

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140069-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle
sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Urteil vom 29. September 2014

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

betreffend **Forderung / Rückweisung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 31. Januar 2013; Proz. CG130008**

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom
5. Februar 2014; Proz. LB130016**

Urteil Bundesgericht vom 5. August 2014; Proz. 4A_155/2014

Rechtsbegehren:

"Die Beklagten 1 und 2 seien unter solidarischer Haftbarkeit und unter dem Vorbehalt der Nachklage zu verurteilen, der Klägerin CHF 2'066'576.-- nebst Zins zu 5% seit 25. Juni 2004 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 1 und 2."

Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 45 S. 2)

"Die Beklagten 1 und 2 seien unter solidarischer Haftbarkeit und unter dem Vorbehalt der Nachklage zu verurteilen, der Klägerin CHF 2'048'576.-- nebst Zins zu 5% seit 25. Juni 2004 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 1 und 2."

Rechtsbegehren gemäss act. 71 S. 2:

"Die Beklagten 1 und 2 seien unter solidarischer Haftbarkeit und unter dem Vorbehalt der Nachklage zu verurteilen, der Klägerin CHF 2'049'224.70 nebst Zins zu 5% seit 25. Juni 2004 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 1 und 2."

Rechtsbegehren gemäss act. 86 (sinngemäss):

"Der Beklagte 1 sei unter dem Vorbehalt der Nachklage zu verurteilen, der Klägerin CHF 2'049'224.70 nebst Zins zu 5% seit 25. Juni 2004 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten 1."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 55'000.-- festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
 3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
 4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 1 eine Parteientschädigung von Fr. 64'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 155 S. 2):

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 31. Januar 2013 im Verfahren CG130008 aufzuheben, und die Sache sei zur Fortsetzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 31. Januar 2013 im Verfahren CG130008 aufzuheben, und der Beklagte sei unter dem Vorbehalt der Nachklage zu verurteilen, der Klägerin CHF 2'049'224.70 nebst 5% Zins seit 25. Juni 2004 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MwSt. zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 163 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 31. Januar 2013 zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan: Berufungsklägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich; sie ist im Bereich der Softwareherstellung und EDV-Beratung tätig. Sie ist aus Fusionen und einer Firmenänderung hervorgegangen (ehemals C._____ AG und Rechtsnachfolgerin infolge Fusion der CD._____ AG und der C._____ Holding AG). Für Einzelheiten sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (act. 156 S. 5).

Der Beklagte 1 und Berufungsbeklagte (fortan: Berufungsbeklagter) und der ursprüngliche Beklagte 2 (E._____) sind ehemalige Verwaltungsräte der Berufungsklägerin (bzw. von deren Rechtsvorgängerinnen). Mit der Klage macht die Berufungsklägerin im Wesentlichen geltend, die Beklagten hätten als Verwaltungsräte pflichtwidrig nicht geschäftlich begründete Auslagen getätigt, veranlasst oder geduldet, wofür sie ihr unter solidarischer Haftung Ersatz zu leisten hätten. Der Berufungsbeklagte schliesst auf Abweisung der Klage.

Der Berufungsbeklagte mit Wohnsitz in Zürich und der ursprüngliche Beklagte 2 mit Wohnsitz in Muttenz waren Hauptaktionäre und Verwaltungsräte von Rechtsvorgängerinnen der Berufungsklägerin und hielten an diesen Gesellschaften Aktienanteile von 58% bis 100%. Für Details sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (act. 156 S. 5 f.).

2. Die Berufungsklägerin wirft dem Berufungsbeklagten und dem ursprünglichen Beklagten 2 im Wesentlichen vor, sie hätten in den Jahren 2000 bis Anfang 2004 als Verwaltungsräte auf Geschäftskosten ungerechtfertigte, d.h. nicht geschäftsbezogene und nicht im Interesse der Berufungsklägerin stehende Auslagen getätigt, veranlasst oder geduldet, namentlich die folgenden:

- der Berufungsbeklagte habe seine Geschäftskreditkarten für private, im Interesse der F._____ AG liegende Ausgaben (Restaurations-, Reise- und Übernachtungsspesen) benutzt sowie Zahlungen im Zusammenhang mit F._____ zulasten der Berufungsklägerin getätigt oder autorisiert (vgl. act. 45 Rz. 54 ff., Rz. 285 ff.);

- der Berufungsbeklagte habe der F._____ AG zu Lasten der Berufungsklägerin Zahlungen zukommen lassen, ohne dass ein Sponsoring-Vertrag vorgelegen habe (vgl. act. 45 Rz. 292 ff.);
- der Berufungsbeklagte habe die Saläre von F._____ -Spielern über die Berufungsklägerin begleichen lassen (vgl. act. 45 Rz. 297 ff.);
- der Berufungsbeklagte und der ursprüngliche Beklagte 2 hätten auf Kosten der Berufungsklägerin teure Autos geleast (vgl. act. 45 Rz. 300 ff.);
- der Berufungsbeklagte und der ursprüngliche Beklagte 2 hätten persönliche Aufwendungen über die Berufungsklägerin beglichen bzw. begleichen lassen (vgl. act. 2 Rz. 29; act. 45 Rz. 144 ff.).

Die Berufungsklägerin macht gestützt hierauf primär Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend. Darüber hinaus fordert sie einen "Kontokorrentsaldo".

3. Der Berufungsbeklagte verneint eine Haftung. Er bestreitet insbesondere eine Verletzung der Pflichten als Verwaltungsrat sowie das Vorliegen eines Schadens. Im Weiteren erhebt er verschiedene Einreden und Einwendungen (Verjährung, Genehmigung, Décharge, Verrechnung). Auch die Forderung aus Kontokorrentsaldo bestreitet er. Mit Urteil vom 31. Januar 2013 wies die Vorinstanz die Klage ab.

4. Gegen diesen Entscheid richtete sich die fristgerecht erhobene Berufung der Berufungsklägerin, womit sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Fortsetzung des Beweisverfahrens, eventualiter die Gutheissung der Klage verlangte (act. 155). Den ihr mit Verfügung vom 23. April 2013 auferlegten Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 40'000.00 hat sie rechtzeitig geleistet (act. 160). Der Berufungsbeklagte schloss seinerseits auf Abweisung der Klage (act. 163). Mit Urteil vom 5. Februar 2014 wies die Kammer die Berufung ab und bestätigte das angefochtene Urteil der Vorinstanz. Gegen diesen Entscheid führte die Berufungsklägerin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 5. August 2014 hiess das Bundesgericht die Be-

schwerde teilweise gut, hob das Urteil der Kammer vom 5. Februar 2014 auf und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne seiner Erwägungen an die Kammer zurück.

II. Formelles:

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten, welche das bisherige (kantonale) Verfahrensrecht abgelöst hat. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittel und für das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung eines Entscheides in Kraft war. Für Verfahren, die beim Inkrafttreten der ZPO rechtshängig waren, gilt demgegenüber nach Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige (alte) Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz.

Das angefochtene Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich erging am 31. Januar 2013, also nach dem Inkrafttreten der ZPO. Das Rechtsmittelverfahren untersteht daher dem neuen Recht der ZPO (und den dazugehörigen ergänzenden kantonalen Bestimmungen des GOG, der GebV OG und der AnwGebV). Demgegenüber beurteilt sich das Verfahren der Vorinstanz (7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich), bei dem die Klage vor Inkrafttreten der ZPO anhängig gemacht worden war, noch nach dem kantonalen Recht, der ZPO/ZH, dem GVG/ZH und den dazugehörigen Verordnungen (etwa zu den Gebühren und Anwaltsentschädigungen).

2. Die Berufungsklägerin verlangt mit ihrem Hauptantrag, es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Rückweisung ist nach der im Berufungsverfahren anwendbaren ZPO möglich, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und 2 ZPO). Der entsprechende Antrag der Berufungsklägerin ist damit grundsätzlich möglich. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, ist er aber abzuweisen.

III. Materielles:

1. Das Bundesgericht befand, die Beschwerde sei unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf aktienrechtliche Verantwortlichkeit gestützten Klage richte. Hingegen sei die Beschwerde begründet und daher teilweise gutzuheissen, soweit sie die eingeklagte Forderung von Fr. 77'085.00 betreffe, welche dem Saldo entspreche, der sich aus den verbuchten Transaktionen auf dem "Konto ... KK B._____" ergeben habe. Die Kammer habe hinsichtlich dieser Forderung zunächst darüber zu befinden, ob die Behauptungen der Berufungsklägerin hinreichend substantiiert bestritten worden seien, so dass darüber ein Beweisverfahren durchzuführen sei. Gemessen am Streitwert von Fr. 2'049'224.70 komme dies einem Obsiegen der Berufungsklägerin von aufgerundet 4% und des Berufungsbeklagten von 96% gleich. Im entsprechenden Verhältnis seien die Gerichtskosten und Parteientschädigungen zu verteilen.

2. Die Vorinstanz stellte zu den von der Berufungsklägerin geltend gemachten Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit vorab fest, neben weiteren Einreden und Einwendungen bringe der Berufungsbeklagte vor, dem Verwaltungsrat sei für die Geschäftsjahre 2000 bis 2004 Décharge erteilt worden, weshalb die der Gesellschaft bekannten Tatsachen, und dazu gehörten auch die unter anderem in der Jahresrechnung der Gesellschaft ausgewiesenen Spesen und Auslagen des Berufungsbeklagten, genehmigt worden seien. Aus diesem Grund sei der Anspruch auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen verwirkt.

3.a) Die Vorinstanz hat das Wesen der Décharge unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung korrekt dargestellt (act. 156 S. 9 f.). Hier sei nochmals betont, dass Schadenersatzansprüche der Gesellschaft ausgeschlossen sind, wenn die Generalversammlung den verantwortlichen Organen gemäss Art. 758 Abs. 1 OR die Décharge erteilt hat. Der Entlastungsbeschluss hat den Charakter einer negativen Schuldanerkennung, mit der festgestellt wird, dass keine Forderung der Gesellschaft gegenüber den Verantwortlichen aus ihrer Tätigkeit besteht, bzw. dass auf die Geltendmachung eines (allfälligen oder effektiven) Anspruchs verzichtet wird (BGE 131 III 640, E. 4.2.1). Eine Décharge-Erklärung kann sich auf einzelne Geschäftsvorfälle erstrecken oder allgemeiner Art sein. Die Décharge-Wirkung ist

in sachlicher und zeitlicher Hinsicht durch den Antrag bestimmt, der dem Beschluss zu Grunde liegt. Hierbei erstreckt sich die Entlastung auf „bekanntgegebene Tatsachen“ bzw. solche, die den Aktionären zur Zeit des Entlastungsbeschlusses bekannt waren oder sein mussten. Die Aktionäre müssen über die relevanten Umstände mindestens in den Grundzügen informiert gewesen sein. In zeitlicher Hinsicht erfasst die Entlastung grundsätzlich die Geschäftstätigkeit der Geschäftsperiode, für welche Rechnung gelegt und um Décharge ersucht wird.

b) Die Vorinstanz erwog, die Berufungsklägerin räume ein, im Frühjahr 2004 Kenntnis von den der Klage zu Grunde liegenden Geschäften gehabt zu haben. Sie verweise auf im Februar 2004 durch G._____ geführte Untersuchungen, in deren Rahmen entdeckt worden sei, dass der Berufungsbeklagte ihr, der Berufungsklägerin, ungerechtfertigte Spesen und Auslagen belastet habe. Insbesondere sei aufgefallen, dass einige ihrer Mitarbeiter zwar Lohn bezogen hätten, aber nie zur Arbeit erschienen seien. Auffällig gewesen sei sodann die Bezahlung von Rechnungen durch sie (die Berufungsklägerin) für Dienstleistungen, welche sie nie bezogen habe und welche auch in keinem Zusammenhang mit ihrem Geschäftszweck gestanden seien. Der Verdacht sei nahe gelegen, dass der Berufungsbeklagte ihre Mittel treuwidrig dazu verwendet habe, die ihm nahestehende ...sektion des F._____ Clubs (F._____ AG) zu unterstützen. Dies sei der Anlass gewesen, die Spesen der Beklagten im Mai 2004 einer genauen Prüfung zu unterziehen. Die vorliegende Klage basiere auf den Ergebnissen dieses Berichts von G._____ vom 24. Mai 2004 (act. 2 Rz. 22 mit Hinweis auf act. 5/4).

Die Vorinstanz stellte sodann fest, die Berufungsklägerin (bzw. ihre Alleinaktionärin) habe mithin spätestens im Mai 2004 umfassende Kenntnis von den dieser Klage zu Grunde liegenden (von ihr behaupteten) Tatsachen gehabt. Wenn sie gleichwohl dem Berufungsbeklagten nicht nur in den Jahren 2000 bis 2002, sondern auch für die Jahre 2003 und 2004 die Décharge erteilt habe, sei sie nach dem Ausgeführten mit Schadenersatzansprüchen gegen den Berufungsbeklagten ausgeschlossen. Die Berufungsklägerin sei nämlich in der Replik auf die vom Berufungsbeklagten erhobene Einrede der Décharge nicht eingegangen und habe es unterlassen, die entsprechende Behauptung zu bestreiten (vgl. act. 45 S. 163

Rz. 717, wo "Ad KA 1 Ziff. 51-60" nur pauschal festgehalten werde: "Die rechtlichen Ausführungen des Beklagten 1 werden unter Hinweis auf die rechtlichen Ausführungen unter Rz. (306) ff. der vorliegenden Replik als unzutreffend zurückgewiesen."). Erst im Rahmen der Stellungnahme zu Noven in der Duplik habe die Berufungsklägerin mit Bezug auf die vom Beklagten 2 in der Duplik erhobene entsprechende Einrede vorgebracht, für die Jahre 2003 und 2004 sei den Beklagten keine Décharge erteilt worden (act. 71 Rz. 47). Die Vorinstanz erwog, nach § 114 ZPO/ZH seien die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtschrift nicht vorgebracht hätten. § 115 ZPO/ZH sehe Ausnahmen von dieser Regel vor. Da die Berufungsklägerin die vom Berufungsbeklagten in der Klageantwort vorgebrachte Behauptung der Décharge-Erteilung (act. 25 S. 24 Rz. 58) im Rahmen der Replik nicht bestritten habe, sondern dies erst in der Stellungnahme zu Dupliknoven erfolgt sei, wäre das in diesem Zeitpunkt nur noch unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO/ZH zulässig gewesen (worauf mit Beschluss vom 19. August 2010 ausdrücklich hingewiesen worden sei; act. 64). Da das Vorliegen einer entsprechenden Ausnahme von der Berufungsklägerin aber nicht behauptet worden und auch nicht ersichtlich sei, sei die Décharge-Erteilung verspätet bestritten worden. Entsprechend sei mangels (rechtzeitiger) Bestreitung davon auszugehen, dass dem Berufungsbeklagten auch für die Jahre 2003 und 2004 die Décharge erteilt worden sei.

Die Vorinstanz stellte weiter fest, im Beweisaufgabebeschluss vom 14. Mai 2012 sei dem Berufungsbeklagten (dennoch) der Hauptbeweis auferlegt worden, dass ihm für die Geschäftsjahre 2003 bis 2004 von der Berufungsklägerin die Décharge erteilt worden sei. In der Folge habe der Berufungsbeklagte in der Beweisantwortung eine Edition der Protokolle der ordentlichen Generalversammlungen 2003 und 2004 verlangt (act. 127 S. 7). Die Berufungsklägerin habe sich ihrerseits im Rahmen ihres Gegenbeweises ebenfalls auf die entsprechenden Generalversammlungsprotokolle berufen, habe sie indessen nicht eingereicht, sondern habe festgehalten, sie würden nachgereicht (act. 128 S. 48). Mit Beweisabnahmebeschluss vom 8. November 2012 sei der Berufungsklägerin entsprechend Frist angesetzt worden, um die Protokolle der Generalversammlungen 2003 und 2004

nachzureichen, unter der ausdrücklichen Androhung, dass Säumnis bei der Beweiswürdigung gemäss § 148 ZPO/ZH berücksichtigt werde (act. 139, Dispositiv-Ziffer III/3). Die Berufungsklägerin habe es in der Folge unterlassen, die Protokolle einzureichen, mit dem lapidaren Hinweis, sie seien "in den Gesellschaftsakten leider derzeit nicht auffindbar" (act. 145 S. 1).

c) Im Sinne einer Eventualbegründung führte die Vorinstanz weiter aus, gemäss § 148 ZPO/ZH würdige das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung. Es berücksichtige dabei das Verhalten der Parteien im Prozess, namentlich die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Indem die Berufungsklägerin die Protokolle der Generalversammlung 2003 und 2004 – trotz gerichtlicher Aufforderung und trotz Androhung von Säumnisfolgen – nicht eingereicht und sich nicht einmal die Mühe gegeben habe, eine nachvollziehbare Begründung zu liefern, müsse eine wider Treu und Glauben erfolgende Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung angenommen werden. Das Verhalten der Berufungsklägerin könne nicht anders ausgelegt werden, als dass die in Frage stehende Décharge-Erteilung eben tatsächlich erfolgt sei.

d) Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, sowohl mangels rechtzeitiger Bestreitung als auch mangels Mitwirkung der Berufungsklägerin bei der Beweiserhebung sei davon auszugehen, dass dem Berufungsbeklagten auch für die Jahre 2003 und 2004 die Décharge erteilt worden sei. Die Berufungsklägerin habe damit dem Berufungsbeklagten in Kenntnis der Grundlage der vorliegenden Klage bildenden Tatsachen die Décharge erteilt. Sie sei mit Verantwortlichkeitsansprüchen ausgeschlossen und die Klage sei abzuweisen. Die Vorinstanz stellte weiter fest, die Ausschlusswirkung des Entlastungsbeschlusses – als negativer Schuldanerkennung – erstrecke sich selbstredend auch auf die weiteren von der Berufungsklägerin "der Vollständigkeit halber" (act. 45 Rz. 306) zusätzlich erwähnten Anspruchsgrundlagen (aktienrechtliche Rückerstattungsklage [Art. 678 OR; act. 45 Rz. 442 ff.]; unerlaubte Handlung [Art. 41 ff. OR; act. 45 Rz. 469 ff.]; ungerechtfertigte Bereicherung [Art. 62 ff. OR; act. 45 Rz. 513 ff.]), bezögen sich diese doch auf die gleichen Tatsachen bzw. Vorwürfe.

4. Die Berufungsklägerin rügt in erster Linie, die Vorinstanz habe ihr (und dem Berufungsbeklagten) das rechtliche Gehör verweigert, indem sie zwar einen Beweisaufgabe- und einen Beweisabnahmebeschluss erlassen, aber den Parteien unter Verletzung des § 147 ZPO/ZH keine Möglichkeit gegeben habe, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen, obschon sie im Urteil wesentlich auf die zum Beweissatz II.1. abgenommenen Beweismittel abgestellt habe. Da die Verweigerung der gesetzlich vorgesehenen Stellungnahme zum Beweisergebnis eine gravierende Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle, sei eine Heilung im Berufungsverfahren nicht möglich, weshalb das Urteil aufzuheben und das Verfahren zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (act. 155 S. 7).

Der in § 56 ZPO/ZH bzw. Art. 29 Abs. 2 BV statuierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst den Anspruch auf Stellungnahme zum Beweisergebnis. Der Grundsatz erfährt jedoch insoweit eine Einschränkung, als er nur dann anzuwenden ist, wenn das Gericht ein Beweisverfahren durchführt und auch tatsächlich auf das Beweisergebnis abstellt. Der Anspruch auf Stellungnahme bedeutet zudem nicht, dass die Parteien einen Anspruch darauf hätten, sich zur rechtlichen Würdigung der in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders auszusprechen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 147 ZPO/ZH). Hier hat die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten den Hauptbeweis dafür auferlegt, dass ihm die Berufungsklägerin für die Geschäftsjahre 2003 bis 2004 die Décharge erteilt habe, obschon sie dann im Urteil davon ausging, diese vom Berufungsbeklagten in der Klageantwort aufgestellte Behauptung sei von der Berufungsklägerin nicht in der Replik, sondern erst im Rahmen der Stellungnahme zu Noven in der Duplik und damit prozessual verspätet bestritten worden. Die Berufungsklägerin ging auf die Einrede des Berufungsbeklagten in der Replik nicht substantiiert ein – wie bereits dargelegt – und unterliess es, die fragliche Behauptung zu bestreiten. Sie begnügte sich mit dem Hinweis, "Die rechtlichen Ausführungen des Beklagten 1 [Berufungsbeklagter] werden unter Hinweis auf die rechtlichen Ausführungen unter Rz. (306) ff. der vorliegenden Replik als unzutreffend zurückgewiesen." Es war der Vorinstanz unter prozessualen Gesichtspunkten unbenommen, im Urteil auf ihre in der Beweisaufgabe vertretene Auffassung zurückzukommen und die fragli-

che Behauptung – im Einklang mit der Aktenlage – als unbestritten zu werten, ohne dass sie den Parteien vorgängig hätte hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen müssen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist mithin insoweit nicht ersichtlich. Es ist ohne Belang, weshalb die Vorinstanz über diese Frage zunächst ein Beweisverfahren durchführte. Es kann dem Berufungsbeklagten auch nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, er habe nicht geltend gemacht, seine Behauptung, es sei ihm die Décharge erteilt worden, sei unbestritten geblieben, weshalb darüber kein Beweisverfahren durchzuführen sei. Die prozessuale Sorgfaltspflicht gebot es ihm, hierzu Beweismittel zu bezeichnen. Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, der Berufungsbeklagte habe lediglich behauptet, sie (also die ehemalige C._____ AG) habe ihm die Décharge erteilt. Die Behauptung umfasse nicht ihre Rechtsvorgängerinnen (act. 155 S. 8). Der Berufungsbeklagte entgegnet zu Recht, die Berufungsklägerin unterscheide in ihren Rechtsschriften nicht, welcher Teil der geltend gemachten Auslagen und Spesen bei welcher Konzerngesellschaft oder bei welcher Rechtsvorgängerin entstanden sei (act. 163 S. 11). Die Berufungsklägerin behauptet, der Berufungsbeklagte schulde ihr die eingeklagte Summe. Bei einer Fusion gehen von Gesetzes wegen sämtliche Aktiven und Passiven und somit sämtliche Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft über. Der Berufungsbeklagte konnte sich deshalb mit der Behauptung begnügen, die Berufungsklägerin habe ihm die Décharge erteilt, in der Meinung, dass auch die Rechtsvorgängerinnen umfasst seien.

5. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, vertieft auf die von der Berufungsklägerin gegen die Eventualbegründung der Vorinstanz erhobenen Rügen einzugehen. Immerhin sei festgehalten, dass die Berufungsklägerin die fraglichen Protokolle der verschiedenen Generalversammlungen nicht eingereicht hat, obschon diese von beiden Parteien als Beweis- bzw. Gegenbeweismittel bezeichnet und von der Vorinstanz im Beweisabnahmebeschluss abgenommen worden waren und deshalb von der Berufungsklägerin gestützt auf § 183 ZPO/ZH einzureichen gewesen wären.

6. Das Bundesgericht verwarf sämtliche von der Berufungsklägerin gegen das Urteil der Kammer erhobenen, oben wiedergegebenen Rügen, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf aktienrechtlicher Verantwortung gründenden Klage richteten. So verneinte das Bundesgericht im Urteil vom 5. August 2014 den von der Berufungsklägerin mehrfach erhobenen Willkürvorwurf, eine Verletzung der Begründungspflicht sowie eine Verletzung von Art. 758 OR. Mithin ist die Klage abzuweisen, soweit sie auf aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gründet.

7. Das Bundesgericht prüfte schliesslich die letzte Rüge der Berufungsklägerin, womit sich diese gegen die Abweisung der Klage mit Bezug auf den geltend gemachten Saldo von Fr. 77'085.00 wandte, und erwog, es frage sich, ob die Kammer übertriebene Substantiierungsanforderungen gestellt habe, indem sie verlangt habe, dass die ganze, zum betreffenden Saldo führende Abrechnung, eingeschlossen alle Einzelpositionen, dargelegt werde.

Die Pflicht einer Prozesspartei, ihre Sachdarstellungen zu substantiieren, bedeutet, dass die Partei die Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen hat, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Dabei bestimmt das Bundesrecht, wie weit ein Sachverhalt zu substantiieren ist, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann. Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b; 108 II 337 E. 2b S. 339). Stellt der Richter überhöhte Anforderungen an die Substantiierungslast, indem er detailliertere Tatsachenbehauptungen verlangt als für die Beurteilung des anspruchsbegründenden Sachverhalt nötig ist, verletzt er Art. 8 ZGB (BGE 114 II 289 E. 2a).

Da nicht dargetan sei, dass die Parteien einen Kontokorrentvertrag abgeschlossen hätten und ebenso wenig, dass im Sinne von Art. 117 Abs. 2 OR der Saldo gezogen und anerkannt worden sei, habe die Kammer kein Bundesrecht verletzt, wenn sie gefordert habe, dass die Berufungsklägerin die ganze zum betreffenden Saldo führende Abrechnung darlege. Dies werde von der Berufungsklägerin denn

auch nicht beanstandet. Hingegen sei sie der Auffassung, sie sei dieser Pflicht zur Darlegung der einzelnen Positionen hinreichend nachgekommen. Sie habe Randziffer 713 ihrer erstinstanzlichen Replik zitiert, wo sie Folgendes ausgeführt habe:

"Per 31. Dezember 2002 war das KK des Beklagten 1 ausgeglichen. Der geltend gemachte Saldo resultiert aus einem Barbezug im Betrag von Fr. 14'999.40 am 4. September 2003 und einer Rechnung der H._____-Bar vom 20. November 2003 im Betrag von Fr. 1'659.00. Der Anstieg im Jahr 2004 ist auf die folgenden Transaktionen zurückzuführen, welche allesamt privater Natur waren und deshalb dem Kontokorrent des Beklagten 1 belastet wurden:

Datum	Betrag	Text/Beleg
21.1.04	4'852.05	Cash Bezug Spielbank I._____/...
21.1.04	1'000.00	Cash Bezug Spielbank I._____/...
31.1.04	6'488.40	Belastung Privatgebrauch/...
10.2.04	310.00	Kassenbezug/
11.2.04	10'000.00	F._____/J._____ Nachwuchs/...
17.2.04	28'500.00	K._____ Sport/...
17.2.04	4'469.20	Privatauslagen Visa-Karte/...
21.2.04	4'766.40	Privatauslagen Eurocard/..."

Laut Berufungsklägerin ergäben die aufgeführten Belastungen den geltend gemachten Totalbetrag von Fr. 77'085.00 (recte aber bloss Fr. 77'044.45). Zum Beleg dieser Angaben habe die Berufungsklägerin den Auszug aus ihrer Buchhaltung zum Konto "... KK B._____" eingereicht und ihre Buchhaltungsunterlagen sowie den Zeugenbeweis ihrer Buchhalterin offeriert. Das Bundesgericht befand nun, damit habe die Berufungsklägerin die Substantiierungsanforderungen erfüllt. Diese von der Berufungsklägerin aufgestellten Behauptungen seien genügend bestimmt, so dass eine substantiierte Bestreitung möglich sei und darüber Beweis abgenommen werden könne. Sei aber von hinreichend substantiierten Sachvorbringen auszugehen, müsse über diese Beweis abgenommen werden, sofern sie denn vom Berufungsbeklagten überhaupt substantiiert bestritten worden seien. Das Bundesgericht fügte abschliessend bei, die Kammer habe mit Bezug auf die Forderung von Fr. 77'085.00 zunächst darüber zu befinden, ob die Behauptungen der Berufungsklägerin hinreichend substantiiert bestritten worden seien, so dass darüber ein Beweisverfahren durchzuführen sei.

Nachdem die Berufungsklägerin in der Klagebegründung lediglich ausgeführt hatte, für den Berufungsbeklagten resultiere aus dem Abschluss des Kontokorrents (Konto ...) ein Saldo zu ihren Gunsten im Betrage von Fr. 77'085.00, welcher zurückzuführen sei (act. 2 S. 14 Randziffer 37), und der Berufungsbeklagte in der Klageantwort vorgebracht hatte, es werde bestritten, dass die Kontokorrentbezüge ungerechtfertigt getätigt worden seien, und weiter darauf hingewiesen hatte, die Position sei zu wenig substantiiert (act. 25 S. 20 Randziffer 47), beseitigte die Berufungsklägerin diesen Mangel in der Replik in der oben wiedergegebenen Weise (act. 45 S. 162 Randziffer 713). In der Duplik begnügte sich der Berufungsbeklagte mit einer allgemeinen Bestreitung. Zu den Ausführungen der Berufungsklägerin in den Randziffern 677 - 770 ihrer Replik entgegnete der Berufungsbeklagte lediglich, es werde auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen, die sich indes nirgends auf den geltend gemachten Saldo beziehen, und es würden sämtliche Ausführungen der Berufungsklägerin als unzutreffend zurückgewiesen (act. 58 S. 86 Randziffer 337). Diese generelle Bestreitung genügt den prozessualen Anforderung, die an eine substantiierte Bestreitung gestellt werden, nicht, weshalb die Sachdarstellung der Berufungsklägerin insoweit als unbestritten zu gelten hat. Ein Beweisverfahren ist daher unnötig. Die Berufung ist somit in diesem Punkt gutzuheissen und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 77'085.00 zu bezahlen. Die Berufungsklägerin hat die Zinsforderung nicht begründet, weshalb kein Zins zuzusprechen ist.

8. Nach dem Gesagten ist in teilweiser Gutheissung der Berufung der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 77'085.00 zu bezahlen. Im Mehrbetrag sind Klage und Berufung abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens sind die erstinstanzlichen Kosten zu 96% der Berufungsklägerin sowie zu 4% dem Berufungsbeklagten

aufzuerlegen (§§ 64 und 68 ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt Fr. 2'049'224.70 (act. 156 S. 2, 14, act. 155 S. 2 und act. 163 S. 8), weshalb die Vorinstanz die Gerichtsgebühr gestützt auf § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG in der Fassung vom 4. April 2007 zu Recht auf Fr. 55'000.00 sowie die volle Parteientschädigung gestützt auf § 2 Abs. 2, § 3 Abs. 1 sowie § 6 Abs. 1 lit. b AnwGebV in der Fassung vom 21. Juni 2006 mit Grund auf Fr. 64'000.00 (inklusive 8% Mehrwertsteuer) festgesetzt hat. Nach Kompensation der gegenseitigen Ansprüche sind dem Berufungsbeklagten als Parteientschädigung Fr. 58'880.00 (inklusive 8% Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

2. Im Berufungsverfahren sind die Kosten ausgangsgemäss ebenfalls zu 96% der Berufungsklägerin und zu 4% dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Die Entscheidgebühr richtet sich nach § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 GebV OG. Sie ist auf Fr. 40'000.00 festzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 27'000.00 (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bemessen. Nach Kompensation der gegenseitigen Ansprüche sind dem Berufungsbeklagten als Parteientschädigung Fr. 24'840.00 zuzusprechen. Der Berufungsbeklagte hat auch zweitinstanzlich den Ersatz der Mehrwertsteuer verlangt, weshalb ihm ein solcher zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Berufungsklägerin wird das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 31. Januar 2013 aufgehoben, und es wird der Berufungsbeklagte verpflichtet, der Berufungsklägerin Fr. 77'085.00 zu bezahlen.

Im Übrigen werden Klage und Berufung abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 55'000.00 festgesetzt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 40'000.00 festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten beider Instanzen werden der Berufungsklägerin zu 96%, dem Berufungsbeklagten zu 4% auferlegt.
5. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 58'880.00 (inklusive 8% Mehrwertsteuer) sowie für jenes der Berufungsinstanz eine solche von Fr. 24'840.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'049'224.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

MLaw D. Weil

versandt am: