

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB110001-O/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und die Ersatzrichterin Prof. Dr. I.
Jent-Sørensen sowie die Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Rückweisungsbeschluss vom 10. Januar 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Konkursmasse der B. _____ **AG,**

Klägerin und Appellatin

vertreten durch die ausseramtliche Konkursverwaltung C. _____ AG,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung / Rückweisung**

**Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Meilen vom
22. Dezember 2006; Proz. CG050026**

**Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom
28. Dezember 2010; Proz. AA090135**

Das Gericht zieht in Betracht:

1. Mit Zirkulationsbeschluss vom 28. Dezember 2010 (act. 103) hiess das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil der Kammer vom 21. August 2009 gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an diese zurück (Dispositiv-Ziff. 1). Es erwog, dass die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH verletzt hatte und ordnete die Durchführung eines Beweisverfahrens an (act. 103 S. 24 Erw. 8).

2. Nachdem das Kassationsgericht des Kantons Zürich ein Beweisverfahren angeordnet hat, ist darüber zu entscheiden, ob dieses von der Kammer selbst durchzuführen oder ob die Sache zu diesem Zweck an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Nach der früheren kantonalen Regelung (§ 270 ZPO/ZH) sprach besonders die Notwendigkeit der Durchführung eines Beweisverfahrens für eine Rückweisung (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3 zu § 270 ZPO).

3. Am 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Der Entscheid des Kassationsgerichts datiert vom 28. Dezember 2010 und wurde am 30. Dezember 2010 versandt. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, so dass noch altes Recht zur Anwendung gelangt.

4. Nach erfolgter Rückweisung wird die Vorinstanz das Beweisverfahren durchzuführen haben. Dabei wird sich die Frage stellen, ob das vorinstanzliche Verfahren nach dem bisherigen kantonalen oder nach dem neuen schweizerischen Zivilprozessrecht durchzuführen ist. Ausgangspunkt ist, dass in dieser Frage – anders als in der neuen schweizerischen Strafprozessordnung – eine ausdrückliche Regelung fehlt. Für die Massgeblichkeit des alten Rechts könnte angeführt werden, dass mit der Rückweisung die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides verbunden ist, so dass argumentiert werden könnte, es handle sich um

ein erstinstanzliches Verfahren, das noch nicht zum Abschluss gelangt ist, was im Sinne von Art. 404 Abs. 1 ZPO zur Anwendung des kantonalen Prozessrechts führen würde. Allerdings sprechen andere – überzeugendere – Gründe für die Anwendung des neuen schweizerischen Zivilprozessrechts: Zu erwähnen ist zunächst der allgemeine Grundsatz, dass neues Verfahrensrecht regelmässig sofort anwendbar ist („Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit neuen Rechts“, vgl. Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz 82 zu § 8; Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 4 zu Art. 404). Von Grundsätzen sollte nur dann abgewichen werden, wenn eine ausdrückliche Regelung eine solche Abweichung ausdrücklich vorschreibt; das ist mit Art. 404 Abs. 1 ZPO nicht geschehen, der den vorliegenden Sonderfall nicht besonders anspricht und ihn damit auch nicht regelt. Weiter ist in Art. 453 Abs. 2 der neuen schweizerischen Strafprozessordnung explizit vorgesehen, dass bei einer Rückweisung zu neuer Beurteilung neues Recht anwendbar ist. Das legt eine Lückenfüllung durch analoge Anwendung dieser expliziten Regelung bei der prozessual gleichgelagerten Thematik nahe.

5. Wie bereits erwähnt, wird die Vorinstanz das vom Kassationsgericht angeordnete Beweisverfahren durchzuführen haben. Hat sie dabei neues Recht anzuwenden (Erw. 4), so wird sie, bedingt durch den Wechsel des anwendbaren Prozessrechtes, zu beachten haben, dass es nach neuem Recht keine Beweisaufgabe gemäss §§ 136 ff. ZPO/ZH mehr gibt, sondern dass es bei der Beweisverfügung i.S.v. Art. 154 ZPO sein Bewenden hat. Der ins Gewicht fallende Unterschied besteht darin, dass die Parteien nach altem Recht im Rahmen des Beweisverfahrens noch (weitere) Beweismittel nennen konnten, was nach neuem Recht entfällt, indem die Beweisverfügung auf der Basis der bereits abschliessend zu nennenden Beweismittel erlassen wird. Diese Rechtsänderung konnten und mussten die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren, welches im Jahr 2006 seinen vorläufigen Abschluss fand, nicht antizipieren. Damit ihre prozessualen Rechte dadurch nicht eingeschränkt werden, wird den Parteien vor Erlass der Beweisverfügung Gelegenheit zu geben sein, allfällige weitere Beweismittel nennen zu können.

6. Ist der Prozess zur Durchführung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist die Gerichtsgebühr des obergerichtlichen Verfahrens neu festzusetzen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens werden durch die Vorinstanz im Sachentscheid neu zu regeln sein.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, I. Abteilung, vom 22. Dezember 2006 wird aufgehoben, und der Prozess wird zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 16'000.-- festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie unter Beilage der Akten an das Bezirksgericht Meilen, I. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 280'581.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: