrens vor Obergericht seien dann das am 10. Dezember 2009 gefällte Strafurteil des Bezirksgerichts Zürich eingereicht worden (Eingaben vom 15. Dezember 2009 und 23. März 2010, OG act. 153, 154, 159 und 160), aus dem hervorgehe, dass der Beschwerdegegner für die fraglichen Überweisungsaufträge wegen Urkundenfälschung verurteilt worden sei (KG act. 1 S. 11 f. Rz 27 - 31).

bb) Es trifft zu, dass die Geschäfte mit der C. samt dem Vorwurf unkorrekten und sogar strafbaren Verhaltens des Beschwerdegegners bereits in der Klagebegrün-

dung (BG act. 18 S. 23 - 26, Rz 31 - 38) und in der Replik (BG act. 99 S. 26 - 28, Rz 108 - 112) dargestellt wurden. Im entsprechenden Subeventualbegehren 3 der Berufungsschrift wird die Forderung der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner aus diesen Geschäften mit USD 1'380'724.92 beziffert (OG act. 134 S. 3). Dieser Betrag wird in den oben angeführten und von der Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung genannten Vorbringen in der Klagebegründung und in der Replik nirgends genannt. Abgesehen von vier Überweisungen im Gesamtbetrag von USD 435'000.-- (Klagebegründung BG act. 18 S. 23 f. Rz 33, Replik BG act. 99 S. 27 Rz 108 lit. e) nannte die Beschwerdeführerin keine Überweisungen, welche vom Konto der Beschwerdeführerin aus getätigt worden seien, und stellte insbesondere nicht dar, wie sich der gesamte nun in der Replik geltend machte Schaden zusammensetzen soll.

Da somit die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren erstmals eine Forderung aus den Geschäften mit C. in Höhe von USD 1'380'724.92 geltend macht, liegt diesbezüglich eine Klageänderung vor. Eine Klageänderung gemäss § 61 ZPO/ZH ist im Rahmen von §§ 114 f. ZPO während des erstinstanzlichen Verfahrens zulässig, nach Abschluss desselben nur noch unter der Voraussetzung von § 115 Ziff. 1 ZPO/ZH, also wenn der entsprechende Antrag erst im Lauf des Prozesses veranlasst wird (Frank/Sträuli/Messmer, N 16 zu § 61 ZPO). Dass im vorliegenden Berufungsverfahren eine Klageänderung zulässig gewesen wäre, macht die Beschwerdeführerin ausdrücklich nicht geltend. Somit ist nicht zu beanstanden, dass das Obergericht auf die Eventual- und Subeventualanträge 3 der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren nicht eingetreten ist.

c/aa) Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe auch zum Eventualantrag 4 eingehende Ausführungen in der Klageschrift und in der Replik vor Bezirksgericht gemacht. In der Klageschrift (BG act. 18 S. 26 - 29, Rz 39 - 45) habe sie die gefälschten Zahlungsaufträge einzeln, mitsamt den entsprechenden Dokumenten (BG act. 24/75 - 79) eingereicht. Dabei habe sie sich eingehend mit der dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Fälschung, genauer mit dem Missbrauch von Blankounterschriften, auseinandergesetzt. In der Replik (BG act. 99 S. 29 f., Rz 113 - 117) habe die Beschwerdeführerin nochmals verdeutlicht, dass es sich da-

bei um Urkundenfälschungen gehandelt habe, was auch durch das erwähnte Schriftgutachten (BG act. 24/74), wonach keine der geleisteten Unterschriften von der Beschwerdeführerin stamme, bestätigt worden sei. Sowohl in der Klageantwort wie auch in der Duplik habe der Beschwerdegegner dazu Stellung genommen. Damit seien die Überweisungen im Umfang von USD 975'000.-- bereits zum Prozessgegenstand in erster Instanz gemacht worden. Folglich könne dessen Geltendmachung als Eventualstandpunkt im Berufungsverfahren nicht als Klageänderung aufgefasst werden (KG act. 1 S. 12, Rz 32 - 36).

bb) Die Beschwerdeführerin machte in der Klageschrift geltend, der Beschwerdegegner habe im Zeitraum vom 21. Dezember 1999 bis 19. März 2001 zulasten des Kontos 01220 der Beschwerdeführerin bei der Bank F. fünf Überweisungen von insgesamt USD 975'000.-- zugunsten des Kontos W2902 der A. bei der Bank G., einer Tochtergesellschaft von F., veranlasst. Sie reichte Kopien der Zahlungsaufträge ein (BG act. 24/75 - 79). Diese trügen zwar Unterschriften " _____ " bzw. "(unleserlich) _____ " (Name der Beschwerdeführerin in verschiedener Schreibweise), doch seien sie ohne Wissen und Zustimmung der Beschwerdeführerin erfolgt. Die Beschwerdeführerin äusserte sich zum mutmasslichen Zustandekommen dieser Unterschriften sowie zum Referenzvermerk "Paré/STEP" auf dem ersten Zahlungsauftrag vom 21. Dezember 1999 (BG act. 18 S. 26 - 29, Rz 39 - 45). In der Replik wiederholte die Beschwerdeführerin den Vorwurf, weist auf ein Gutachten der Ecole des Sciences criminelles in Lausanne (BG act. 24/74) hin und macht geltend, kein einziger der fünf Überweisungsaufträge trage ihren Schriftzug (BG act. 99 S. 29 f., Rz. 113 - 117).

Die Eventual- und Subeventualanträge 4 im Berufungsverfahren beziehen sich auf Ansprüche der Beschwerdeführerin aufgrund von gefälschten Überweisungen vom Konto 01220 bei F. auf das Konto W2902 von A. im Umfang von USD 975'000.--. Es handelt sich dabei also um Vorfälle, welche die Beschwerdeführerin bereits im Verfahren vor Bezirksgericht zur Begründung ihrer Klageforderung geltend machte. Zu beachten ist jedoch, dass die Beschwerdeführerin vor Bezirksgericht nicht - auch nicht eventualiter - eine gesonderte Ersatzforderung aus diesen Geschäften in Höhe von USD 975'000.-- einklagte, sondern einen mittels

Differenzhypothese zu ermittelnden Opportunitätsschaden in Höhe von Fr. 21'000'000.-- (Klageschrift) bzw. Fr. 14'371'990.-- (Replik) auf einer gesamthaften Vermögensverwaltungsbeziehung. Dass die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren nun subeventualiter eine Forderung direkt und gesondert aus den Überweisungen auf das Konto der A. bei der Bank G. einklagt, ist neu. In dem Sinne trifft die gerügte Feststellung des Obergerichts, die Beschwerdeführerin habe weder in der Klage noch in der Replik die nunmehr im Berufungsverfahren als Subeventualanträge geltend gemachten fünf Schadenspositionen aufgeführt, auch für den nach Ansicht der Beschwerdeführerin aus den genannten Überweisungen resultierenden Schaden zu. Das Obergericht verletzt deshalb keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH, wenn es mit Bezug auf die Eventual- und Subeventualanträge 4 ein Nichteintreten damit begründet, es handle sich um eine im Berufungsverfahren unzulässige Klageänderung.

d/aa) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, sie habe auch den Aspekt des unzulässigen Handelns des Beschwerdegegners im Zusammenhang mit den unterlassenen Rückzahlungen aus Investitionen in E. (Gegenstand der Eventual- und Subeventualanträge 5) bereits im ersten Verfahren eingehend behandelt. In der Klageschrift habe sie der Investition in E. ein eigenes Kapitel gewidmet (BG act. 8 S. 117 - 122, Rz 83). Dass in der Replik von dieser Investition nicht die Rede gewesen sei, liege daran, dass die Beschwerdeführerin dazu in ihrer zweiten Rechtsschrift nichts hinzuzufügen gehabt habe. Namentlich habe sie im damaligen Zeitpunkt den Betrag des ihr aus der ausgebliebenen Gewinnausschüttung entstandenen Schadens noch nicht ermitteln können. Sicher sei einzig gewesen, dass sie aus der ursprünglichen Investition lediglich USD 635'920.-- zurückerhalten habe. Der Schaden sowie weitere Aspekte hätten sich erst aus dem Strafverfahren und namentlich aus Zugeständnissen des Beschwerdegegners und Ermittlungen des Staatsanwalts ergeben. Es könne nicht behauptet werden, dass dieser Anspruch nicht bereits in erster Instanz geltend gemacht worden wäre. Somit handle es sich beim Subeventualstandpunkt 4 (recte: 5) nicht um eine unzulässige Klageänderung (KG act. 1 S. 12 f., Rz 37 - 40).

bb) Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin in der Klagebegründung der Investition in E. ein Kapitel widmete (BG act. 8 S. 117 - 122, Rz 83). In Subeventualantrag 5 der Berufung bezifferte die Beschwerdeführerin ihren Anspruch aus unkorrektem bzw. strafbarem Verhalten des Beschwerdegegners in diesem Zusammenhang auf USD 1'351'070.56. In den Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Klagebegründung findet sich keine Angabe, mit welchem Betrag ein Schaden aus der Investition in E. an der Gesamtklagesumme von Fr. 21'000'000.-- partizipiert. Mit der Replik reduzierte die Beschwerdeführerin die Klage auf Fr. 14'371'990.--. Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, enthält die Replik keine Ausführungen zur Investition in E. In Randziffer 10 der Replik (BG act. 99 S. 6) äusserte sich die Beschwerdeführerin zur Schadensbemessung und verweist zunächst auf die "neuen Gutachten von _____". In den nachfolgenden Ausführungen wird die Investition in E. nicht genannt. Mit den "Gutachten von _____" sind offenbar die Replikbeilagen 403 - 405 (BG act. 101/403 - 405) gemeint. Ob diese drei insgesamt 67 Seiten umfassenden Dokumente auch die Investitionen in E. betreffen, ist unklar und vom Kassationsgericht nicht zu prüfen. Somit ist auch unklar, ob die Investition in E. von der mit der Replik reduzierten Klage noch umfasst ist und allenfalls in welchem Umfang.

Da die Beschwerdeführerin somit weder in der Klageschrift noch in der Replik ausführte, welche konkreten Ansprüche sie aus dem Verhalten des Beschwerdegegners im Zusammenhang mit den Investitionen in E. geltend macht und in welchem Umfang diese Ansprüche an der gesamten Klageforderung von Fr. 21'000'000.-- (Klageschrift) bzw. Fr. 14'371'990.-- (Replik) partizipieren, ist die Feststellung des Obergerichts, die Beschwerdeführerin habe weder in der Klage noch in der Replik die nunmehr im Berufungsverfahren als Subeventualanträge geltend gemachten Schadenspositionen aufgeführt, mit Bezug auf die Eventual- und Subeventualanträge 5 nicht widerlegt. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin, wie sie im Kassationsverfahren geltend macht (KG act. 1 S. 12, Rz 38), im Zeitpunkt der Erstattung der Replik den Betrag des ihr aus der ausgebliebenen Gewinnausschüttung entstandenen Schadens noch nicht habe ermitteln können. Zwar lässt § 61 Abs. 2 ZPO/ZH zu, dass ein Kläger, der nicht in der Lage ist, seinen Anspruch bei der Erhebung der Klage zu beziffern, dies spätes-

tens nach Durchführung des Beweisverfahrens nachholen kann. Diese Bestimmung kommt aber vorliegend nicht zum Zug, da die Beschwerdeführerin mit der Klagebegründung und Replik je eine Bezifferung ihres Gesamtanspruchs ohne Anbringung eines Vorbehalts vornahm und sich somit dazu in der Lage sah.

4. a) Das Obergericht tritt auf die Subeventualanträge auch deshalb nicht ein, weil die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren neu die Zusprechung von US-Dollars verlange, nachdem sie im erstinstanzlichen Verfahren noch ausschliesslich die Zusprechung von Schweizerfranken verlangt habe. Auch dies sei eine unzulässige Klageänderung (KG act. 2 S. 13).

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Natur des Hauptantrags - die Ermittlung eines Opportunitätsverlustes mittels Differenzhypothese auf einer Vermögensverwaltungsbeziehung, welche als Referenzwährung Schweizerfranken angegeben habe - habe es mit sich gebracht, dass der Opportunitätsverlust in Schweizerfranken geltend gemacht worden sei. Dies habe die Art der Schadensberechnung mit sich geführt. Dies ändere aber nichts daran, dass im Rahmen des Mandats auch (unerlaubte) Investitionen in ausländischer Währung getätigt worden seien (namentlich was die Investition in E. anbelange), welche ebenfalls in der Berechnung des Opportunitätsverlustes mit enthalten gewesen seien. Insofern einzelne Posten des insgesamt in Schweizerfranken berechneten Schadens in US Dollars eingetreten seien, habe die Beschwerdeführerin diese, separat betrachtet, auch nur in US Dollars geltend machen können. Darin liege keine Klageänderung, da es sich um dieselben Anspruchsgrundlagen handle, die schon vor Bezirksgericht geltend gemacht worden seien (KG act. 1 S. 13, Rz 41 - 43).

b) Die Dispositionsmaxime gebietet, dass der Richter nichts anderes zusprechen darf, als der Kläger verlangt, nicht einen Betrag in Schweizerfranken, wenn ein Betrag in Fremdwährung eingeklagt ist (Frank/Sträuli/Messmer, N 18 zu § 54 ZPO/ZH). Dasselbe gilt selbstredend auch umkehrt, also darf der Richter nicht einen Betrag in Fremdwährung zusprechen, wenn ein Betrag in Schweizerfranken eingeklagt ist. Da die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren die Ersetzung eines Schadens in Schweizerfranken forderte und sie auch nicht eventualiter die Zusprechung des Schadenersatzes in US Dollar beantragte, wäre es

dem Bezirksgericht nicht möglich gewesen, den Beschwerdegegner zur Bezahlung eines Betrags in US Dollar zu verpflichten. Im Berufungsverfahren machte die Beschwerdeführerin subeventualiter Ansprüche aus einzelnen in US Dollar abgewickelten Geschäftsvorgehen geltend und stellte eine Forderung auf Bezahlung in US Dollar und nicht - auch nicht subsubeventualiter - dem entsprechenden Umrechnungskurs folgend in Schweizerfranken.

Da die im Berufungsverfahren subeventualiter verlangte Leistung - Bezahlung in US Dollar - nach dem Gesagten etwas anderes ist als die im erstinstanzlichen Verfahren verlangte Leistung - Bezahlung in Schweizerfranken -, ist dem Obergericht zu folgen, wenn es in den fraglichen Subeventualbegehren 3 - 5 eine Klageänderung erblickt. Daran ändert nichts, dass die vor Bezirksgericht und subeventualiter vor Obergericht geltend gemachten Klagebegehren dem gleichen Gesamtzusammenhang entspringen. Der gemeinsame Gesamtzusammenhang hätte dann eine Rolle gespielt, wenn eine Klageänderung grundsätzlich möglich gewesen wäre. Eine solche ist jedoch, was auch die Beschwerdeführerin anerkennt (KG act. 1 S. 8, Rz 22), im Berufungsverfahren nicht zulässig (§ 200 ZPO/ZH e contrario; Hans Ulrich Walder-Richli / Béatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Zürich 2009, S. 311, § 27 N 23).

5. a) Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführerin habe mit ihrer Berufungsbegründung zahlreiche Unterlagen eingereicht (OG act. 135/A-Z). Sie bringe zum späten Zeitpunkt ihres Handelns vor, sie müsse sich auf die in der Zwischenzeit erhältlich gewordenen Einvernahmeprotokolle der Strafuntersuchung und der Anklageschrift gegen den Beschwerdegegner abstützen. Insoweit, als diese Einvernahmen nach der Einreichung der Replik erfolgt seien und die Anklage gar nach Fällung des Urteils erhoben worden sei, handle es sich um echte Noven. Gleiches gelte für Einvernahmen, die zwar vor Einreichung der Replik erfolgt seien, von denen sie - die Beschwerdeführerin - aber erst im Lauf des Frühlings und Sommers 2008 Kenntnis erhalten habe (OG act. 134 S. 6, Rz 10). Der Beschwerdegegner halte demgegenüber dafür, diesen Unterlagen komme mit Ausnahme der Anklageschrift die Qualität echter Noven nicht zu (OG act. 139 S. 10).

Das Obergericht fährt fort, die Beschwerdeführerin habe gegen den Beschwerdegegner Strafanzeige erhoben. Sie selbst sei am 17. April 2008 von der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich als Zeugin einvernommen worden (OG act. 135/B) und deshalb unmittelbar über das Strafverfahren orientiert gewesen. Sie wäre deshalb wohl in der Lage gewesen, alle mit der Berufung eingelegten Unterlagen, die vor der Replik datieren (BG act. 99: 12. November 2007), bereits im vorinstanzlichen Hauptverfahren einzureichen. Die Beschwerdeführerin habe nicht dargetan, dass dem nicht so sei. Die Frage könne indes offen bleiben. Unterlagen, die sie nach der Replik erhalten habe, hätte sie an sich im Sinne von § 113 Satz 3 ZPO/ZH in Verbindung mit §§ 115 und 138 ZPO/ZH unmittelbar nach Kenntnisnahme, mithin noch vor dem erstinstanzlichen Urteil und nicht erst im Berufungsverfahren vorzulegen gehabt. Gemäss § 113 Satz 3 ZPO/ZH sollten Beweismittel zwar schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden. Hierbei handle es sich aber im ordentlichen Verfahren lediglich um eine Ordnungsvorschrift. Im Übrigen werde das Beweisverfahren durch den Beweisaufgebefluss eröffnet. Lägen nicht Erklärungen der Parteien gemäss § 141 ZPO/ZH (wonach die Parteien zum Prozessstoff sämtliche Beweismittel bezeichnet hätten) vor, so werde ohne Eröffnung des Beweisaufgebeflusses nach § 136 ZPO den Parteien die Möglichkeit, das Beweisverfahren voll auszuschöpfen, abgeschnitten und ihnen damit das rechtliche Gehör verweigert. Sodann sei aber zu beachten, dass das Beweisverfahren nicht dazu diene, eine ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen. Das Bezirksgericht habe kein Beweisverfahren im formellen Sinn durchgeführt und namentlich keinen Beweisaufgebefluss erlassen. Das Beweisverfahren sei mithin noch nicht eröffnet worden, weshalb den Parteien auch keine peremptorische Frist zur Bezeichnung oder Einreichung von Beweismitteln gelaufen sei. Dies bedeute jedoch nicht, dass es zulässig sei, dass eine Partei im Berufungsverfahren Unterlagen einreiche und damit neue Tatsachen vortrage. Würden solche neuen Tatsachenbehauptungen nachträglich entgegengenommen, würde das im Grundsatz Geltung beanspruchende, gesetzlich festgelegte Novenverbot umgangen (KG act. 2 S. 14 f. Erw. II/b).

b) Die Beschwerdeführerin äussert sich zur Frage des zulässigen Zeitpunktes der Beibringung von Beweismitteln und weist darauf hin, dass sie von den Einvernahmeprotokollen erst nach ihrer eigenen Anhörung als Zeugin vom 17. April 2008 und damit nach Einreichung der Replik am 12. November 2007 erfahren habe. Insoweit, als diese Unterlagen erst nach Abschluss des Hauptverfahrens erhältlich geworden seien, hätten sie zwar gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH noch bis zum Beginn der Urteilsberatung eingebracht werden können. Die Beschwerdeführerin hätte aber nicht wissen können, wann diese Urteilsberatung stattfinden würde. Vielmehr habe sie die Eröffnung des Beweisverfahrens mittels Beweisbeschluss erwartet. Im Beweisverfahren hätte sie diese Dokumente natürlich eingereicht, wozu sie auch befugt gewesen wäre. Stattdessen sei ihr durch die plötzliche und unerwartete Urteilsfällung das Recht auf Beweisantrittung und auf Beibringung von Beweismitteln in Verletzung des rechtlichen Gehörs abgeschnitten worden. Insofern als die Beschwerdeführerin deshalb ihr Recht auf Beibringung von weiteren Beweismitteln erst im Berufungsverfahren habe ausüben können, sei auch die Beibringung der neuen Tatsachenbehauptungen zulässig gewesen. Dies betreffe sämtliche aus dem Strafverfahren eingereichte Akten. Die Auffassung des Obergerichts, dass das Beweisverfahren noch nicht eröffnet worden sei, weshalb den Parteien auch keine peremptorische Frist zur Bezeichnung oder Einreichung von Beweismitteln gelaufen sei, bedeute nicht, dass es zulässig sei, dass eine Partei im Berufungsverfahren Unterlagen einreiche und damit neue Tatsachen vortrage, werde, jedenfalls was die Unterlagen aus dem Strafverfahren anbelange, bestritten, sei aber im Übrigen für zahlreiche neu beigebrachte Beweismittel durchaus eingehalten worden (KG act. 1 S. 14 - 16, Rz 47 - 51). Die Beschwerdeführerin äussert sich in der Folge zu im Berufungsverfahren eingereichten Dokumenten, welche der Stützung ihres tatsächlichen Standpunktes bezüglich der Subeventualanträge 3 - 5 dienten (KG act. 1 S. 16 f, Rz 52 - 61).

c) Es gibt keinen Anspruch der Parteien auf Mitteilung, wann das Gericht beabsichtigt, die Urteilsberatung in einem bestimmten Prozess durchzuführen. Ebenfalls ist das Gericht nicht verpflichtet, den Parteien vor der Urteilsberatung anzuzeigen, dass es den Prozess auch ohne Durchführung eines Beweisverfahrens für spruchreif hält. Werden einer Partei nach erstatteter Replik bzw. Duplik neue

Tatsachen bekannt, welche Anlass zu einer Ergänzung oder Änderung ihrer tatsächlichen Vorbringen geben, so ist sie gehalten, diese dem Gericht in Anwendung von § 115 Ziff. 3 ZPO/ZH unverzüglich vorzutragen. Andernfalls hat sie zu gewärtigen, dass das Gericht sein Urteil auf Grund des ihm vorliegenden Aktenstandes und damit ohne Berücksichtigung der unterbliebenen und deshalb ihm nicht bekannten neuen Tatsachenbehauptungen fällt.

Wie das Obergericht zutreffend festhält, erging im vorliegenden Fall erstinstanzlich kein Beweisaufgabebeschluss, weshalb den Parteien auch keine peremptorische Frist zur Bezeichnung oder Einreichung von Beweismitteln lief. Die Einreichung von Urkunden im Berufungsverfahren wäre damit zulässig gewesen, soweit sie lediglich der Stützung der erstinstanzlichen Sachverhaltsdarstellung diene. Das Obergericht geht jedoch davon aus, die Beschwerdeführerin habe die Einreichung der fraglichen Urkunden mit neuen Tatsachenbehauptungen verbunden. Wie das Obergericht ebenfalls zutreffend festhält, steht der Entgegennahme neuer Tatsachenbehauptungen das gesetzliche Novenverbot entgegen.

Die Beschwerdeführerin zeigt zwar auf, weshalb aus ihrer Sicht mindestens einzelne der im Berufungsverfahren neu eingereichten Urkunden der Stützung von erstinstanzlich vorgetragenen Tatsachenbehauptungen dienen. Sie tut dies jedoch nicht im Hinblick auf ihren vor Bezirksgericht vertretenen Klagestandpunkt (Ersatz des Opportunitätsschadens), sondern auf die vor Obergericht erhobenen Subeventualanträge 3 - 5. Diese Subeventualanträge stellen, wie sich aus den vorangegangenen Erwägungen dieses Beschlusses ergibt, eine im Berufungsverfahren unzulässige Klageänderung dar, weshalb diesbezüglich auf die neu eingereichten Urkunden zum vornherein nicht einzugehen war. Die entsprechende Rüge der Gehörsverweigerung ist unbegründet.

Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend und zeigt nicht auf, dass und wie weit ihre (im Abschnitt "Eventualiter" der Beschwerdeschrift stehenden, siehe KG act. 1 S. 8 oben) Argumente auch für den Hauptstandpunkt (Opportunitätsschaden) Bedeutung haben könnten. Das Kassationsgericht hat dies nicht von Amtes wegen zu prüfen.

6. a) Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführerin beziffere im Berufungsverfahren neu ihre behaupteten Ansprüche aus Churning und ungerechtfertigter Zurückbehaltung von Retrozessionen. Ob dies prozessual zulässig sei, könne offen bleiben, weil das Bezirksgericht mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werde, beide von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenspositionen abgewiesen habe (OG act. 120 S. 16 - 19 Erw. II/5 lit. a - c). Soweit die Beschwerdeführerin hierzu im Berufungsverfahren Neues vortrage, sei dies prozessual unzulässig (KG act. 2 S. 21 Erw, III/5).

Das Bezirksgericht führt aus, wie der Substanziierungshinweis f) seines Beschlusses vom 9. Juli 2007 (BG act. 94 S. 5), der die Beschwerdeführerin aufgefordert habe, die betreffenden Transaktionen zu bezeichnen, zeige, sei dies nicht die Darstellungsweise, die dem Gericht vorgeschwebt habe. Nach Auffassung des Gerichts handle es sich beim Schaden aus Spesenschinderei (Churning) um einen Schaden, der sich aus einzelnen Schadenspositionen zusammensetze, die konkret nachzuweisen seien. Die Begründung der Beschwerdeführerin genüge diesen Anforderungen nach wie vor nicht, weshalb ihre Klage mit Bezug auf den Eventualstandpunkt (betreffend die Spesenschinderei) abzuweisen sei (OG act. 12 S. 17).

b/aa) Die Beschwerdeführerin rügt, das Bezirksgericht habe den entsprechenden Eventualantrag deshalb abgewiesen, weil die Auffassung, welche die Beschwerdeführerin zum Nachweis der Spesenschinderei vertreten habe, nicht der Auffassung des Gerichts entsprochen habe. Es gebe, wie auch vom Beschwerdegegner zugegeben worden sei, in der Schweiz keine eigentliche Praxis zur Beurteilung von Churning. Wie genau zu ermitteln sei, ob Spesenschinderei stattgefunden habe, sei bis heute nicht genau definiert. Unter solchen Umständen müsse es dem Gericht verwehrt sein, seine eigene, sonst nirgends festgelegte Auffassung zur Spesenschinderei als Anforderung an die Behauptungslast aufzustellen. Indem das Bezirksgericht kurzerhand entschieden habe, die behauptete Spesenschinderei sei nicht gemäss ihren Vorstellungen präsentiert und damit ungenügend substantiiert worden, habe es die Anforderungen an die Behauptungslast

überspannt und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 18 - 20, Rz 63 - 71).

bb) Wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die Festlegung des relevanten Beweisthemas setzt voraus, dass die entsprechenden Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingeführt worden seien. Mit der Beweislast geht daher die Behauptungslast einher (Hans Schmid, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, N 29 zu Art. 8 OR). Wie weit Sachvorbringen zu substantzieren sind, richtet sich grundsätzlich nach dem materiellen Bundesrecht (Frank/Sträuli/Messmer, N 6 zu § 54 ZPO/ZH).

Somit ist eine Frage der Anwendung des Bundeszivilrechts, ob die Substanziierungshinweise des Bezirksgerichts in seinem Beschluss vom 9. Juli 2007 inhaltlich richtig erfolgt seien und ob das Bezirksgericht - und mit ihm das Obergericht - das erstinstanzliche Eventualbegehren deshalb abweisen durfte, weil die Beschwerdeführerin den entsprechenden Substanziierungshinweisen nicht in der erwarteten Weise gefolgt sei. Was unter "Spesenschinderei" und den sich daraus ergebenden Ansprüchen zu verstehen sei, richtet sich ebenfalls nach Bundeszivilrecht. 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/ZH).

c/aa) Die Beschwerdeführerin befasst sich sodann mit der Feststellung des Obergerichts, sie beziffere im Berufungsverfahren neu ihre behaupteten Ansprüche aus Churning und ungerechtfertigter Zurückbehaltung von Retrozessionen, und ob dies prozessual zulässig sei, könne offen bleiben. Sie macht geltend, sie habe die Ansprüche aus Spesenschinderei im Berufungsverfahren nicht neu beziffert. In sämtlichen Gutachten der Firma H. seien die aus Spesenschinderei entstandenen Schadenspositionen aufgeführt worden. Die geltend gemachten Beträge seien auf einen Blick erkennbar gewesen. Die drei Gutachten seien identisch aufgebaut. Die Ausführungen des Gutachters zu den einzelnen Indizien seien in der Klageschrift sodann grösstenteils (für die Konten bei F. und I.) abgedruckt (im Einzelnen siehe Berufungsschrift, Rz 48). Da der Text dieser Gutachten im Grossen

und Ganzen - mit Ausnahme der Zahlen - für sämtliche Bankbeziehungen der gleiche gewesen sei, hätte die Wiedergabe der gesamten Gutachten im Parteivortrag die ohnehin schon umfangreichen Rechtsschriften übermässig belastet. Unter diesen Umständen die prozessuale Zulässigkeit der ergänzenden detaillierten Übernahme der Bezifferung aus den Gutachten in die Rekurschrift in Frage zu ziehen, stelle überspitzten Formalismus und damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin dar (KG act. 1 S. 20, Rz 72).

bb) Wie vorne in Erwägung II/1 festgehalten, ist der behauptete Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift nachzuweisen und sind 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. Der Hinweis auf eine Randziffer der Berufungsbegründung genügt hierzu nicht. Abgesehen davon werden auch in der besagten Randziffer 48 der Berufungsbegründung (OG act. 134 S. 17) die Stellen aus den "beiden ersten Gutachten zur Spesenschinderei", welche angeblich vollständig in die Klageschrift übernommen worden seien, nicht genannt. Das Gutachten von H. zum F.-Konto umfasst 35 Seiten (BG act. 101/403), dasjenige zum I.-Konto 14 Seiten (BG act. 101/404). Beide Gutachten wurden mit der Replik eingereicht. Das Kassationsgericht hat nicht nachzuforschen, ob die Darstellung des Schadens in den beiden Gutachten mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Klageschrift und diese wiederum mit den Vorbringen in der Berufungsbegründung übereinstimmen und ob das Obergericht zu Unrecht annehme, die Beschwerdeführerin habe im Berufungsverfahren neu ihre behaupteten Ansprüche beziffert oder ob eine entsprechende Bezifferung bereits vor Bezirksgericht erfolgt sei. Diesbezüglich ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

7. a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Bezirksgericht habe Teilansprüche auch mit dem Argument abgewiesen, dass deren Betrag ohnehin unter den im Konkurs der A. AG sowie vergleichsweise von den Depotbanken erhaltenen Beträgen liege (bezirksgerichtliches Urteil, OG act. 120 S. 18 und 20 je letzter Absatz). Das Kassationsgericht (recte: Obergericht) habe diese Argumentation ein-

zig zum Opportunitätsverlust gestreift und bestätigt (KG act. 2 S. 19) und betreffend Spesenschinderei wohl implizit auch übernommen (S. 21 Erw. III/5). Im Übrigen sei es darauf nicht weiter eingegangen, weil es auf die Subeventualanträge 3, 4 und 5 nicht eingetreten sei. Dieses Vorgehen sei, wie bereits in der Berufungsschrift ausführlich dargelegt worden sei (OG act. 134 S. 6 f., Rz. 12 ff.), unzulässig. Es gehe nicht an, einen Teilschadensposten jeweils mit der Gesamtheit der erhaltenen Leistungen zu vergleichen. Auf diese Art und Weise wären nämlich alle Schadenspositionen, die betragsmässig unter der erhaltenen Summe lägen, immer schon abgegolten. Hinzu komme, dass die abgeschlossenen Vergleiche keinem konkreten Schadensposten zugewiesen werden könnten. Deshalb müsste weiter differenziert werden: Soweit es um einzelne Schadensposten gehe, könnten die erhaltenen Beträge auch nur in dem Verhältnis auf die einzelnen Schadensposten angerechnet werden, als sie auch den gesamten geltend gemachten Schaden deckten.

Die erhaltenen Zahlungen seien jedoch aus einem anderen Grund überhaupt ohne Belang. Gemäss § 54 Abs. 2 ZPO/ZH gelte die Dispositionsmaxime, wonach das Gericht einer Partei nicht weniger zusprechen dürfe, als der Gegner anerkannt habe. Damit dürfe das Gericht von einem Schadenersatzanspruch auch keine Abzüge tätigen, welche die Gegenpartei nicht geltend gemacht oder anerkannt habe. Der Beschwerdegegner habe in der Duplik (BG act. 106 S. 77, Rz 135) verlauten lassen, dass die erhaltenen Fr. 4,8 Mio. nichts mit dem vorliegenden Verfahren zu tun hätten, weil jener Schaden durch jemand anderen verursacht worden sei. Darauf müsse sich der Beschwerdegegner behaften lassen. Dies bedeute, dass die Fr. 4,8 Mio. nie auf solche Schadensposten angerechnet werden sollten, für welche der Beschwerdegegner verantwortlich zeichne, also insbesondere nicht auf die in den Eventualanträgen geltend gemachten einzelnen Schadenspositionen. Die Ausführungen des Beschwerdegegners in dieser Hinsicht (Berufungsantwort, OG act. 139 S. 21 ff., Rz 25) seien durch die Beschwerdeführerin in der Berufungsreplik (OG act. 145 S. 15 f., Rz 46) widerlegt worden (KG act. 1 S. 20 f., Rz. 73 - 78).

b) Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Beschwerdeführerin sich Zahlungen, welche sie im Konkurs der A. AG und vergleichsweise von Depotbanken erhalten hat, auf die eingeklagten Schadenersatzansprüche gegen den Beschwerdeführer anrechnen lassen muss, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht. Entsprechende Rügen können mit Beschwerde beim Bundesgericht vorgebracht werden (Art. 95 lit. a BGG) und sind deshalb im kantonalen Kassationsverfahren ausgeschlossen (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO/ZH).

Die Parteien sind sich nicht einig, wie die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdegegners in der Duplik zu den Fr. 4,8 Mio., welche die Beschwerdeführerin im Konkurs der A. AG und vergleichsweise von Depotbanken erhalten hat, zu verstehen seien. Der Beschwerdegegner hält in seiner Beschwerdeantwort dafür, er habe in der Replik (recte: Duplik) lediglich argumentiert, dass die Beschwerdeführerin zum vornherein einen zu hohen Schaden eingeklagt habe. Die Argumentation des Klägers (recte: Beklagten, Beschwerdegegners) setze voraus, dass die Vergleichszahlungen aufgrund einer anderen Verursachung getätigt worden seien, mithin also mit dem Beschwerdegegner nichts zu tun hätten. Ohne Vorlage der Vergleiche (welche die Beschwerdeführerin nicht offen gelegt habe, was sie sich anzurechnen habe; KG act. 11 S. 47, Rz. 111) lasse sich dies jedoch nicht feststellen, weshalb die Anrechnung gerechtfertigt sei. Es handle sich um eine rein hypothetische Argumentation und der Kläger (recte: Beklagte, Beschwerdegegner) habe keinesfalls auf die Anrechnung erhaltener Zahlungen verzichtet (KG act. 11 S. 48, Rz 112).

Dies kann jedoch offen bleiben: Die Dispositionsmaxime gebietet, dass das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkennt (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Dispositionsmaxime verkörpert sich in den prozessualen Anträgen der Parteien. Dabei ist das Gericht an die Anträge und nicht an deren rechnerische Begründung gebunden (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, N 14 zu § 54 ZPO/ZH). Der Beschwerdegegner beantragte sowohl in der Klageantwort wie auch in der Replik die vollumfängliche Abweisung der Klage (BG act. 39 S. 2 Antrag 1; BG act. 106 S. 2 Antrag 1). Er anerkannte also die eingeklagten Ansprüche in keiner Weise. Indem das

Bezirksgericht und das Obergericht die Klage abweisen, verletzen sie die Dispositionsmaxime nicht. Dass sich der Beschwerdegegner in der Duplik zu einem Aspekt möglicherweise etwas missverständlich ausdrückte, ist jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Dispositionsmaxime nicht entscheidend.

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

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH, § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist zu beachten, dass keine der Parteien Wohnsitz in der Schweiz hat (§ 9 Ziff. 2 GGebV).

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. 140'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 70'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das

Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 14'371'990.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 23. November 2010 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 B. (II. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär