



Kass.-Nr. AA050008/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 7. Oktober 2005

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von ...,

.....,

Kläger, Appellat und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. E.F. in G.

gegen

H. AG (vormals J. AG),

.....,

Zustelladresse: Herausgeberin M., in G.,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt N.O. in G.

betreffend **Verletzung in der Persönlichkeit**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2004 (LB020083/U1)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Jahr 1995 hatte der Kläger gegen die Beklagte eine Schadenersatzklage anhängig gemacht und die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 2'612'367.-- nebst 5% Zins seit 30. August 1993 verlangt. Dem Schadenersatzverfahren liegt ein Verfahren betreffend Persönlichkeitsverletzung zu Grunde, welches der Kläger wegen eines in der Zeitschrift "P." im Jahr 1990 erschienen Artikels geführt hatte. Das Schadenersatzverfahren war bis zur rechtskräftigen Erledigung der Feststellungsklage betreffend Verletzung der Persönlichkeit sistiert und am 4. November 1997 wieder aufgenommen worden. Ein erstes Urteil des Bezirksgerichts Q. vom 23. Dezember 1999 auf Abweisung der Schadenersatzklage hob das Obergericht mit Rückweisungsbeschluss vom 18. Juni 2001 wieder auf. Mit Urteil vom 31. Oktober 2002 verpflichtete das Bezirksgericht Q., I. Abteilung, die Beklagte, dem Kläger Fr. 1'300'000.-- nebst 5% Zins seit 1. Januar 1994 zu bezahlen und wies die Klage im Mehrbetrag ab; die Kosten des Verfahrens wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und keine Prozessentschädigungen zugesprochen (OG act. 254).

2. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich. Mit Beschluss vom 23. Januar 2004 nahm das Obergericht davon Vormerk, dass die Abweisung der Klage in dem Fr. 1'300'000.-- nebst 5% Zins übersteigenden Betrag in Rechtskraft erwachsen sei. Mit Urteil ebenfalls vom 23. Januar 2004 wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 750'000.-- nebst 5% Zins ab 1. Januar 1994 zu bezahlen; im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden – inklusive jene des ersten Berufungsverfahrens – dem Kläger zu 7/10 und der Beklagten zu 3/10 auferlegt. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wurden dem Kläger zu 1/3 und der Beklagten zu 2/3 auferlegt und der Kläger verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 38'800.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (OG act. 281). Dieses Urteil hob das Bundesge-

richt mit Urteil vom 2. September 2004 auf und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 1'120'000.-- nebst 5% Zins seit 1. Januar 1994 zu bezahlen. Die Sache wurde zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an das Obergericht zurückgewiesen (OG act. 289). Mit Beschluss vom 2. Dezember 2004 hat die II. Zivilkammer des Obergerichts sodann die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren, inklusive derjenigen des ersten Berufungsverfahrens dem Kläger zu 4/7 und der Beklagten zu 3/7 auferlegt (Disp.-Ziff. 2); die Kosten des vorliegenden (zweiten) Berufungsverfahrens wurden dem Kläger zu 1/7 und der Beklagten zu 6/7 auferlegt (Disp.-Ziff. 4). Weiter wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 2'257.-- zuzüglich Fr. 171.55 (7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Disp.-Ziff. 5; OG act. 290 = KG act. 2).

3. Gegen diesen letzteren Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 2. Dezember 2004 richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers und Beschwerdeführers (nachfolgend: Beschwerdeführer), mit welcher er die Aufhebung von Disp.-Ziff. 2, 3, 4 und 5 und die Neufestlegung der Kostenfolgen und Prozessentschädigung entsprechend der nachfolgenden Begründung beantragte (KG act. 1). Die ebenfalls verlangte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 21. Januar 2005 verliehen (KG act. 4). Die vom Beschwerdeführer verlangte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 8'000.-- ging innert Frist ein (KG act. 9). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 8). Die Beklagte und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) beantragte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers (KG act. 11).

II.

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung verletze klares materielles Recht, indem einerseits nicht

§ 64 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit § 68 ZPO angewendet worden sei und andererseits von einem zu hohen Streitwert von Fr. 2'612'367.-- ausgegangen worden sei, obwohl er anlässlich der erstinstanzlichen Replik vom 23. Februar 1998 und fortan nur noch einen Schadenersatzanspruch von Fr. 2'054'143.-- geltend gemacht habe. Sodann seien auch im Fall der Anwendung von § 64 Abs. 2 ZPO die Kostenaufteilung und die zugesprochene Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'257.-- willkürlich (KG act. 1).

2. Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung u.a. im Zusammenhang mit der Berechnung der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche angefochten wird. Mit hin kommt im Zusammenhang mit der Regelung der Nebenfolgen der Kassationsinstanz auch hinsichtlich der Berechnung des Streitwertes nur eine (auf die Verletzung klaren Rechts) beschränkte Kognition zu (RB 1988 Nr. 40).

3.1 Der Beschwerdeführer beanstandet mit seiner Beschwerde, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem erstinstanzlich im Streit stehenden Betrag von Fr. 2'612'367.-- ausgegangen. Er habe zu Beginn des Forderungsprozesses, am 31. Mai 1995, als der Schaden noch schwer abzuschätzen gewesen sei, diesen auf jenen Betrag geschätzt. Anlässlich der Erstattung der Replik vom 23. Februar 1998 (BG act. 31, S. 14) habe er seine Schadensberechnung korrigiert und lediglich noch Fr. 2'054'143.-- geltend gemacht; die vorbehaltene allfällige neue Berechnung sei sodann nie in Anspruch genommen worden. Dass später wieder vom Betrag von Fr. 2'612'367.-- ausgegangen worden sei, beruhe auf einem Versehen aller Prozessbeteiligten (KG act. 1, Ziff. 6, S. 5).

3.2 Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, es sei erstinstanzlich von einem Streitwert von Fr. 2'612'367.-- auszugehen, wie es die erste Instanz in ihrem Entscheid gestützt auf den Rückweisungsbeschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 18. Juni 2001 getan habe. Es sei auf die dortigen Erwägungen, an welche die Kammer gebunden und an denen festzuhalten sei, zu verweisen (§ 161 GVG; KG act. 2, Erw. 2, S. 2). Im erwähnten Rückweisungsbeschluss erwog die II. Zivilkammer des Obergerichts, es liege entgegen der ersten Instanz kein "reduziertes Rechtsbegehren gemäss Klagerplik vom 23. Februar 1998", welches auf Bezahlung von Fr. 2'054'143.-- gehe, vor, denn der Kläger (= Beschwerdeführer) habe replicando vielmehr ausdrücklich "am Klagebegehren vollumfänglich" festgehalten (BG act. 31 S. 2), aber den Schaden vom 1. November 1990 bis 31. Dezember 1997 konkret berechnet, anstatt nur bis zum Zeitpunkt seines Eintrittes bei der R. Bank (unter Hinweis auf BG act. 2 S. 8). Auf einen Teil des eingeklagten Gesamtschadens habe der Beschwerdeführer nicht verzichtet, auch nicht im Berufungsverfahren, was deutlich zum Ausdruck komme, wenn der Beschwerdeführer in seiner Berufungsschrift erneut auf die als Schaden bis Ende 1997 konkret berechneten Fr. 2'054'143.-- verweise und anschliessend festhalte, dass ein Schaden von jährlich Fr. 174'500.-- über das Jahr 1997 hinaus bis zu seinem Pensionsalter von 65 Jahren bestehen bleibe (OG act. 216 S. 19 i.V.m. BG act. 2 S. 10).

3.3 Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführer erscheint damit klar, dass die Vorinstanz nicht auf Grund eines "offensichtlichen Versehens" im weiteren Prozessverlauf von einem erstinstanzlich im Streit stehenden Betrag von Fr. 2'612'367.-- ausgegangen ist, anstelle des in der Replik genannten Betrags von Fr. 2'054'143.--. Mit der Begründung der Vorinstanz – welche nicht in erkennbarer Weise gegen klares materielles Recht verstösst – setzt sich der Beschwerdeführer sodann in keiner Weise auseinander. Diese Rüge ist daher abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.

4.1 Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Kostenaufgabe gemäss § 64 Abs. 2 ZPO ausgegangen und habe die Kosten (und entsprechend die Prozessentschädigung) nicht

gemäss § 64 Abs. 3 ZPO geregelt. Er sei der Meinung, dass die genaue Bezifferung seines Schadens zu Prozessbeginn wegen der hypothetischen Komponenten nicht möglich und auch nicht zumutbar gewesen sei, dass er angesichts des Verhaltens der Beschwerdegegnerin, welche eine Verantwortung für den von ihm erlittenen Schaden beharrlich von sich gewiesen habe und in keiner Prozessphase ein Entgegenkommen gezeigt habe, zur Prozessführung gezwungen gewesen sei, und dass seine Klage grundsätzlich gutgeheissen worden sei (KG act. 1, Ziff. 5, S. 4 und Ziff. 7, S. 6).

4.2 Die Kosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; wenn keine Partei vollständig obsiegt, werden sie verhältnismässig, d.h. nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO). Das Entsprechende gilt auch für die Prozessentschädigung (§ 68 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 64 Abs. 3 ZPO kann von dieser Regel insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen hat oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruches nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde. Es ist grundsätzlich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, unter welchen Voraussetzungen von der gesetzlichen Regel abgewichen werden kann, doch darf dies nicht willkürlich geschehen und nicht dem klaren Willen des Gesetzes widersprechen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 26 zu § 64 ZPO). Genauso liegt es im Ermessen der Vorinstanz, gemäss der Regel von § 64 Abs. 2 ZPO zu verfahren und die Voraussetzungen gemäss § 64 Abs. 3 ZPO als nicht gegeben zu betrachten. Gesetzesvorschriften mit sog. "Kann-Vorschriften", wie § 64 Abs. 3 ZPO eine darstellt, beinhalten nicht ohne weiteres klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO, sondern lassen Raum für richterliches Ermessen, wobei es nicht Aufgabe einer Kassationsinstanz sein kann, ihr Ermessen an Stelle des erkennenden Richters zu setzen. Eine Verletzung klaren Rechts kann aber gerügt werden, wenn der Richter zu Unrecht annimmt, er habe nicht nach seinem Ermessen oder in Würdigung der Umstände zu entscheiden, wenn er sich von Gesichtspunkten leiten liess, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht in Betracht gezogen werden dürfen oder wenn er umgekehrt wesentliche Gesichtspunkte grundlos ausser Acht gelassen hat, sog. Ermessensmissbrauch oder Er-

messensüberschreitung (Kass.Nr. 2000/187 i.S. S., Beschluss vom 25. November 2000, Erw. II.2.1 unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 und 52a zu § 281 Ziff. 3 ZPO).

Im Sinne von § 64 Abs. 3 ZPO ist seit langem anerkannt, dass es sich in Haftpflichtprozessen, soweit die genaue Bezifferung der Klage auf erhebliche Schwierigkeiten stösst, rechtfertigen kann, auch bei nur teilweiser Gutheissung der Klage die Kosten vollumfänglich der beklagten Partei aufzuerlegen und diese zur Zahlung einer vollen Prozessentschädigung an den Kläger zu verpflichten (ZR 102 Nr. 59 unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 29 zu § 64 ZPO). Auch in der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass in Haftpflichtprozessen – ausgehend von Art. 42 Abs. 2 OR (richterliche Schätzung des Schadens) und vom Veranlassungsprinzip – ein gewisses Mass an "Überklagen" dem Kläger hinsichtlich der Kostentragungspflicht nicht schaden dürfe, wenn diesem die genaue Bezifferung nicht möglich gewesen sei: andernfalls würde der Anspruch auf vollen Schadenersatz, wie ihn das materielle Haftpflichtrecht vorsehe, in Frage gestellt (ZR 102 Nr. 59 mit Hinweis auf: Eugen Bucher, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 102 [1983] II, S. 293; Peter Stein, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall? ZSR 106 [1987] I, S. 635 ff.; Gauch, recht 1994, S. 194 und Schaffhauser/Zellweger, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II, Bern 1988, N 966 m.H.). ZR 102 Nr. 59 verweist sodann auch auf die laufenden gesetzgeberischen Bestrebungen zur Revision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, bei welchen unter anderem auch postuliert wird, dass ein grösserer Beurteilungsspielraum des Gerichts hinsichtlich der Kostenregelung im Haftpflichtprozess gerechtfertigt sei, weil es oft für die geschädigte Person schwierig sei abzuschätzen, wie schliesslich im Quantitativ (etwa hinsichtlich des Invaliditätsschadens oder des Verschuldens) entschieden werde.

4.3 Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid ohne weitere Erwägung vom Prozessausgang aus und verlegte die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss § 64 Abs. 2 ZPO (KG act. 2, Ziff. 3: "Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens..."). Die Vorinstanz ging somit vom Regelfall aus und sah offenbar

(zumindest implizit) die Voraussetzungen zur Kostenaufgabe gemäss § 64 Abs. 3 ZPO als nicht gegeben an. Dieser Ermessensentscheid der Vorinstanz könnte nur dann gegen klares materielles Recht verstossen, wenn ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vorliegen würde. Eine solche legt der Beschwerdeführer jedoch mit seiner Beanstandung nicht konkret dar. Er führt zwar aus, eine genaue Bezifferung des Schadens sei ihm zum Zeitpunkt der Klageeinleitung wegen der hypothetischen Komponenten nicht möglich und auch nicht zumutbar gewesen; zudem sei selbst die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 23. Januar 2004 auf S. 30 von einem Schaden von *rund* Fr. 1'120'000.-- und einer Bemessung des Schadens auf *rund* Fr. 750'000.-- ausgegangen (KG act. 1, S. 4). Diesem Argument ist einerseits entgegen zu halten, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 23. Januar 2004 (OG act. 281, S. 30) zwar von einem Schaden in der Höhe von *rund* Fr. 1'120'000.-- ausging, dass sich diese Zahl jedoch aus der Rundung des Resultats aus der zuvor angestellten Berechnung ergibt: dem hypothetischen Gesamteinkommen des Beschwerdeführers für die Jahre 1991 bis 1996 von Fr. 2'382'000.-- seien effektive Einkünfte im selben Zeitraum von Fr. 1'262'590.-- (Fr. 238'218.-- [aus selbständiger Erwerbstätigkeit] und Fr. 1'024'372.-- [aus der Anstellung bei der R. Bank]) gegenüberzustellen, womit ein Schaden in der Höhe von *rund* Fr. 1'120'000.-- [gemäss genauer Berechnung: Fr. 1'119'410.--] resultiere (OG act. 281 S. 25). Andererseits hat der Beschwerdeführer bereits bei Einleitung seiner Klage im Jahr 1995 ein genau beziffertes Rechtsbegehren gestellt und diesem im Wesentlichen die gleiche Berechnungsweise zugrunde gelegt, indem er einem hypothetischen Einkommen in der Höhe seines zuvor bei der T. Bank bezogenen Salärs inklusive Nebenleistungen das in der Zeit von November 1990 bis August 1993 aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen gegenüber stellte und zudem als künftigen Schaden das früher bei der T. Bank erzielte Einkommen mit dem ab September 1993 bei der R. Bank erzielten Einkommen verglich und die (kapitalisierte) Differenz bis zu seiner Pensionierung verlangte (BG act. 2, S. 7 - 9). In seiner Replik vom 23. Februar 1998 machte der Beschwerdeführer einen konkreten Schaden von Fr. 2'054'143.-- für die Zeit vom November 1990 bis Ende 1997 geltend, indem er dem mutmasslich als Bankdirektor (Mitglied der Geschäftsleitung) bei der T. Bank oder einer

anderen Bank erzielten Einkommen das tatsächlich erzielte Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (November 1990 bis August 1993) und das Einkommen als Filialdirektor bei der R. Bank ab September 1993 bis Ende 1997 gegenüberstellte, unter gleichzeitigem Vorbehalt der Geltendmachung weiteren künftigen Schadens (BG act. 31, S. 10 ff.). Die einzige hypothetische Komponente bei der Berechnung des Schadens ergab sich somit bei der Schätzung des mutmasslich erzielten Einkommens des Beschwerdeführers ohne das schädigende Ereignis. Diesbezüglich gingen die Vorinstanzen im Wesentlichen von der vom Beschwerdeführer anlässlich des Beweisverfahrens selbst eingereichten sogenannten "Kienbaum-Analyse" über die Grundsäläre von Geschäftsführungsmitgliedern bei einer Bank in der Schweiz (BG act. 58/8) und der Untersuchung über die Gehaltsstruktur der Banken in der Schweiz 1995 der PEAT Executive Search AG (BG act. 58/9) aus und stützten sich auf die dort angegebenen Mittelwerte (vgl. dazu OG act. 281 S. 17 - 22). Eine Abweichung des von der Vorinstanz zugesprochenen und des geltend gemachten Schadens ergab sich sodann auch daraus, dass die Vorinstanzen die Ansicht vertraten, dass der vom Beschwerdeführer durch die "P."-Artikel erlittene finanzielle Schaden nach Ablauf des Jahres 1996 zeitlich ende, nachdem der Beschwerdeführer im Jahr 1997 wieder ein Einkommen erzielt habe, welches mit Fr. 384'700.-- über einem durchschnittlichen Einkommen für Geschäftsleitungsmitglieder von Fr. 364'000.-- gemäss der Kienbaum-Untersuchung gelegen habe (OG act. 281 S. 14). Die von der Vorinstanz im Urteil vom 23. Januar 2004 nach freiem richterlichem Ermessen vorgenommene Kürzung des zugesprochenen Schadenersatzes um 1/3 (OG act. 281 S. 26 ff., insbes. S. 30) wurde sodann auf Berufung des Beschwerdeführers hin vom Bundesgericht mit Urteil vom 2. September 2004 wieder aufgehoben (OG act. 289).

4.4 Die Vorinstanz ist nicht von der Ausnahmeregelung gemäss § 64 Abs. 3 ZPO der Kosten- und Entschädigungsregelung ausgegangen, sondern hat die Kosten gemäss der allgemeinen Regel nach § 64 Abs. 2 ZPO verlegt. Damit hat sie implizit verneint, dass dem Beschwerdeführer die Bezifferung seines Schadens – auch nach Abschluss des Beweisverfahrens – derart unzumutbar gewesen wäre, um die Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO zu rechtfertigen. Auch in der Lehre wird sodann vertreten, dass, falls die Rechtslage vor der Urteilsfällung ge-

klärt wird und die Unklarheit nicht in dem richterlichen Ermessen selber begründet sei, die Kostenverlegung nach dem Veranlassungsprinzip nur dann Platz greifen könne, wenn die Partei, zu deren Ungunsten die Klärung eingetreten sei, binnen nützlicher Frist die Konsequenzen trage und die Klage (ganz oder teilweise) zurückziehe (bzw. anerkenne); unterlasse sie dies, werde die Vermutung begründet, sie hätte es auf den Prozess auch dann ankommen lassen, wenn sie zum vornherein ihr späteres Wissen besessen hätte, so dass vom Grundsatz der Belastung des Unterliegenden mit den Kosten nicht abgewichen werden müsse, d.h. dieser sich in Deckung mit dem zugrundeliegenden Prinzip der Kostenverlegung nach dem Verursacherprinzip befinde (Eugen Bucher, a.a.O., S. 294). Die Vorinstanz hat somit vorliegend ihr Ermessen weder überschritten noch missbraucht, indem sie nicht von der Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO ausging, und damit zumindest kein klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt.

5.1 Weiter führt der Beschwerdeführer aus, die Vorinstanz habe die Methode des verhältnismässigen Obsiegens und Unterliegens völlig undifferenziert angewendet und habe ausser Acht gelassen, dass das Bezirksgericht Q. anfänglich der Ansicht der Beschwerdegegnerin gefolgt und die Klage mangels Kausalität abgewiesen habe, wodurch der Beschwerdeführer zur Berufung an das Obergericht gezwungen gewesen sei, mit welcher er vollumfänglich durchgedrungen sei (Rückweisungsbeschluss des Obergerichts vom 18. Juni 2001). Die Kosten dieses Teils des Verfahrens seien ihm nicht aufzuerlegen und er habe für das (erste) Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 30'000.-- (KG act. 1, S. 7 oben) zu gute, da er im (ersten) Berufungsverfahren vollumfänglich obsiegt habe. Für das zweite Berufungsverfahren sei ihm sodann eine Prozessentschädigung von mindestens Fr. 26'800.-- zuzusprechen (KG act. 1, S. 7 unten).

5.2 Die Vorinstanz führte aus, entsprechend dem Ausgang des Verfahrens seien die gesamten erstinstanzlichen Kosten und jene des ersten Berufungsverfahrens dem Beschwerdeführer zu 4/7 und der Beschwerdegegnerin zu 3/7 aufzuerlegen (KG act. 2, Erw. 3 Abs. 2, S. 2 f.). Entsprechend wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das erstinstanzliche Verfahren und das erste Berufungsverfahren eine auf 1/7 reduzierte Prozessentschädigung

von Fr. 12'600.-- (erstinstanzliches Verfahren) und Fr. 4'285.70 (erstes Berufungsverfahren) zu bezahlen (KG act. 2, Erw. 4 Abs. 1, S. 3).

5.3 Im ersten Berufungsverfahren (LBXXXXXX) stellte der Kläger und Beschwerdeführer – nachdem das Bezirksgericht Meilen seine Klage (mangels Kausalzusammenhang) mit Urteil vom 23. Dezember 1999 abgewiesen hatte – den Antrag, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die erste Instanz zurückzuweisen, eventualiter sei die Klage gutzuheissen (OG XXXXXX act. 216). Mit Rückweisungsbeschluss vom 18. Juni 2001 hob die II. Zivilkammer des Obergerichts (unter Bejahung des vom Bezirksgericht verneinten Kausalzusammenhangs) das Urteil des Bezirksgerichts Q. vom 23. Dezember 1999 auf und wies den Prozess zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück, wobei die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten wurde (OG XXXXXX act. 233). Im zweiten Urteil des Bezirksgerichts Q. vom 31. Oktober 2002 wurde die Beschwerdegegnerin – unter Hinweis auf den Rückweisungsbeschluss und dessen Bejahung des Kausalzusammenhangs (BG act. 249 S. 3) – zur Bezahlung von Fr. 1'300'000.-- an den Beschwerdeführer verpflichtet (BG act. 249), auf Berufung der Beschwerdegegnerin hin sprach das Obergericht mit Urteil vom 23. Januar 2004 dem Beschwerdeführer noch Fr. 750'000.-- zu (OG act. 281), und auf Berufung des Beschwerdeführers hin verpflichtete das Bundesgericht die Beschwerdegegnerin mit Urteil vom 2. September 2004, dem Beschwerdeführer Fr. 1'120'000.-- zu bezahlen (OG act. 289). Um diesen (im Verhältnis zum ursprünglichen Rechtsbegehren) Teilerfolg zu erzielen, war der Beschwerdeführer gezwungen, das erste Berufungsverfahren anzustrengen, da ohne die Bejahung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs überhaupt kein Schadenersatz zu leisten gewesen wäre. Unter diesen Umständen verletzt es klares Recht, dem Beschwerdeführer einen Teil der Kosten jenes ersten Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Es kann nämlich als klares Recht bezeichnet werden, dass eine Partei für Prozesskosten, die notwendig waren, um den schliesslich resultierenden Prozesssieg zu ermöglichen, nicht kostenpflichtig werden darf (RB 1986 Nr. 45). Dies trifft hier bezüglich des ersten Berufungsverfahrens zu. Soweit daher mit der Beschwerde die teilweise Auferlegung von Kosten des ersten Berufungsverfahrens und die

Verweigerung einer diesbezüglichen Prozessentschädigung angefochten wird, ist sie begründet.

5.4 Nicht begründet ist die Nichtigkeitsbeschwerde hingegen, soweit der Beschwerdeführer auch geltend macht, es könnten ihm keine Kosten des ersten erstinstanzlichen Verfahrens auferlegt werden, nachdem das Bezirksgericht am 23. Dezember 1999 einen Fehlentscheid gefällt habe (KG act. 1, S. 7). Zwar wurde jener Entscheid vom Obergericht mit Rückweisungsbeschluss vom 18. Juni 2001 tatsächlich wieder aufgehoben, jedoch ändert dies nichts daran, dass das erstinstanzliche Verfahren inklusive das Beweisverfahren ohnehin (also auch wenn der Kausalzusammenhang von der ersten Instanz von Anfang an bejaht worden wäre) durchzuführen gewesen wäre und jene Kosten – wie zuvor ausgeführt wurde – von der Vorinstanz nach dem Obsiegen und Unterliegen in der Sache selbst verlegt werden konnten.

5.5 Sodann ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass auf die Beschwerde insoweit nicht eingetreten werden kann, als der Beschwerdeführer damit auch die Aufhebung von Disp.-Ziff. 3 des angefochtenen Beschlusses betreffend Festlegung der Gerichtsgebühr und der weiteren Kosten für das (zweite) Berufungsverfahren verlangt. Einerseits wird dieser Antrag in der Beschwerdeschrift nicht weiter begründet. Andererseits könnte die Festlegung der Gerichtsgebühren auch nicht mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, sondern dagegen wäre allenfalls eine Kostenbeschwerde gemäss § 206 in Verbindung mit §§ 108 ff. GVG zu erheben, welche allerdings nicht mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde verbunden werden kann (ZR 88 Nr. 29; die Festsetzung der Gerichtsgebühr unterliegt als Akt der Justizverwaltung nicht der Nichtigkeitsbeschwerde: ZR 69 Nr. 19, 90 Nr. 34 Erw. II. 2).

6. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde sind daher Disp.-Ziff. 2 und 5 des angefochtenen Beschlusses, auf welche sich der festgestellte Nichtigkeitsgrund ausgewirkt hat, aufzuheben. Da es sich um die Festlegung von Kosten- und Entschädigungsfolgen handelt, kann das Kassationsgericht ohne weitere Verhandlungen einen Entscheid in der Sache selbst fällen (§ 292 Abs. 2 ZPO).

7.1 Wie oben bereits ausgeführt wurde, können die Kosten des ersten Berufungsverfahrens entgegen den Erwägungen der Vorinstanz dem Beschwerdeführer nicht (teilweise) auferlegt werden. Diese Kosten sind vielmehr der im ersten Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegenden Beklagten und Beschwerdegegnerin, welche sich mit dem erstinstanzlichen Entscheid vom 23. Dezember 1999 identifiziert und die Abweisung der ersten Berufung verlangte hatte, soweit darauf einzutreten sei (OG act. 222, S. 2 und 29), aufzuerlegen.

7.2 Die Vorinstanz ging in ihren Erwägungen betreffend Prozessentschädigung davon aus, für das erste Berufungsverfahren sei die volle Prozessentschädigung entsprechend einer halben Grundgebühr und eines Zuschlages auf rund Fr. 30'000.-- festzusetzen. Entsprechend der Kostenaufgabe für das erste Berufungsverfahren an die Beschwerdegegnerin ist diese sodann zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das erste Berufungsverfahren diese (volle) Prozessentschädigung zu bezahlen. Verrechnet man diese Prozessentschädigung mit der von der Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren festgelegten Prozessentschädigung von Fr. 12'600.-- (1/7 von Fr. 88'200.--), welche vom Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin zu leisten ist, ergibt sich für das erstinstanzliche Verfahren (inklusive erstes Berufungsverfahren) eine Prozessentschädigung von Fr. 18'400.--, welche von der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer zu bezahlen ist. Unter weiterer Berücksichtigung der von der Vorinstanz für das zweite Berufungsverfahrens festgelegten und nicht zu beanstandenden, auf 5/7 reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 19'143.-- für den Beschwerdeführer, ergibt sich gesamthaft eine Prozessentschädigung von Fr. 37'543.-- (zuzüglich 7,6% bzw. Fr. 2'853.25 Mehrwertsteuern), welche die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer zu bezahlen hat.

III.

Der Beschwerdeführer verlangte in seiner Nichtigkeitsbeschwerde, es seien die Disp.-Ziff. 2, 3, 4 und 5 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben und die Kostenfolgen und Prozessentschädigung seien gemäss seinen nachfolgenden

Erwägungen neu festzulegen (KG act. 1, S. 2). Er wollte mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde insbesondere erreichen, dass die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss § 64 Abs. 3 ZPO vorgenommen werde und er zu keinen Kostenfolgen verpflichtet sowie, dass ihm eine volle Prozessentschädigung zugesprochen werde. In Zahlen ausgedrückt wollte er von den Kostenaufgaben von 4/7 für das erstinstanzliche Verfahren (insgesamt Fr. 54'637.--) inklusive das erste Berufungsverfahren (insgesamt Fr. 13'042.--), also von der Kostenaufgabe im Umfang von Fr. 38'673.70 befreit werden, sowie von der Kostenaufgabe zu 1/7 für das zweite Berufungsverfahren (1/7 von Fr. 14'402.-- = Fr. 2'057.40). Zudem verlangte er eine Prozessentschädigung von mindestens Fr. 26'800.-- für das zweite Berufungsverfahren, sowie eine volle Prozessentschädigung von Fr. 30'000.-- für das erste Berufungsverfahren, anstelle der zugesprochenen Prozessentschädigung von Fr. 2'257.-- (Differenz Fr. 54'543.--). Insgesamt beantragte der Beschwerdeführer eine finanzielle Besserstellung um Fr. 95'274.10.

In teilweiser Gutheissung wurden Disp.-Ziff. 2 und 5 des angefochtenen Beschlusses aufgehoben und neu gefasst. Betragsmässig wurde der Beschwerdeführer von der Kostentragungspflicht bezüglich des ersten Berufungsverfahrens im Umfang von 4/7 von Fr. 13'042.--, d.h. von Fr. 7'452.60 befreit und die von der Beschwerdegegnerin zu leistende Prozessentschädigung wurde von Fr. 2'257.-- zuzüglich Mehrwertsteuer auf Fr. 37'543.-- zuzüglich Mehrwertsteuern erhöht (Differenz Fr. 35'286.--). Er obsiegt damit im Umfang von insgesamt Fr. 42'738.60 oder im Umfang von 45%.

Ausgangsgemäss wird damit der Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu 55% kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO); die Beschwerdegegnerin, welche die Abweisung der Beschwerde beantragte, soweit auf die einzutreten sei (KG act. 11, S. 2), wird zu 45% kostenpflichtig. Sodann hat der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren eine auf 10% reduzierte Prozessentschädigung zu entrichten (§ 68 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Disp.-Ziff. 2 und 5 des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2004 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2.a) Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 4/7 und der Beklagten zu 3/7 auferlegt.

b) Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens (LBXXXXXX) werden vollumfänglich der Beklagten auferlegt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 37'543.-- zuzüglich Fr. 2'853.25 (Mehrwertsteuer 7,6%) zu bezahlen."

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'150.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 373.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer zu 55% und der Beschwerdegegnerin zu 45% auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine auf 10% reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 460.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie das Bezirksgericht Q., I. Abteilung (CG010034), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: