



---

Kass.-Nr. AA080072/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 16. März 2009**

in Sachen

**X.**

Klägerin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwältin

gegen

**Z.**

Beklagter und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Aberkennung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2008 (HG060189/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Vereinbarung vom 16. Mai 2002 verpflichtete sich die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner "bis spätestens Ende Juni 2002" Fr. 20'000.-- exkl. 7.6 % MwSt zu bezahlen (HG act. 12/3). Aus anderen Vereinbarungen aus dem Jahre 2001 hatte die Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner Forderungen von insgesamt Fr. 81'776.-- (KG act. 2 S. 4). Am 29. Januar 2003 betrieb sie den Beschwerdegegner (HG act. 12/10, KG act. 2 S. 4). In der Folge wurde diesem Nachlassstundung gewährt (KG act. 2 S. 4). Die Beschwerdeführerin gab dem Sachwalter im Nachlassverfahren ihre Forderungen über insgesamt Fr. 81'776.-- ein (HG act. 12/11, KG act. 2 S. 4). Der Nachlassvertrag kam zustande. Die Dividende betrug 18 %, d.h. für die vollumfänglich anerkannten Forderungen der Beschwerdeführerin von insgesamt Fr. 81'776.-- (bzw. zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 21.90 [HG act. 12/11 S. 2; KG act. 2 S. 4] Fr. 81'798.--) Fr. 14'723.--. Dieser Betrag wurde der Beschwerdeführerin im Laufe eines weiteren Verfahrens betreffend Aufhebung des Nachlassvertrages ausbezahlt (KG act. 2 S. 4 f.).

2. Nach Beendigung des Nachlassverfahrens forderte der Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin die Bezahlung von Fr. 21'520.--, nämlich Fr. 20'000.-- zuzüglich 7.6 % MwSt aus der Vereinbarung vom 16. Mai 2002. Auf entsprechende Betreuung (KG act. 2 S. 3, S. 5) gewährte die Einzelrichterin des Bezirkes Zürich dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 1. März 2006 für die Forderung von Fr. 21'520.-- provisorische Rechtsöffnung (HG act. 12/2). Dagegen reichte die Beschwerdeführerin ursprünglich beim Bezirksgericht Zürich (HG act. 1, act. 2/1), auf dessen Nichteintretensbeschluss mit Überweisung des Prozesses an das Handelsgericht des Kantons Zürich (HG act. 1) und einem erfolglos dagegen geführten Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren (HG act. 8) beim Handelsgericht eine Aberkennungsklage ein mit dem Rechtsbegehren, die Forderung des Beschwerdegegners von Fr. 21'520.-- sei abzuerkennen (HG

act. 11). Mit Urteil vom 25. März 2008 wies das Handelsgericht die Klage ab und erteilte dem Beschwerdegegner für Fr. 21'500.-- definitive Rechtsöffnung (KG act. 2).

3. Gegen das handelsgerichtliche Urteil vom 25. März 2008 reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (HG act. 33, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben (KG act. 1). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Die der Beschwerdeführerin nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 5'300.-- (KG act. 4) leistete sie innert Frist (KG act. 5/1, 9). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 8). Mit seiner fristgerechten Beschwerdeantwort (KG act. 5/2, 10) beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11, 12/1). Weitere Eingaben der Parteien - mit Ausnahme der Mitteilung einer Adressänderung des Vertreters des Beschwerdegegners (KG act. 13) - erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

## II.

1. Vor Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend gemacht, die streitige Forderung des Beschwerdegegners sei durch Verrechnung untergegangen. Überdies sei die Forderung auch deswegen untergegangen, weil sie im Nachlassverfahren vom Beschwerdegegner nicht verrechnet worden sei. Sie könne nach rechtskräftigem Nachlassvertrag nicht mehr geltend gemacht werden. Es wäre rechtmisbräuchlich, wenn der Nachlassschuldner Forderungen gegenüber einer Nachlassgläubigerin im Nachlassverfahren nicht verrechne, die gesamte Summe aber nach Abschluss des Nachlassverfahrens einfordere, während sich der Nachlassgläubiger mit einer Dividende bzw. einem Bruchteil seiner Forderung zufriedengeben müsse. Sei aber die Forderung nicht im Nachlassverfahren untergegangen, sei sie wenigstens so zu behandeln, wie wenn sie im Nachlassverfahren rechtzeitig zur Verrechnung gebracht worden wäre. So ver-

bliebe höchstens noch eine Forderung des Beschwerdegegners gegen die Beschwerdeführerin von Fr. 3'600.-- (HG act. 11).

2. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin mache geltend, dass sie schon im Jahre 2002 bezüglich der streitigen Forderung von Fr. 20'000.-- im Zusammenhang mit ihren damals offenen Gegenforderungen in der Höhe von total Fr. 81'776.-- Verrechnung geltend gemacht habe (KG act. 2 S. 9 Erw. 2.a). Sie habe aber weder ausgeführt, wann noch in welcher Form sie die Verrechnung erklärt haben wolle. Solche Ausführungen wären jedoch notwendig gewesen, um der Substantiierungspflicht in genügender Weise nachzukommen. Dieser Einwand wäre schon mangels genügender Substantiierung unbeachtlich. Zudem habe die Beschwerdeführerin nicht einmal behauptet, Verrechnung erklärt zu haben. Sie habe keine eindeutige Willenserklärung der Verrechnung abgegeben. Zudem habe die Beschwerdeführerin selber von ihrer Forderung von Fr. 81'776.-- (und nicht von einer durch Verrechnung um Fr. 20'000.-- verringerten Forderung) geschrieben (KG act. 2 S. 10). Folgerichtig habe sie im Nachlassverfahren die gesamte Summe von Fr. 81'776.-- (sinngemäss: und nicht eine durch Verrechnung mit Fr. 20'000.-- verringerte Forderung) eingegeben (KG act. 2 S. 10 f.). Eine Verrechnungserklärung des Beschwerdegegners bzw. des Sachwalters im Nachlassverfahren habe die Beschwerdeführerin nicht behauptet. Ihrer Argumentation, dass sie durch das Akzeptieren eines Verrechnungsvorbehaltes des Sachwalters konkludent Verrechnung erklärt habe, bzw. dass sie davon ausgehen können, dass der Sachwalter die Forderung verrechne, könne nicht gefolgt werden. Das Erklären eines Vorbehaltes bedeute in keinem Fall das unmissverständliche und bedingungsfeindliche Ausüben eines Gestaltungsrechts (der Verrechnung). Ein solcher Vorbehalt könne auch nicht durch Schweigen angenommen oder akzeptiert werden. Die blosser Untätigkeit anlässlich eines Verrechnungsvorbehaltes durch die Gegenseite könne aufgrund des Vertrauensprinzips nicht als Verrechnungserklärung ausgelegt werden (KG act. 2 S. 11). Weiter habe sich die Beschwerdeführerin auf ihrer vollen Forderung von Fr. 81'798.-- 18 % Dividende ausbezahlen lassen. Es habe für sie somit kein Grund zur Annahme bestanden, es sei im Rahmen des Nachlassverfahrens zur Verrechnung gekommen bzw. sie habe anlässlich der Gläubigerversammlung

konkludent Verrechnung erklärt (KG act. 2 S. 12). Weder dem Gesetzestext noch der Literatur oder der Judikatur könne entnommen werden, dass Forderungen, welche ein Schuldner im Nachlassverfahren nicht zur Verrechnung bringe, mit Genehmigung des Nachlassvertrages untergingen (KG act. 2 S. 12). Komme der Nachlassvertrag zustande, bewirke die Publikation des rechtskräftigen Entscheides des Nachlassrichters das Dahinfallen der Stundung und deren Wirkungen. Beim ordentlichen Nachlassvertrag ständen die Aktiven dem Schuldner mit der Publikation des Entscheides wieder zur freien Verfügung. Die streitige Forderung des Beschwerdegegners bestehe weiterhin und sei nicht mit Bestätigung des Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter untergegangen (KG act. 2 S. 13). Der Einwand des Rechtsmissbrauchs sei unbehelflich. Rechtsmissbräuchlich sei nur ein krass stossendes Verhalten. Ein solches sei vorliegend nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin habe Kenntnis von der Forderung des Beschwerdegegners gehabt und hätte als Nachlassgläubigerin spätestens während der Nachlassstundung selbst Verrechnung erklären können. Das habe sie unterlassen. Ein Verhalten des Beschwerdegegners, welches aus objektiver Sicht ein Vertrauen darauf gerechtfertigt hätte, dass die streitige Forderung nicht mehr geltend gemacht werde, sei vorliegend nicht ersichtlich und von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet worden (KG act. 2 S. 14).

3. Die Beschwerdeführerin schildert vorab den Sachverhalt aus ihrer Sicht (KG act. 1 S. 3 - 8). Innerhalb dieser Schilderung macht sie u.a. geltend, der Beschwerdegegner habe eindeutig eine Verrechnung der streitigen Forderung bereits vor der Bestätigung des Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter des Bezirksgerichts Winterthur erklärt (KG act. 1 S. 4). In einer Vorbemerkung unter dem Titel "Begründung der Nichtigkeitsgründe" macht die Beschwerdeführerin geltend, die Erwägungen IV.2.a - IV.2.e des angefochtenen Urteils seien irrelevant, weil sie vor Vorinstanz nur ausgeführt habe, im Jahre 2002 sei die Verrechnung der Forderungen lediglich in Erwägung gezogen worden (KG act. 1 S. 8).

Die Beschwerdeführerin ist vorab auf die Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen:

Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blossе Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 mit Hinweisen).

Behauptungen der Beschwerdeführerin unter ihren Ausführungen zum Sachverhalt (wie auch in der weiteren Beschwerde) sind demnach nur beachtlich, soweit damit ein Nichtigkeitsgrund genügend substantiiert wird. Auf bloss appellatorische Ausführungen in einer Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Mit der Behauptung, vorinstanzliche Erwägungen seien irrelevant, wird kein Nichtigkeitsgrund geltend gemacht. Auch solche Behauptungen sind grundsätzlich unbeachtlich.

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe bei der Frage, ob tatsächlich Verrechnung erklärt worden sei, in willkürlicher Weise auf eine Liste von Gläubigerforderungen (HG act. 12/12) abgestellt, welche bloss provisorisch gewesen sei. Sie habe in ihrer Erwägung IV.3.d willkürlich angenommen, dass es sich bei dieser Liste um die definitive Liste und um die definitive Kollokation der Beschwerdeführerin gehandelt habe (KG act. 1 S. 6, S. 9 f.).

In der beanstandeten Erwägung hielt die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe in der Gläubigerliste HG act. 12/12 mit Fr. 81'798.-- figuriert. Der Gesamtbetrag der nicht privilegierten Forderungen habe sich gemäss dieser Liste auf Fr. 2'156'222.-- belaufen, und genau dieser Betrag sei auch im Nachlass-

vertrag (HG act. 12/14) erwähnt worden. Die Beschwerdeführerin habe sich auf ihrer vollen Forderung von Fr. 81'798.-- 18 % Dividende ausbezahlen lassen. Es habe für sie somit kein Grund zur Annahme bestanden, es sei im Rahmen des Nachlassverfahrens zur Verrechnung gekommen bzw. sie habe anlässlich der Gläubigerversammlung konkludent Verrechnung erklärt (KG act. 2 S. 12 lit. d).

Die Beschwerdeführerin weist keinen Nichtigkeitsgrund bei diesen Erwägungen nach. Wesentlich war dabei für die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer gesamten - nicht durch Verrechnung mit der streitigen Gegenforderung von Fr. 20'000.-- reduzierten - Forderung von Fr. 81'798.-- in der Gläubigerliste figurierte, sich auf dieser vollen (nicht durch Verrechnung reduzierten) Forderung 18 % Dividende ausbezahlen lassen habe und für sie (auch; vgl. die vorangehenden vorinstanzlichen Erwägungen) deshalb kein Grund zur Annahme bestanden habe, es sei im Rahmen des Nachlassvertrages zur Verrechnung (mit den von ihr geschuldeten Fr. 20'000.--) gekommen bzw. sie habe anlässlich der Gläubigerversammlung konkludent Verrechnung erklärt. Ob die Gläubigerliste HG act. 12/12 eine definitive Liste war und ob es sich dabei "um die definitive Kollokation der Beschwerdeführerin" gehandelt hatte oder nicht, ändert daran nichts und ist dafür irrelevant. Selbst wenn die Vorinstanz von einer definitiven Liste und einer definitiven Kollokation der Beschwerdeführerin ausgegangen wäre und selbst wenn dies unzutreffend gewesen wäre, wäre nicht ersichtlich, inwiefern dies der Beschwerdeführerin zum Nachteil gereicht hätte. Die Rüge geht fehl (vgl. im Übrigen auch nachfolgend Erw. 6).

5. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das von ihr eingereichte Dokument HG act. 26 nicht berücksichtigt. Dies sei aktenwidrig. Im Gegensatz zur vorinstanzlichen Feststellung ergebe sich daraus, dass der Beschwerdegegner eine Verrechnung (gemeint: der streitigen Forderung mit der Forderung der Beschwerdeführerin von Fr. 81'798.--) erklärt habe (KG act. 1 S. 8 f.).

Das Dokument HG act. 26 reichte die Beschwerdeführerin mit ihrer Replik vor Vorinstanz als Beweisofferte zu ihrer Behauptung ein, der Beschwerdegegner habe ihr auch im Laufe des Nachlassverfahrens angeboten, die Forderung von

Fr. 20'000.-- mit angeblichen Gegenforderungen gegenüber der Beschwerdeführerin zu verrechnen (HG act. 25 S. 3). Diese Behauptung nahm die Vorinstanz durchaus zur Kenntnis (KG act. 2 S. 7 oben). Es liegt auf der Hand, dass sie sie als irrelevant erachtete, weil damit nicht eine tatsächliche Verrechnungserklärung behauptet wurde, sondern lediglich ein Angebot, die Forderung von Fr. 20'000.-- mit angeblichen Gegenforderungen zu verrechnen, ohne dass die Beschwerdeführerin behauptet hatte, dass sie dieses Angebot angenommen habe bzw. dass darüber tatsächlich eine Einigung erzielt worden sei. Beweis ist nur über relevante streitige Behauptungen zu erheben (§ 133 ZPO). Eine Beweisofferte für eine irrelevante Behauptung ist ebenfalls irrelevant und muss deshalb nicht beachtet werden. Dass im Dokument HG act. 26 der Beschwerdegegner eine Verrechnung erklärt habe, wie die Beschwerdeführerin in der Nichtigkeitsbeschwerde behauptet, hatte sie vor Vorinstanz nicht behauptet. Bei dieser Behauptung handelt es sich um ein im Beschwerdeverfahren unzulässiges Novum, auf das nicht einzugehen ist. Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingegangen werden kann.

6. Die Vorinstanz erwog, für die Behauptung des Untergangs der Forderung sei die Beschwerdeführerin beweispflichtig (KG act. 2 S. 9 Erw. IV.1). In der Folge prüfte die Vorinstanz entsprechende Behauptungen der Beschwerdeführerin und gelangte zu den Schlüssen, dass die Beschwerdeführerin ihrerseits keine Verrechnungserklärung abgegeben hatte (KG act. 2 S. 10), dass sie nicht behauptet hatte, dass im Rahmen des Nachlassverfahrens konkrete Verrechnungserklärungen abgegeben worden seien (KG act. 2 S. 11 Erw. 3.b), und dass sie auch nicht von einer konkludenten Verrechnungserklärung ausgehen dürfen (KG act. 2 S. 11 f.). Damit ging die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerin nicht bewiesen habe, dass die streitige Forderung durch Verrechnung untergegangen sei. Im Gegensatz zur Behauptung in der Beschwerde (KG act. 1 S. 10 oben) hat die Vorinstanz dadurch nicht eine beweisbedürftige Tatsache als bewiesen angenommen, sondern im Gegenteil eine (durch die Beschwerdeführerin beweisbedürftige) Tatsache als nicht bewiesen beurteilt. Eine Willkür der vorinstanzlichen Annahme, dass sie eine Verrechnungserklärung nicht bewiesen habe, könnte die Beschwerdeführerin nur nachweisen, indem sie darlegte, dass sich aus den Akten eine (vor Vorinstanz genügend behauptete) solche Verrechnungs-

erklärung ergäbe. Das legte sie indes nicht dar. Auch unter diesem Aspekt geht die Rüge fehl.

7. Im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage, ob die streitige Forderung mangels Geltendmachung im Nachlassverfahren mit Rechtskraft des Nachlassvertrages untergegangen sei (KG act. 2 S. 12 f. Erw. 4), wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO vor (KG act. 1 S. 10 - 14).

a) Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 28).

b) Diese Rüge vermöchte deshalb nur durchzudringen, wenn die Beschwerdeführerin (soweit möglich unter Hinweis auf bewährte Lehre und Überlieferung; vgl. V. Lieber, Handhabung und Verletzung "klaren Rechts", in: Festschrift für Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, 213 ff., 220) dartäte, dass kein Zweifel daran besteht, dass eine Forderung des Nachlassschuldners, welche dieser im Nachlassverfahren nicht geltend macht, mit Rechtskraft des Nachlassvertrages untergeht.

c) Solches hat die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht dargetan. Im Gegenteil. Die Vorinstanz erwog, dass eine solche Schlussfolgerung weder dem Gesetzestext noch der Literatur noch der Judikatur entnommen werden könne (KG act. 2 S. 12 Erw. 4.c). Die Beschwerdeführerin zeigt in der Beschwerde nicht auf, dass dies nicht zutrefte. Insbesondere zeigt sie nicht auf, welchem Gesetzestext, welcher Literaturstelle oder welchem Gerichtsentscheid klar zu entnehmen wäre, dass eine Forderung des Nachlassschuldners, welche dieser im Nachlassverfahren nicht geltend macht, mit Rechtskraft des Nachlassvertrages untergeht. Einen solchen Nachweis kann die Beschwerdeführerin speziell von

vornherein nicht damit erbringen, dass sie einen von der Vorinstanz zitierten Entscheid und eine von der Vorinstanz zitierte Literaturstelle als auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar erklärt (KG act. 1 S. 11 f.). Zur Begründung ihrer Rüge hätte sie darlegen müssen, welcher Entscheid und/oder welche Literaturstelle denn auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar sei, woraus sich ihre Rechtsauffassung klar ergäbe. Ein Hinweis "auf die Spezialität des Nachlassverfahrens" (KG act. 1 S. 12) genügt nicht zum Nachweis einer Verletzung klaren materiellen Rechts, ebenso wenig wie Hinweise auf die "Systematik der Rechtsordnung des Schuld- und Konkursrechtes" (KG act. 1 S. 13) oder auf Sinn und Zweck des Nachlassverfahrens (KG act. 1 S. 14). Ob der Sachwalter im Nachlassverfahren eine Verrechnung hätte vornehmen können oder hätte vornehmen müssen

(KG act. 1 S. 13), ist für die vorliegende Frage belanglos, da der Sachwalter im Nachlassverfahren des Beschwerdegegners die streitige Forderung eben nicht verrechnet hat und selbst im Fall, dass er das hätte tun müssen, aus der Unterlassung nicht zwingend (als klares Recht) folgt, dass die Forderung untergegangen wäre. Selbstverständlich liegt es nicht in Sinn und Zweck des Nachlassverfahrens, dass ein Nachlassschuldner im Rahmen eines Nachlassvertrages die Forderung eines Gläubigers nur zu einem geringen Teil bezahlen muss, um nach Abschluss des Nachlassverfahrens eine bereits vorher bestehende, grundsätzlich verrechenbare Gegenforderung gegen den gleichen Gläubiger in voller Höhe geltend zu machen (oder, wie im konkreten Fall, eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 81'798.-- mit einer Zahlung von Fr. 14'723.-- zu tilgen, um danach eine eigene Forderung gegen diese Gläubigerin von Fr. 20'000.-- in voller Höhe einzutreiben, so dass er im Ergebnis bei zwei einander gegenüberstehenden Forderungen der Gläubigerin von Fr. 81'798.-- und seinerseits von Fr. 20'000.-- statt Fr. 61'798.-- zahlen zu müssen im Ergebnis Fr. 5'277.-- [Fr. 20'000.-- abzüglich Zahlung von Fr. 14'723.-] erhält). Dass dies nicht in Sinn und Zweck des Nachlassverfahrens liegt, heisst indes nicht, dass ein (spezieller) konkreter Sachverhalt keine solche rechtliche Konsequenz haben könnte bzw. die Annahme einer solchen Konsequenz klares materielles Recht verletzte. Der Gläubiger hätte es ohne weiteres in der Hand, eine solche Konsequenz selber zu vermeiden,

indem er seinerseits im Nachlassverfahren Verrechnung erklärte. Die Rüge geht fehl.

8. Die Vorinstanz verwarf auch die Einrede des Rechtsmissbrauchs (KG act. 2 S. 14 Erw. 5). Die Beschwerdeführerin bezeichnet diese Rechtsauffassung als unhaltbar (KG act. 1 S. 15). Mit ihren bloss appellatorischen Ausführungen (KG act. 1 S. 15 - 17) setzt sie sich aber in keiner Weise mit den vorinstanzlichen Erwägungen für die Verwerfung des Einwandes - die Beschwerdeführerin hätte als Nachlassgläubigerin während der Nachlassstundung selbst Verrechnung erklären können, dies jedoch unterlassen, weshalb ein krass stossendes Verhalten des Beschwerdegegners nicht ersichtlich sei (KG act. 2 S. 14 Erw. 5.b), und die Beschwerdeführerin habe ein über ein blosses Zuwarten (mit der Geltendmachung der Forderung bereits im Nachlassverfahren) hinausgehendes Verhalten des Beschwerdegegners, welches aus objektiver Sicht das Vertrauen darauf gerechtfertigt hätte, dass das betreffende Recht nicht mehr geltend gemacht werde, nicht behauptet (KG act. 2 S. 14 Erw. 5.c) - auseinander und vermag schon deshalb keine Verletzung klaren materiellen Rechts derselben darzutun. Auch diese Rüge geht fehl.

9. Weitere Nichtigkeitsgründe macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Sie wies keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist sie zu verpflichten, den Beschwerdegegner für dessen anwaltliche Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
  2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'200.--.
  3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
  4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen.
  5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 21'520.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär:

