

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB190003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

## **Beschluss vom 8. April 2019**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG in Liquidation,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **aktienrechtliche Verantwortlichkeit / Schadenersatz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Dezember 2018 (CG150016-F)**

**Erwägungen:**

1. a) Am 9. Dezember 1999 reichten C.\_\_\_\_\_ (ehemals Kläger 1) und D.\_\_\_\_\_ (ehemals Kläger 2) Klage gegen E.\_\_\_\_\_ (ehemals Beklagter 1), Verwaltungsrat der am tt.mm.1998 in Konkurs geratenen und am tt.mm.1999 gelöschten F.\_\_\_\_\_ AG, sowie gegen die G.\_\_\_\_\_ -Gesellschaft Zürich (ehemals Beklagte 2 und heutige Beklagte und Berufungsbeklagte), Revisionsgesellschaft der F.\_\_\_\_\_ AG, ein. Gegenstand der Klage bildeten Verantwortlichkeitsansprüche, die von der Konkursmasse im Sinne von Art. 260 SchKG unter anderem an die ehemaligen Kläger C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ abgetreten worden waren. Mit Teil-Urteil vom 27. August 2008 der Vorinstanz wurde das Verfahren mit Bezug auf den Beklagten E.\_\_\_\_\_ erledigt. Den dagegen erhobenen Rechtsmitteln war kein Erfolg beschieden, so dass das gegenüber dem Beklagten 1 eingeleitete Verfahren Anfang 2011 rechtskräftig abgeschlossen wurde. Am tt.mm.2011 verstarb D.\_\_\_\_\_. An seiner Stelle trat A.\_\_\_\_\_ als Alleinerbin und Willensvollstreckerin (heutige Klägerin und Berufungsklägerin) in den Prozess ein. Nur kurze Zeit später verstarb auch C.\_\_\_\_\_. Dessen Rechtsnachfolger zog die Klage am 1. Oktober 2013 zurück, weshalb mit Beschluss vom 10. April 2014 der Prozess betreffend den Kläger 1 als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben wurde. Seither hat die Rechtsnachfolgerin des verstorbenen Klägers 2, die aktuelle Klägerin, den Prozess alleine weitergeführt. Bezüglich des Prozessverlaufs ist im Detail auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 398 = Urk. 404 S. 2 ff.). Am 5. Dezember 2018 erliess das Bezirksgericht Horgen, III. Abteilung (fortan Vorinstanz) folgenden Entscheid (Urk. 404 S. 36 f.):

**Es wird beschlossen:**

1. Das Protokoll wird auf Seite 19 (Einvernahme Zeuge H.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 2018) wie folgt berichtigt: *„Das hat letztendlich auch dazu geführt, dass wir im Herbst 1997 als Revisionsstelle zurückgetreten sind.“*

2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Klägerin die Klage im Umfang von Fr. 1'125'000.- nebst Zins zu 5% seit 29. Juni 1999 zurückgezogen hat.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im nachfolgenden Urteil geregelt.
4. Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
  2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 33'635.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 17'750.00 Gutachten ...  
Fr. 1'902.20 Entschädigung Gutachter I. \_\_\_\_\_  
Fr. 130.00 Zeugenentschädigung
  3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt. Die von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüsse von Fr. 30'800.- werden mit den Gerichtskosten verrechnet.
  4. Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens LB040112 (Beschluss vom 17. April 2007, S. 25) werden der Klägerin zur Hälfte (Fr. 10'694.50) auferlegt.
  5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das bezirksgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 52'680.- zu bezahlen.
  6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das obergerichtliche Verfahren LB040112 eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 10'000.- zu bezahlen.
  7. [Schriftliche Mitteilung.]
  8. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 30 Tage.]
- b) Gegen dieses ihr am 21. Dezember 2018 zugestellte Urteil (Urk. 399/1) erhob die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) am 18. Januar 2019 fristgerecht Berufung mit folgendem Antrag (Urk 403 S. 2):

"Das Urteil (gemäss Beilage 1) sei aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, um (Hauptantrag), eine Schadensberechnung durchzuführen (Eventualantrag), der Klägerin Gelegenheit zu geben, zu act. 397 Stellung zu nehmen.

Alles unter Kosten und Entschädigung zulasten der Beklagten."

c) Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 5. Dezember 2018 und wurde den Parteien am 20. bzw. 21. Dezember 2018 schriftlich eröffnet (Urk. 399/1 und /2). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden (vgl. Urk. 404 S. 8).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Klage scheitere schon deshalb, weil der Klägerin der Nachweis nicht gelungen sei, dass eine offensichtliche Überschuldung der in Konkurs geratenen F. \_\_\_\_\_ AG vorgelegen habe. Damit habe es für die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) weder einen Anlass noch eine Verpflichtung gegeben, gestützt auf die Prüfung der Jahresbilanz 1995 vom damaligen Verwaltungsrat der F. \_\_\_\_\_ AG zu fordern, dass er den Konkursrichter benachrichtige oder eine Zwischenbilanz erstelle. Dies gelte auch für die weiteren Jahresbilanzen bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung am 18. März 1998. Entsprechend sei die Beklagte auch selber zu keiner Zeit verpflichtet gewesen, den Konkursrichter zu benachrichtigen. Es könne der Beklagten keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Demzufolge erübrige es sich, weiter abzuklären, ob tatsächlich und allenfalls ein wie hoher Schaden dadurch entstanden sei, dass der Konkurs aufgrund der Konkursanmeldung durch den Verwaltungsrat

der F.\_\_\_\_\_ AG erst am 18. März 1998 eröffnet worden sei. Die Beklagte müsste für einen allfälligen Schaden mangels Pflichtverletzung ohnehin nicht einstehen (Urk. 404 S. 31 f.).

b) Die Klägerin macht mit der Berufung im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Pflichtverletzung der Beklagten verneint und daher den Schaden nicht weiter abgeklärt (Urk. 403 S. 3 f.). Aus Berufungsantrag und -begründung ergibt sich, dass die Klägerin mit ihrer Berufung erreichen will, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit diese ihr einerseits das rechtliche Gehör mit Bezug auf die Stellungnahme der Beklagten zum Beweisergebnis vom 23. April 2018 gewährt und andererseits eine Schadensberechnung durchführt bzw. in der Sache neu entscheidet.

c) Die Berufung ist ein reformatorisches und vollständiges Rechtsmittel. Im Berufungsverfahren sind daher in aller Regel bestimmte Rechtsbegehren in der Sache zu stellen, und zwar so, dass diese Anträge zum Dispositiv des zweitinstanzlichen Urteils erhoben werden könnten. Auf Berufung hin bestätigt die Berufungsinstanz das angefochtene Urteil oder entscheidet neu; eine Rückweisung hat die Ausnahme zu bleiben (BGE 137 III 617 E. 4.3; ZK-REETZ/THEILER, Art. 311 ZPO N 34; BK-STERCHI, Art. 311 ZPO, N 14 f.; DIKE-HUNGERBÜHLER/BUCHER, Art. 311 ZPO N 16; ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, Art. 311 ZPO N 60; SEILER, Die Berufung nach ZPO, Rz. 875 ff.). Nur in Ausnahmefällen, nämlich wenn ein Entscheid in der Sache von vornherein nicht möglich ist, vermag ein blosser Rückweisungsantrag zu genügen. Das trifft etwa dann zu, wenn ein erstinstanzlicher Nichteintretensentscheid angefochten wird, der ergangen ist, ohne dass zuvor ein ordnungsgemässes Verfahren durchgeführt worden wäre (DIKE-HUNGERBÜHLER/BUCHER, Art. 311 ZPO N 20 f.).

d) Im vorliegenden Fall hat die Klägerin keinen materiell-rechtlichen Antrag gestellt, sondern verlangt mit der Berufung ausschliesslich die Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Fällung eines neuen Entscheids in der Sache. Ein solcher Antrag genügt nach dem vorstehend Ausgeführten den gesetzlichen Anforderungen an einen Berufungsantrag nicht, wurde doch das erstinstanzliche Verfahren vollständig durchgeführt. Zwar rügt die Klägerin auch eine Verletzung des

rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz. So wurde ihr die Stellungnahme der Beklagten zum Beweisergebnis vom 23. April 2018 (Urk. 397) erst mit dem Endentscheid vom 5. Dezember 2018 zugestellt (Urk. 404 S. 37), so dass sie sich im vorinstanzlichen Verfahren dazu nicht mehr äussern konnte. Diesbezüglich gilt jedoch Folgendes festzuhalten: Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung an sich ungeachtet der materiellen Begründetheit zur Gutheissung des Rechtsmittels und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann jedoch ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem der Anhörung gleichgestellten Interesse der Gegenpartei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Aber selbst ohne Heilung der Gehörsverletzung kann zur Verhinderung eines Leerlaufes von einer Rückweisung abgesehen werden, wenn an der Rückweisung kein schützenswertes Interesse besteht. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Partei, deren Gehör verletzt wurde, nicht darlegt, dass sie in den Punkten, in denen ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde, bei Gewährung desselben überhaupt Ausführungen hätte machen können, die zufolge der Verletzung nicht berücksichtigt werden konnten (BGer 4A\_27/2018 vom 3. Januar 2019, E. 3.2.4.; BGer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017, E. 4.2.1. ff.; BGer 5D\_8/2016 vom 3. Juni 2016, E. 2.3.). Vorliegend erhielt die Klägerin die Stellungnahme der Beklagten zum Beweisergebnis vom 23. April 2018 (Urk. 397) zusammen mit dem Endentscheid und hätte entsprechend auf dem Berufungsweg umfassend dazu Stellung nehmen und sämtliche Einwände dagegen vortragen können, welche die hiesige Kammer in freier Kognition hätte prüfen können (Art. 310 ZPO). Jedoch hat sich die Klägerin in ihrer Berufung weder eingehend mit der Stellungnahme vom 23. April 2018 auseinandergesetzt bzw. dazu Stellung genommen, noch hat sie aufgezeigt, inwiefern sich die Verletzung des rechtlichen Gehörs für sie nachteilig ausgewirkt hat. Die pauschale Behauptung, die Beklagte habe mit ihrer Stellung-

nahme zum Beweisergebnis die Richtigkeit klägerischer Rügen bestätigt, worauf die Klägerin habe hinweisen wollen (Urk. 403 S. 3), vermag diesbezüglich nicht zu genügen. Hinzu kommt, dass die sogenannten Schlussvorträge den Parteien in erster Linie Gelegenheit geben, die Beweise zu würdigen, rechtliche Erörterungen vorzutragen und zu den daraus fließenden Rechtsfolgen zu plädieren. Das Gericht soll nach abgeschlossener Behauptungsphase sowie nach der Beweisabnahme und vor der anschliessenden Urteilsberatung vom eigenen Standpunkt überzeugt werden (ZK ZPO - Leuenberger, Art. 232 N 1; Frank/ Sträuli/Messmer, § 147 ZPO/ZH N 6). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Rahmen der Schlussvorträge nur noch beschränkt zulässig (vgl. § 115 und 138 ZPO/ZH). Entsprechend liegt keine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, so dass eine Heilung im Berufungsverfahren ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Eine Rückweisung an die Vorinstanz hätte einen prozessualen Leerlauf zur Folge.

e) Zusammengefasst ist damit festzuhalten, dass die Berufungsinstanz das rechtliche Gehör hätte heilen und die Streitsache materiell beurteilen können, was jedoch angesichts des auf blosser Rückweisung gerichteten Berufungsantrages nicht möglich ist. Da der Berufungsantrag der Klägerin lediglich prozessualer Art ist, genügt er nicht, und es ist auf die Berufung nicht einzutreten.

3. a) Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt Fr. 1'125'000.– (Urk. 404 S. 32). Gemäss § 4 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 8'000.– festzusetzen.

b) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 403 und Urk. 406/2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 1'125'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:  
sf