



Kass.-Nr. AA050061/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 9. Februar 2006

in Sachen

X., Dr.,

Beklagter, Widerkläger, Appellat und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

gegen

Y.,

Kläger, Widerbeklagter, Appellant und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend **Forderung / Kosten und Entschädigungsfolgen**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. März 2005
(LB040059/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 7. Mai 1999 (BG act. 2) gelangte Y. (Kläger, Widerbeklagter, Appellant und Beschwerdegegner; nachfolgend Beschwerdegegner) mit folgendem Rechtsbegehren an das Bezirksgericht ____ (Erstinstanz):

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 2'000'000 zuzüglich 5 % Zins seit 11. Februar 1999 zu bezahlen;
unter dem Vorbehalt der Nachklage;
unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Mit Eingabe vom 8. November 1999 (als Teilklageantwortschrift bezeichnet) erhob X. (Beklagter, Widerkläger, Appellat und Beschwerdeführer; nachfolgend Beschwerdeführer) Widerklage, mit welcher er folgenden Antrag stellte (BG act. 10 S. 2):

"Es sei gerichtlich festzustellen, dass der Kläger und Widerbeklagte gegen den Beklagten und Widerkläger keine Forderungen im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit für die Bank W. AG hat;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Widerbeklagten."

2. Mit Urteil vom 4. Juni 2004 wies das Bezirksgericht ____ die Klage ab (Disp.-Ziff. 1) und stellte in Gutheissung der Widerklage fest, dass der Kläger und Widerbeklagte gegen den Beklagten und Widerkläger keine Forderungen im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit für die Bank W. AG habe (BG act. 73).

3. Gegen diesen Entscheid der Erstinstanz erhob der Beschwerdegegner Berufung (BG act. 75). Am 29. März 2005 fällte die II. Zivilkammer des Obergerichts folgendes Vor-Urteil (OG act. 113 S. 20 bzw. KG act. 2 S. 20):

"1. Im Sinne eines Vorentscheides wird festgestellt, dass der Kläger durch den von ihm mit der Bank W. AG in Liquidation am 26./30. September 1997 abgeschlossenen Vergleich *nicht* darauf verzichtete, Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten geltend zu machen."

Die Kosten des Berufungsverfahrens wurden dem Beschwerdeführer auferlegt und dieser wurde verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

Zudem erging (mit gleichem Datum) folgender Beschluss der Vorinstanz (OG act. 113 S. 21 bzw. KG act. 2 S. 21):

- "1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil der Vorinstanz vom 4. Juni 2004 in Dispositiv Ziff. 2 (Gutheissung der Widerklage) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Im Übrigen wird das Urteil des Bezirksgerichts ____ vom 4. Juni 2004 aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Editionsanordnung gegenüber der Z. Bank SA gemäss dem Beschluss des Bezirksgerichts ____ vom 30. März 2001 im Prozess CG990020 wird aufgehoben. Im Übrigen wird aber am vorinstanzlichen Beweisabnahmebeschluss vom 30. März 2001 festgehalten, und er wird insoweit bestätigt.
4. [Mitteilungen]"

4. Gegen Urteil und Beschluss der Vorinstanz erhob der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er beantragen lässt (KG act. 1 S. 2), das Obergericht des Kantons Zürich sei anzuweisen, dem Bezirksgericht ____ vorzuschreiben, mit Bezug auf die rechtskräftig erledigte Widerklage im Betrag von CHF 10'024'996.-- die Kosten und Entschädigungsfolgen in einem separaten Beschluss festzusetzen. Zudem seien die Ziffern 2, 3 und 4 des Vor-Urteils aufzuheben und das Obergericht des Kantons Zürich anzuweisen, die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Verfahren vor dem Obergericht (Geschäftsnr. LB040059) dem Endentscheid des Bezirksgerichts ____ vorzubehalten.

Mit Präsidialverfügung vom 12. Mai 2005 (KG act. 7) wurde dem Beschwerdeführer u.a. eine Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 12'000.-- auferlegt und der Beschwerde hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 2-4 des angefochtenen Vor-Urteils die aufschiebende Wirkung verliehen. Die Kautionsleistung wurde fristgemäss geleistet (KG act. 10).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Der Beschwerdegegner beantragt mit seiner Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11 S. 2).

II.

1. Der Beschwerdeführer erhebt im Hinblick auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in den angefochtenen Entscheiden zwei Rügen. Zum einen bringt er vor, das Obergericht hätte die Erstinstanz anweisen müssen, in Bezug auf die in Rechtskraft erwachsene Widerklage (sogleich) die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln. Indem die Vorinstanz dies unterlassen habe, liege eine Verletzung der §§ 157 Ziff. 10 GVG, 71, 64 und 68 ZPO vor. Zum anderen wendet der Beschwerdeführer ein, das Obergericht habe zu Unrecht in ihrem Berufungsentscheid auch bereits die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren geregelt. Auch darin sei ein Verletzung von § 71 ZPO zu erblicken (KG act. 1 S. 7 ff.).

2. Die Frage, *wie* die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) zu regeln sind, stellt eine solche des materiellen Rechts dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 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. Aufl., Zürich 1986, S. 28). Demgegenüber ist die Frage, *wann* (d.h. in welchem Zeitpunkt) der Entscheid über die Kostentragung zu treffen ist, verfahrensrechtlicher Natur (Kass.-Nr. 96/021Z, Entscheid vom 17. Juni 1996 i.S. A., Erw. II.3.b). Als solche ist sie nach § 281 Ziff. 1 ZPO und damit mit freier Kognition zu prüfen.

3. a) Der Beschwerdeführer legt dar, das Obergericht gehe davon aus, der Beschwerdegegner habe die Widerklage im Umfang von CHF 10'024'996.-- aner-

kannt, weshalb die Widerklage in Rechtskraft erwachsen sei. Mit Bezug auf die Haupt-Klage habe die Vorinstanz die Rückweisung an das Bezirksgericht zur Fortsetzung des Verfahrens angeordnet. Demnach sei die Widerklage nicht mehr Gegenstand dieses Verfahrens, mithin könne und müsse das Bezirksgericht nicht mehr über die Widerklage entscheiden. Dies habe die Vorinstanz übersehen, wenn sie das Urteil des Bezirksgerichts mit Ausnahme von Dispositiv-Ziffer 2 (Gutheissung der Widerklage) insgesamt aufgehoben habe. Damit sei auch die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Widerklage aufgehoben worden, ohne dass eine neue Anordnung getroffen worden wäre.

Der Beschwerdeführer ist der Meinung, bei Anerkennung der Widerklage werde dieser Teil des Verfahrens beendet und es habe eine Erledigung mittels Beschluss zu erfolgen. Gleichzeitig seien in diesem Entscheid zwingend auch die Kosten und die Entschädigung mit Bezug auf den erledigten Teil festzulegen. Das Obergericht habe nun hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen der (rechtskräftig erledigten) Widerklage weder eine eigene Regelung getroffen, noch habe sie die Vorinstanz angewiesen, in einem separaten Beschluss die Kosten und Entschädigung für die Widerklage festzulegen. Da die Widerklage nicht mehr Gegenstand des noch hängigen Verfahrens vor Bezirksgericht bilde, hätte das Obergericht das Bezirksgericht verbindlich anweisen müssen, sogleich in einem separaten Beschluss die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Widerklage festzulegen. Der Entscheid des Obergerichts könne jedenfalls nicht in der Weise ausgelegt werden, dass die definitive Regelung über die rechtskräftig erledigte Widerklage dem Endentscheid vorbehalten sei. Zum einen fehle eine solche Anordnung, zum andern habe der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Kosten- und Entschädigungsregelung im heutigen Zeitpunkt für die Widerklage. Es liege eine Verletzung von § 157 Ziff. 10 GVG sowie der §§ 64, 68 und 71 ZPO vor (KG act. 1 S. 7-10).

b) Die Vorinstanz erwog zunächst, im Gegensatz zur Auffassung der Erstinstanz, welche die Widerklage materiell beurteilt habe, wäre eine Anerkennung vorzumerken und die Widerklage als dadurch erledigt abzuschreiben gewesen. Dass aber die Widerklage nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Berufungs-

verfahrens sei, gehe im Weiteren insbesondere aus der Berufungsbegründung des Beschwerdegegners hervor. Er habe zwar in seinem formellen Berufungsbegehren die Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts _____ beantragt, wodurch insofern die im Urteil materiell beurteilte und gutgeheissene Widerklage mitumfasst sei. Massgebend sei jedoch nicht der formelle, sondern der materielle Antrag. Aus diesem sei klar ersichtlich, dass der Beschwerdegegner weiterhin einzig an seiner ursprünglichen Forderung festhalte und demnach allein die erstinstanzliche Klageabweisung betreffend der Fr. 2'000'000.-- mittels Berufungsschrift angefochten habe. Entsprechend würden im vorliegenden Verfahren auch lediglich die Fr. 2'000'000.-- im Streit stehen. Nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen sei das Urteil der Erstinstanz bezüglich Gutheissung der Widerklage (KG act. 2 S. 8 f.). Zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen der Widerklage äusserte sich die Vorinstanz nicht.

c) Die Schlussfolgerung der Vorinstanz - die Widerklage bilde nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens - wird vom Beschwerdeführer nicht angefochten. Bereits aufgrund dieser Schlussfolgerung liegt nahe, dass für die Vorinstanz keine Veranlassung bestand, sich explizit zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen der Widerklage zu äussern. Die Aufhebung der (gesamten) erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung als Folge des Berufungsentscheides ändert daran nichts. Vielmehr bewirkt diese Aufhebung per se - entgegen der vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung -, dass die Erstinstanz über die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Widerklage wird entscheiden müssen. Eine ausdrückliche Anweisung durch das Obergericht ist nicht erforderlich. Das Gericht hat nämlich die Gerichtskosten von Amtes wegen festzusetzen (Frank/Sträuli/Messer, a.a.O., N 30 zu § 54 und N 2 zu § 64 ZPO). Entsprechend wird das Bezirksgericht auch über den Zeitpunkt der Kosten- und Entschädigungsregelung betreffend der (rechtskräftigen) Widerklage zu entscheiden haben. Wenn der Beschwerdeführer weiterhin die Meinung vertreten will, der Entscheid sei sofort zu fällen, so bleibt es ihm überlassen, beim Bezirksgericht einen entsprechenden Antrag zu stellen, soweit das Gericht nicht von sich aus tätig wird. Ob der vom Beschwerdeführer behauptete Anspruch auf sofortige Kosten- und Entschädigungsregelung in Bezug auf die Widerklage besteht, kann angesichts vorliegender Sachlage offen gelas-

sen werden. Der Beschwerdeführer vermag demzufolge mit seiner Argumentation keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen.

4. Ebenfalls eine Verletzung von § 71 ZPO sieht der Beschwerdeführer so- dann darin, dass die Vorinstanz die Kosten des Berufungsverfahrens ihm aufer- legt und ihn zur Bezahlung einer Prozessentschädigung verpflichtet habe.

a) Das Berufungsverfahren sei darauf zurückzuführen, erwog die Vorinstanz, dass sich der Beschwerdeführer zu Unrecht auf den Standpunkt gestellt habe, der Beschwerdegegner habe durch den mit der Bank abgeschlossenen Vergleich auf Schadenersatzforderungen gegen den Beschwerdeführer verzichtet. Die Argu- mentation des Beschwerdeführers habe mithin gleichsam in eine prozessuale Sackgasse geführt. Das rechtfertige es, die Kosten des Berufungsverfahrens so- fort dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Die Erstinstanz werde diese Überle- gung auch bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ihres neuen Entscheides gebührend zu würdigen haben (KG act. 2 S. 19).

b) Der Beschwerdeführer kritisiert die vorinstanzliche Begründung als unge- rechtfertigt. Das Bezirksgericht habe das Verfahren, argumentiert der Beschwer- deführer, aus prozessökonomischen und nachvollziehbaren Gründen auf die Fra- ge beschränkt, ob die Sachlegitimation des Beschwerdegegners überhaupt gege- ben sei. Die Erstinstanz habe in ihrem ausführlich begründeten Entscheid festge- stellt, dass der Beschwerdegegner in der Vergleichsvereinbarung nicht nur auf Ansprüche gegen die Bank, sondern auch gegen die Mitarbeiter und Organe der Bank verzichtet habe. Folgerichtig habe das Bezirksgericht die Sachlegitimation des Beschwerdegegners verneint. Es sei denn auch der Beschwerdegegner ge- wesen, welcher die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts erklärt habe. Das Obergericht habe sich jedenfalls auf rund zehn Seiten mit der Frage der Sachlegitimation des Beschwerdegegners auseinandergesetzt. Vor diesem Hin- tergrund sei es unverständlich, dem Beschwerdeführer vorzuwerfen, seine Argu- mentation habe in eine "prozessuale Sackgasse" geführt und ihm dafür - gleich- sam als "Strafe" - die Kosten für das Berufungsverfahren aufzuerlegen und ihn zur Zahlung einer Prozessentschädigung zu verpflichten. Damit habe die Vorin- stanz keinen nachvollziehbaren Grund genannt, von der bisherigen Praxis - keine

Kosten- und Entschädigungsbestimmungen in Vorentscheid aufzunehmen, aus der Überlegung, dass die entsprechenden Kosten im Endentscheid angemessen berücksichtigt werden können - abzuweichen (KG act. 1 S. 10-12).

c) In Vor- und Teilentscheiden nach § 189 wird in der Regel über den entsprechenden Anteil an Kosten und Entschädigungen bestimmt (§ 71 Satz 2 ZPO). Mit dieser Bestimmung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass mit den genannten Entscheiden grundsätzlich eine bestimmte Frage abschliessend beurteilt bzw. ein bestimmter Prozessteil abgeschlossen wird. In diesem Sinne sind denn auch die vorinstanzlichen Erwägungen zu verstehen. Das Obergericht brachte damit nichts anderes zum Ausdruck, als dass im Berufungsverfahren die Frage der Sachlegitimation zu prüfen war und diese Frage durch das gefällte Vor-Urteil abschliessend entschieden wurde, weshalb sich die Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren rechtfertige und der Beschwerdeführer mit seinem Standpunkt unterliege. Inwiefern diesem Entscheid aufgrund des (auch im Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung) erwähnten ZR-Entscheides (ZR 79 Nr. 71) eine andere Praxis entgegenstehen würde, ist nicht ersichtlich. Aus dem erwähnten Entscheid lässt sich für die hier zu beurteilende Sachlage nichts ableiten. Ebenso wenig kann von einer Strafe, wie der Beschwerdeführer meint, die Rede sein. Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.

5. Der Beschwerdeführer vermag demzufolge keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Er ist des Weiteren zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung für das Kasationsverfahren zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 219.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht ____ (ad CG990020), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: