



Kass.-Nr. AA040154/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Roland Götte

## Zirkulationsbeschluss vom 27. April 2005

in Sachen

1. A.,
2. B.,
3. C.,
4. .....,
5. .....,

Beklagte, Rekurrenten und Beschwerdeführer

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. V.

gegen

1. D.,
2. .....,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. W.

betreffend

**Kaution**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2004 (LN030096/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Hintergrund der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde bildet ein Forderungsprozess, in welchem D. (Beschwerdegegnerin) von der X.-AG die Bezahlung von Fr. 433'492.85 verlangt hatte, und in dessen Verlauf die beklagte Gesellschaft in Konkurs gefallen war. Im Konkursverfahren wurde besagte Forderung inklusive der mittlerweile aufgelaufenen Zinsen von Fr. 55'855.02 zwar rechtskräftig kolloziert, doch kam die Beschwerdegegnerin mangels bedeutsamer Aktiven vollständig zu Verlust. Mit Abtretungsurkunde vom 24. Oktober 1997 liess sich die Beschwerdegegnerin schliesslich allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Gründern sowie den mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Revision der X.-AG betrauten oder beauftragten Personen nach Art. 260 SchKG abtreten (KG act. 1 S. 2/3 [Rz. 1-3]; act. 2 S. 13).

2. In der Folge gelangte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 6. Januar 1999 ans Bezirksgericht Affoltern und machte aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit eine Forderung von knapp Fr. 490'000.-- nebst Zinsen geltend. Eingeklagt waren - unter solidarischer Haftbarkeit - A., B. und C. (Beschwerdeführer 1-3) als Gründer und Verwaltungsräte bzw. Geschäftsleiter der X.-AG sowie zwei weitere Personen in deren Eigenschaft als faktisches Organ bzw. Revisionsstelle (BG act. 3). Mit Beschluss vom 15. Januar 2001 wurde der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (BG act. 114).

In ihrer Eingabe vom 30. August 2002 machten die Beschwerdeführer 1-3 geltend, der Beschwerdeführer 1 habe gegenüber der Beschwerdegegnerin einen Pfändungsverlustschein der Y.-Bank in der Höhe von Fr. 223'177.-- erworben, in dessen Umfang Verrechnung erklärt werde. Weil die Klage der Beschwerdegegnerin somit in jedem Fall zu 45% aussichtslos geworden sei, bestehe in diesem Umfang kein Anspruch auf die Gewährung des Armenrechts, so dass die

Beschwerdegegnerin zu kautionieren sei. Dieser Antrag wurde mit bezirksgerichtlichem Beschluss vom 18. September 2002 abgewiesen (BG act. 202).

3. Soweit die Beschwerdeführer 1-3 in ihrem gegen diesen Beschluss ergriffenen Rekurs vom 30. September 2002 an der Kautionierung der Beschwerdegegnerin festhielten (OG-Nr. LN020077 act. 2; künftig: OG I), wurde dieser mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 4. März 2003 abgewiesen (OG I act. 19).

4. Die gegen diesen Rekursentscheid ergriffene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht mit Beschluss vom 8. Dezember 2003 gutgeheissen, und es wurde die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückgewiesen (OG-Nr. LN030096 act. 2; künftig: OG II).

5. Nachdem die Beschwerdegegnerin ihre gegen obgenannten kassationsgerichtlichen Entscheid ergriffene staatsrechtliche Beschwerde zurückgezogen hatte, wurde der Rekurs der Beschwerdeführer 1-3 vom Obergericht mit Beschluss vom 25. August 2004 erneut abgewiesen (OG II act. 23 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

6. Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde vom 29. September 2004 verlangen die Beschwerdeführer 1-3 wiederum die Aufhebung des obergerichtlichen Rekursentscheides (KG act. 1 S. 2).

Die mit Präsidialverfügung vom 4. Oktober 2004 (KG act. 7) auferlegte Kaution von Fr. 4'000.-- wurde fristgerecht geleistet (KG act. 11, 12).

Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 9), beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (KG act. 13 S. 2).

## II.

1. Das Obergericht hielt im angefochtenen Entscheid zunächst fest, dass die unentgeltliche Prozessführung/Prozessverbeiständung entgegen der An-

sicht der Erinstanz durchaus mit Wirkung "ex nunc" entzogen werden könne, wenn sich die Weiterführung des Prozesses als aussichtslos erweise (KG act. 2 S. 6/7 [Ziff. 4.1]).

Hinsichtlich des von den Beschwerdeführern im Rekursverfahren vorgebrachten Argumentes, die Klage der Beschwerdegegnerin sei aufgrund der Verrechnungsmöglichkeit zumindest teilweise aussichtslos geworden, zog es vorab in Erwägung, dass die von der Beschwerdegegnerin erhobenen Einwände gegen den Bestand der Forderung aus Pfändungsverlustschein wenig stichhaltig seien; es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer 1 zum neuen Gläubiger der Beschwerdegegnerin geworden sei (KG act. 2 S. 14-18 [Ziff. 4.2/b/bc]).

Das Obergericht hielt jedoch fest, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Verantwortlichkeitsklage keinen unmittelbar erlittenen Schaden geltend mache, welchen sie unabhängig vom Vorgehen der Konkursorgane und auch ausserhalb des Konkurses hätte einklagen können. Vielmehr betreffe ihre Klage den mittelbaren Schaden, welchen sie erlitten habe, indem ihre Forderung aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der X.-AG nicht mehr gedeckt gewesen sei. Hinsichtlich eines solchen indirekten Schadens komme den Gläubigern erst im Konkursfall ein Klagerecht zu, und auch nur dann, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verzichte. Nach der neueren, mehrfach bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichtes werde nicht mehr zwischen einem Anspruch aus dem Schaden der Gesellschaft und einem solchen aus dem mittelbaren Schaden der Gläubiger unterschieden - beide Male handle es sich um eine Klage aus dem Recht der Gläubigergesamtheit. Dem gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR klagenden Abtretungsgläubiger sei es somit freigestellt, den gesamten Gesellschaftsschaden einzuklagen oder lediglich Klage im Umfang seiner eigenen rechtskräftig kollozierten Forderung zu erheben, womit der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Klage augenscheinlich die gleichen Ausstände wie schon gegenüber der X.-AG geltend mache, keine Auswirkungen auf die Rechtsnatur der Klage habe (KG act. 2 S. 19/20).

Nachdem die Beschwerdegegnerin aus dem Recht der Gläubigergesamtheit klage, könnten ihr mangels Gegenseitigkeit keine persönlichen Einreden

entgegengehalten werden, so dass der Beschwerdeführer 1 nicht verrechnen könne. Bei dieser Ausgangslage könne offenbleiben, ob die Verrechnungserklärung überhaupt für alle Beschwerdeführer Wirkung zeitige. Aus diesen Gründen seien die Erfolgsaussichten der vorliegenden Verantwortlichkeitsklage im Zuge einer vorläufigen Beurteilung nicht als (teilweise) aussichtslos einzustufen (KG act. 2 S. 21/22).

2. Die Beschwerdeführer bringen zunächst vor, dass die Annahme des Obergerichtes, wonach die Beschwerdegegnerin einen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend mache, insofern auf einer aktenwidrigen und willkürlichen Interpretation des Klagebegehrens basiere, als die Beschwerdegegnerin lediglich den selbst erlittenen Schaden, und nicht etwa einen solchen der X.-AG oder der Gläubigergesamtheit geltend mache. Es sei nicht nachvollziehbar, was das Obergericht in diesem Zusammenhang aus einigen Entscheiden des Bundesgerichtes, in welchen der Schaden der Gesellschaft in einen solchen einer nicht näher definierten "Gläubigergesamtheit" umgedeutet worden sei, ableiten wolle. Diese Umdeutung widerspreche ohnehin dem Wortlaut des Gesetzes (in der Marginale zu Art. 756 OR sei vom Schaden der Gesellschaft und nicht etwa von demjenigen der Gläubigergesamtheit die Rede) und werde von der Lehre denn auch einhellig verworfen. Soweit dieser Umdeutung die Prämisse zugrundeliege, der Schaden der Gesellschaft sei mit demjenigen aller Gläubiger "deckungsgleich", entspreche dies insofern nicht der Realität, als unzählige Fälle denkbar seien, in welchen die Gesellschaft, nicht aber die Gläubiger zu Schaden kommen würden und umgekehrt (KG act. 1 S. 8-11 [Rz. 16-20]).

Das Obergericht habe sodann nicht berücksichtigt, dass bei der Beurteilung des Armenrechtsgesuches eines Prozessstandschafters stets auf dessen Person und nicht etwa auf die dahinter stehenden Anspruchsberechtigten abzustellen sei. Es sei nun nicht einzusehen, weshalb die Beschwerdegegnerin die für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung erforderliche Mittellosigkeit mit den eigenen persönlichen Verhältnissen begründen könne, während sie gleichzeitig bei der Frage der Prozessaussichten persönliche Verrechnungseinreden mit der Begründung ausschliessen könne, es handle sich gar nicht um einen

eigenen, sondern um einen fremden Anspruch (KG act. 1 S. 11/12 [Rz. 21]). Nicht oder nur ungenügend berücksichtigt habe das Obergericht sodann den Umstand, dass die Beschwerdegegnerin spätestens im Zeitpunkt eines allfälligen Urteils von der "Geltendmacherin" zur Trägerin der eingeklagten Forderung mutiere; dannzumal werde sie die Gegenseitigkeit nicht mehr bestreiten können. Damit erscheine die Klage als aussichtslos, denn eine vermögende Partei würde ein Verfahren in Prozessstandschaft vernünftigerweise nicht führen, wenn die Forderung spätestens bei Erlass des Urteils mittels einer Verrechnungserklärung getilgt werden könne (KG act. 1 S. 12/13 [Rz. 22 und 23]).

3.1 Die Beschwerdeführer werfen dem Obergericht mit ihren Ausführungen vor, es habe die Prozessaussichten falsch beurteilt, indem es die Verrechnungsmöglichkeit zu Unrecht verneint habe; damit rügen sie sinngemäss eine Falschanwendung der Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung/Prozessverbeiständung (§§ 84 ff. ZPO), mithin die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 24 zu § 281 Ziff. 1 ZPO). Dem Kassationsgericht kommt bei der Prüfung dieser Rüge freie Kognition zu; dies gilt auch hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen oder des vorfrageweise zu prüfenden materiellen Rechts (RB 1987 Nr. 46; RB 1990 Nr. 65).

3.2 Wird einem Gesellschaftsgläubiger von einer der in Art. 752 ff. OR genannten Personen ein direkter, unmittelbarer Schaden zugefügt, so entsteht ein individueller Anspruch, welchen der Gläubiger gegenüber der betreffenden Person jederzeit, d.h. auch ausserhalb eines allfälligen Konkursverfahrens, selbständig einklagen kann. Anders verhält es sich, wenn durch pflichtwidriges Verhalten der genannten Personen primär die Gesellschaft geschädigt wird, denn in diesem Fall kommt dem (aufgrund des Bonitätsverlustes der Gesellschaft lediglich mittelbar geschädigten) Gläubiger überhaupt kein Klagerecht zu, solange die Gesellschaft aufrecht steht (zur Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden vgl. Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 12 ff.; BGE 125 III 86 E. 3.a). Der mittelbar geschädigte Gläubiger

kann die Verantwortlichkeitsansprüche nur dann einklagen, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung derselben verzichtet und ihm diese abtritt. In früheren Entscheiden folgte das Bundesgericht der Theorie der Doppelnatur des Gläubigeranspruchs, indem es die Auffassung vertrat, der Abtretungsgläubiger mache gestützt auf Art. 260 SchKG die Ansprüche der Gesellschaft als Prozessstandschafter geltend, und klage ausserdem nach Art. 756 Abs. 2 aOR aus eigenem Recht (BGE 111 II 182; vgl. Widmer/Banz, in: BSK OR II, 2. A., Basel 2002, N 4 zu Art. 757 OR). Diese Ansicht wurde in BGE 117 II 432 verworfen; seit diesem Entscheid geht das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung davon aus, dass der Abtretungsgläubiger sowohl hinsichtlich des Schadens der Gesellschaft als auch hinsichtlich des eigenen mittelbaren Schadens (einzig) aus dem Recht der sog. Gläubigergesamtheit klage (vgl. etwa BGE 122 III 176 E. 7/a oder BGE 128 III 180 E. 2/c). Nach der so verstandenen Rechtsnatur der Klage können dem Abtretungsgläubiger mangels Gegenseitigkeit weder Einreden gegenüber der Gesellschaft noch persönliche Einreden entgegengehalten werden (so ausdrücklich BGE 117 II 432 E. 1/b/gg). Dieser Umstand wird von verschiedener Seite als unbefriedigend empfunden; soweit vor diesem Hintergrund die Ansicht vertreten wird, gewisse Einreden gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber dem klagenden Gläubiger seien auch unter der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich (vgl. dazu Widmer/Banz, a.a.O., N 14 und 28 zu Art. 757 OR; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 18 N 297 f., je mit Hinweisen), ist dies allerdings abzulehnen: In konsequenter Anwendung der aktuellen bundesgerichtlichen Praxis bleibt für solche Einreden kein Raum mehr; wer diese Einreden dennoch - auch nur teilweise - zulassen will, verlangt letzten Endes eine Rückkehr zum früheren Modell (bei welchem eben nicht von einem Anspruch der Gläubigergesamtheit, sondern von Ansprüchen der Gesellschaft und solchen des Gläubigers ausgegangen wurde).

3.3 Der Vorwurf, wonach das Obergericht aufgrund einer willkürlichen oder aktenwidrigen Fehlinterpretation des Rechtsbegehrens fälschlicherweise von einem Anspruch der Gläubigergesamtheit ausgehe, geht insofern am angefochtenen Entscheid vorbei, als die Vorinstanz durchaus erkannt hat, dass die Beschwerdegegnerin mit der vorliegenden Verantwortlichkeitsklage nicht etwa den

"Gesamtschaden" der Gesellschaft, sondern lediglich den selbst erlittenen, mittelbaren Schaden einfordern will (vgl. KG act. 2 S. 19/20). Soweit die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerdeschrift weniger die vorinstanzliche Interpretation des Klagebegehrens, sondern die Rechtsauffassung betreffend die Rechtsnatur der Klage in Frage stellen wollen, erweist sich die Rüge als unbegründet:

Als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO sind nach gefestigter Lehre und Praxis solche Rechtsbegehren zu betrachten, bei denen die Gewinnaussichten erheblich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dabei wird massgeblich auf die hypothetische Frage abgestellt, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zum betreffenden Prozess entschliessen oder davon absehen würde (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 11 N 68 f.; Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 2/95, S. 181 f.; BGE 128 I 236; 125 II 275; 124 I 306; 122 I 171; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29). In diesem Sinne dürfen Rechtsbegehren dann nicht als aussichtslos betrachtet werden, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder wenn Erstere nur wenig geringer sind als Letztere (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; Kley-Struller, a.a.O., S. 182; BGE 128 I 236; 125 II 275; 124 I 306; 122 I 271).

Der Standpunkt der Beschwerdegegnerin, wonach eine Verrechnung mangels Gegenseitigkeit ausgeschlossen sei (KG act. 2 S. 9 [Ziff.4.2/b]), entspricht gemäss den Ausführungen unter Ziff. 3.2 konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung, und kann damit keineswegs als aussichtslos im obigen Sinne bezeichnet werden. Daran vermag der Umstand, dass die Auffassung des Bundesgerichtes zum Teil auf starke Ablehnung gestossen ist (vgl. etwa Kunz, Zur doppelten Klagegrundlage des Gläubigers bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: SJZ 90 [1994] S. 5 ff.), nichts zu ändern, zumal auch kritische Stimmen im Interesse der Rechtssicherheit bzw. aufgrund praktischer Vorzüge für eine Beibehaltung dieser Praxis plädieren (so etwa Widmer/Banz, a.a.O., N 12 zu Art. 757 OR; Böckli, a.a.O., § 18 N 298). Sodann ist nicht einzusehen, weshalb

der nach dieser Rechtsprechung aus dem Recht der Gläubigergesamtheit abgeleitete Verantwortlichkeitsanspruch im Zeitpunkt seiner gerichtlichen Feststellung, d.h. bei allfälliger Gutheissung der Klage, zu einem individuellen Anspruch des Abtretungsgläubigers mutieren sollte, wie dies die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerdeschrift auf S. 12 Rz. 22 behaupten. In konsequenter Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre auch in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren noch immer von einem Anspruch der Gläubigergesamtheit auszugehen, so dass die beabsichtigte verrechnungsweise Tilgung auch dannzumal nicht möglich wäre. Auch in dieser Hinsicht kann die Klage der Beschwerdegegnerin nicht als (teilweise) aussichtslos bezeichnet werden.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Nichtigkeitsverfahrens den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Gleichzeitig sind sie zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin eine angemessene Entschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 2 i.V.m. § 89 Abs. 1 § ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'300.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 241.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Die Beschwerdeführer werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- (inkl. MwSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: