

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110042-O/U

damit vereinigt LB110043

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler

Urteil vom 11. Mai 2012

in Sachen

1. **A1.**_____,
2. **A2.**_____,
3. **A3.**_____,
4. **A4.**_____,
5. **A5.**_____,

Beklagte, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

4, 5 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

4, 5 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X3._____

gegen

B._____ AG,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **Verantwortlichkeit**

**Berufung gegen ein Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
10. Juni 2011; Proz. CG080114**

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der C. _____ AG, ... [Adresse], einen nach Abschluss des Beweisverfahrens abschliessend zu beziffernden Betrag, mindestens CHF 1'200'000.00, zuzüglich Zins von 5% ab Eintritt des Schadens bei der C. _____ AG, sowie Kosten der friedensrichterlichen Weisung von CHF 899.00 zu bezahlen.
2. Es sei die Ersatzpflicht jedes Beklagten, je zuzüglich Zins, festzusetzen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten, eventuell der C. _____ AG."

(act. 2 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 10. Juni 2011:

1. Die Klage wird im Umfang von Fr. 1'217'131.-- nebst Zins zu 5% ab 1. Juli 2001 gutgeheissen.
2. Für diesen Betrag haften die Beklagten im nachfolgenden Umfang solidarisch:

Der Beklagte 1 mit Fr. 123'168.--, der Beklagte 2 mit Fr. 1'093'963.-- und die übrigen Beklagten mit je Fr. 1'217'131.--, je nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2001.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 40'000.-- (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu einem Viertel der Klägerin und je zu 3/20 den Beklagten 1-5 (je unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für weitere 12/20) auferlegt.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens (Proz.-Nr. LB060037) werden den Beklagten 1-5 zu je einem Fünftel auferlegt (je unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für weitere vier Fünftel).

Der Anteil der Klägerin wird vorab aus dem von ihr geleisteten Barvorschuss bezogen.

5. Die Beklagten werden zu je einem Fünftel verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 60'000.-- für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen, je unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für den vollen Betrag von Fr. 60'000.--.

6./7. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 355 S. 38 f.)

Berufungsanträge / Anschlussberufung:

Der Beklagten und Appellanten (act. 351 S. 2, 110; sinngemäss):

Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2011 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2011 so zu fassen, dass der 7. August 2002 als Datum für den Beginn des Zinsenlaufes festgelegt wird.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen, zuzüglich 7.6% bzw. 8% Mehrwertsteuer, zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

Der Klägerin und Appellatin (act. 363 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. In Gutheissung der Anschlussberufung seien Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2011 teilweise aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:
 4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu je einem Fünftel den Beklagten 1-5 (je unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für weitere vier Fünftel) auferlegt.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens (Proz.-Nr. LB060037) werden den Beklagten 1-5 zu je einem Fünftel auferlegt (je unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für weitere vier Fünftel).

5. Die Beklagten werden zu je einem Fünftel verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 110'000.-- für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen, je unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für den vollen Betrag von Fr. 110'000.--.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungskläger für das vorliegende Berufungsverfahren."

Der Beklagten und Appellanten zur Anschlussberufung (act. 369 S. 2):

"Die Anschlussberufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.6% bzw. 8% Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin und Anschlussberufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Vor- und Prozessgeschichte / Prozessuales

1.1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) ist eine in Z.____ (Kanton ...) domizilierte Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 40'500'000.-- (4'050'000 vinkulierte Namenaktien zu Fr. 10.--). Ihr Verwaltungsratspräsident ist D.____. Die Beklagten und Berufungskläger 1, 2 und 3 (nachfolgend Beklagte) sowie die verstorbenen E.____ und F.____ sind bzw. waren Verwaltungsräte der C.____ AG mit Sitz in W.____. Deren Aktienkapital beträgt Fr. 2'500'000.00, aufgeteilt in 5'000 Inhaberaktien zu Fr. 250.00 und 5'000 Namenaktien zu Fr. 250.00. Die C.____ AG verfolgt insbesondere den Zweck, sich an der ebenfalls in W.____ domizilierten C1.____ AG, die sich mit der Herstellung und dem Verkauf von Werkzeugen und Werkzeugmaschinen beschäftigt, dauernd zu beteiligen (vgl. act. 133 und 134). Die Beklagten und Berufungsklägerinnen (nachfolgend Beklagte) 4 bzw. 5 sind die einzigen Erbinnen von E.____ bzw. F.____; sie sind in dieser Eigenschaft an deren Stelle in den Prozess eingetreten.

1.2. Der vorliegenden Berufung liegt eine länger zurückliegende, prozessuale Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und der C. _____ AG zugrunde, für welche die Klägerin die Beklagten 1-5 (nachfolgend – soweit nicht anders nötig – einheitlich als Beklagte bezeichnet) mit ihrer Klage zur Verantwortung zieht. Die Vor- und Prozessgeschichte kann dem Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 4. April 2007, Proz.-Nr. LB060037, act. 215 S. 4 ff.; nachfolgend Rückweisungsbeschluss) sowie dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung (Bezirksgericht) vom 10. Juni 2011 (act. 355 S. 5 ff.; nachfolgend angefochtenes Urteil) entnommen werden.

Im Sinne einer Rekapitulation das Wichtigste:

1.3. Die G. _____ AG Z. _____ besass seit den 1980-er Jahren einen erheblichen Anteil am Aktienpaket der C. _____ AG. Nach Darstellung der Klägerin standen sich seit 1989 in der C. _____ AG im Wesentlichen eine Mehrheitsgruppe mit einem Aktienkapital von rund 52% und eine Minderheitsgruppe mit einem solchen von rund 47% gegenüber, wobei die Klägerin mit 2'093 Inhaberaktien sowie die G. _____ AG, welche mit ihren 2'530 Namenaktien im Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen war, zur Minderheitsgruppe gehört hätten. Im Jahr 1998 fusionierte die Klägerin mit ihrer Tochtergesellschaft, der G. _____ AG, indem sie deren Aktiven und Passiven übernahm. Die Klägerin stellte hierauf ein Gesuch beim Verwaltungsrat der C. _____ AG um Übertragung der C. _____ -Aktien von der G. _____ AG auf die Klägerin (act. 5/7). Die C. _____ AG bzw. ihr Verwaltungsrat verwehrte der Klägerin die Eintragung. Im Juli 1999 erhob die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die C. _____ AG Klage auf Anordnung der Eintragung ihrer 2'530 Namenaktien im Aktienbuch der Gesellschaft. Das Handelsgericht Zürich hiess die Klage vollumfänglich gut. Es entschied, dass die Verweigerung der Eintragung rechtsmissbräuchlich gewesen sei und verpflichtete die C. _____ AG zur Eintragung des Transfers der Aktien von der G. _____ AG auf die Klägerin im Aktienbuch (act. 5/15; Proz.-Nr. HG990234). Die Sache wurde von der C. _____ AG zunächst an das Kassationsgericht des Kantons Zürich weitergezogen, welches die Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss vom 19. März 2002 abwies (act. 5/16; Proz.-Nr. 2001/223Z). Eine gegen den Entscheid des Kassationsgerichts erhobene staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht durch seine I. Zi-

vilabteilung am 5. März 2003 ab (act. 5/17; Proz.-Nr. 4P.118/2002). Die C._____ AG zog das handelsgerichtliche Urteil vom 21. Mai 2001 auch mit Eidgenössischer Berufung an das Bundesgericht weiter. In Abweisung der Berufung bestätigte die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts am 5. März 2003 das Urteil des Handelsgerichts und schloss sich namentlich der Erwägung an, dass die Verweigerung der Eintragung der Klägerin im Aktienbuch rechtsmissbräuchlich gewesen sei (act. 5/3; Proz.-Nr. 4C.242/2001).

1.4. Am 22. Oktober 2003 erhob die Klägerin die vorliegende Verantwortlichkeitsklage mit dem Begehren, die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der C._____ AG einen Betrag von mindestens Fr. 1.2 Mio. zu bezahlen, wobei die Ersatzpflicht jedes Beklagten festzustellen sei (act. 2). Die Klägerin macht damit als Schaden die Kosten geltend, welche der C._____ AG infolge der vom Verwaltungsrat geführten gerichtlichen Auseinandersetzung um die Eintragung der besagten 2'530 Namenaktien in Form von Gerichtsgebühren, Parteientschädigungen sowie weiteren Kosten (namentlich Anwalts- und Expertenonoraren) entstanden sind.

1.5. Mit Urteil vom 27. Februar 2006 wies das Bezirksgericht die Klage ab (act. 129; nachfolgend erstes Urteil). Auf Berufung der Klägerin hin hob die Kammer das erste Urteil mit dem erwähnten Rückweisungsbeschluss auf und wies den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurück (act. 215). Das Kassationsgericht wies die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten am 25. März 2008 ab, soweit es darauf eintrat (act. 216). Das Bezirksgericht führte in der Folge ein umfangreiches Beweisverfahren mit Zeugeneinvernahmen durch. Mit Urteil vom 10. Juni 2011 hiess das Bezirksgericht die Klage im Umfang von Fr. 1'217'131.-- nebst Zins zu 5% ab 1. Juli 2001 gut und bestimmte den Umfang der solidarischen Haftung der Beklagten (act. 355 S. 32 f., 34 f.).

1.6. Gegen dieses Urteil erhoben alle Beklagten Berufung. Für die Berufung der Beklagten 1-3 wurde das Verfahren LB110042, für diejenige der Beklagten 4-5 das Verfahren LB110043 eröffnet. Mit der Berufungsantwort beantragte die Klägerin, die beiden Berufungsverfahren zu vereinigen (act. 363 S. 3). Die Beklagten 4

und 5 (act. 19 S. 4 Ziff. 7 in LB110043) sowie die Beklagten 1-3 (act. 369 S. 5 Ziff. 6) widersetzten sich diesem Antrag nicht. Mit Beschluss vom 2. Dezember 2011 wurde das Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LB110043 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LB110042 vereinigt; das Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LB110043 wurde als dadurch erledigt abgeschrieben.

1.7. In der Hauptsache beantragen die Beklagten die vollumfängliche Klageabweisung mangels Pflicht- und Rechtswidrigkeit sowie mangels Verschulden (act. 351 S. 4 ff.). Im Eventualstandpunkt beanstanden sie das angefochtene Urteil hinsichtlich der Schadenszinsberechnung und der Verteilung der Kosten und Entschädigungen (Dispositiv-Ziffern 4 und 5; vgl. act. 351 S. 81 ff.). Die Klägerin erhob mit der Berufungsantwort Anschlussberufung mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsregelung (act. 363 S. 2).

1.8. Das schriftlich geführte (vgl. Art. 312 und Art. 316 Abs. 1 und 2 ZPO) Berufungsverfahren fand mit Zustellung der Anschlussberufungsdupliken (act. 382 f.) an die Klägerin am 2. März 2012 seinen Abschluss (act. 384 f.). Der Prozess ist spruchreif.

1.9. Für die Sachdarstellung der Parteien vor Bezirksgericht kann vorab auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (act. 355 S. 8 ff.). Auf die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren wird – soweit für die Entscheidungsfindung massgebend – im Folgenden eingegangen.

1.10. Die Berufungsschriften der Beklagten sowie ihre Berufungsrepliken/Anschlussberufungsantworten sowie Anschlussberufungsdupliken unterscheiden sich jeweils lediglich in ihrer äusseren Form und stimmen inhaltlich vollständig überein (act. 351 = act. 2 in LB110043; act. 369 = act. 19 in LB110043; act. 382 = act. 383). Im Folgenden wird der Einfachheit halber daher lediglich auf act. 351, act. 369 und act. 383 verwiesen. Inhaltlich identisch sind auch die Berufungsantworten/Anschlussberufungsbegründungen der Klägerin in den beiden vereinigten Verfahren (act. 363 = act. 12 in LB110043). Hier wird auf act. 363 verwiesen.

1.11. Mit dem 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für die Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei Eröffnung des angefochtenen Entscheides in Kraft ist. Demgegenüber gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht für die Verfahren weiter, die am 1. Januar 2011 vor der betroffenen Instanz rechtshängig waren. Das angefochtene Urteil datiert vom 10. Juni 2011 und ist somit nach dem Inkrafttreten der ZPO eröffnet worden. Das vorliegende, zweite Berufungsverfahren richtet sich daher – ungeachtet des Umstands, dass die Kammer sich bereits einmal berufungsweise mit der Sache unter dem alten Prozessrecht befasste – nach den Regeln der ZPO und der dazugehörigen kantonalen Erlasse zu den Gebühren usw. (GOG, ferner GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010). Hingegen beurteilen sich der erstinstanzliche Prozess sowie das angefochtene Urteil verfahrensrechtlich noch nach dem alten Recht (ZPO/ZH und GVG samt dazugehörigen kantonalen Erlassen zu den Gebühren vom 4. April 2007 resp. vom 21. Juni 2006). Nach dem alten Recht (aGebV und aAnwGebV) ist auch die im Rückweisungsbeschluss dem erstinstanzlichen Endentscheid vorbehaltene Verlegung der Kosten von Fr. 23'370.-- für das erste Berufungsverfahren und die Zusprechung einer Parteientschädigung hierfür zu beurteilen (vgl. act. 215 Dispositiv-Ziffern 2 und 3).

2. Haftbarkeit der Beklagten / Bindungswirkung des Rückweisungsbeschlusses

2.1. Die Beklagten sind im Hauptpunkt der Auffassung, die (bezirksgerichtliche) Begründung ihrer Haftbarkeit beruhe auf einem – zwar im Rückweisungsbeschluss vorgegebenen – aber verfehlten Rückschluss von der Pflicht- und Rechtswidrigkeit der Eintragungsverweigerung auf die Pflicht- und Rechtswidrigkeit der Prozessführung über die Eintragungsfrage. Dieser Rückschluss vermische in unzulässigerweise Weise die Frage nach der Zulässigkeit der Nichteintragung mit der Frage nach der Zulässigkeit der Prozessführung darüber und verletze daher Art. 754 Abs. 1 OR. Nicht nur werde damit die massgebliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Haftung für prozessuales Verhalten ausser Acht gelassen. Das Bezirksgericht habe zudem den ex-ante-Grundsatz missachtet, indem es von der vom Bundesgericht nachträglich festgestellten Missbräuchlichkeit

der Eintragungsverweigerung auf die Missbräuchlichkeit der Prozessführung durch die Beklagten schliesse. Der Rückschluss sei nicht nur darum verfehlt, weil sich das Bundesgericht in seinem damaligen Urteil vom 5. März 2003 gar nicht zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Prozessführung über die Eintragung geäußert habe, sondern auch darum, weil er zukünftige Entwicklungen heranziehe, welche den Beklagten zum Zeitpunkt ihrer Entscheidungen gar nicht bekannt sein konnten und mussten. So beruhe der angefochtene Entscheid auf einer unzulässigen ex-post-Betrachtung. Nach der sog. Business Judgment Rule stehe dagegen fest, dass eine Entscheidung des Verwaltungsrates, die in Bezug auf Vorbereitung, Informationsbeschaffung, Prüfung von Alternativen, Beizug von Experten und Unabhängigkeit der Entscheidungsorgane alle Anforderungen an eine ordnungsgemässe Verwaltungsratsentscheidung erfülle, sich nachträglich jedoch als materiell unrichtig herausstelle, keine Pflichtverletzung darstelle. Der damalige Entscheid der Beklagten, sich der Klage der Klägerin auf Eintragung im Aktienbuch zu widersetzen, stelle ein solches Business Judgment (Managemententscheid) dar, der von den Gerichten zu respektieren sei. Es fehle daher vorliegend an einer Pflichtverletzung. Aus den gleichen Gründen liege kein Verschulden vor (act. 351 S. 4 ff.).

2.2. Die Klägerin hält dem entgegen, das Obergericht habe rechtsverbindlich vorgegeben, dass die Beklagten pflicht- und rechtswidrig sowie schuldhaft gehandelt hätten, indem sie die Eintragung der Klägerin im Aktienbuch durch alle Instanzen hindurch verweigert hätten. Die Ausführungen der Beklagten zur Verletzung von Art. 754 ff. OR sowie bezüglich der Pflicht- und Rechtswidrigkeit und des Verschuldens der Beklagten seien daher unzulässig und nicht zu hören. Die Beklagten würden damit dem Bezirksgericht vorwerfen, es halte sich strikte an die Rechtsauffassung des Obergerichts, was im Hinblick auf § 104a Abs. 1 GVG/ZH an der Sache vorbeigehe. Inhaltlich wollten die Beklagten eine neuerliche Beurteilung des Obergerichtsbeschlusses vom 4. April 2007, d.h. eine Revision im Sinne von Art. 328 ff. ZPO durch das Obergericht erreichen. Die (nochmalige) Berufung an das Obergericht stehe dazu nicht zur Verfügung. Wenn schon, wäre aufgrund der Rechtsmittelordnung des BGG das Bundesgericht zuständig, den obergerichtlichen Entscheid daraufhin zu überprüfen, ob Bundesprivatrecht unrichtig ange-

wendet worden sei, die vorliegende Berufung könne sich dagegen nicht gegen die im ersten Berufungsentscheid festgestellte Pflicht- und Rechtswidrigkeit und das Verschulden richten. Eine erneute Prüfung dieser Fragen durch das Obergericht würde dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes widersprechen. Analoges gelte bezüglich des Sachverhalts. Noven seien bereits im ersten Berufungsverfahren vor Obergericht unzulässig gewesen (§ 267 ZPO/ZH), und die Rückweisung zur punktuellen Ergänzung habe kein neues Behauptungsverfahren eröffnet (act. 363 S. 5 ff.; vgl. auch act. 375 S. 4 ff.).

2.3. Die Beklagten entgegnen in der Berufungsreplik, es sei die Klägerin gewesen, welche den damaligen erstinstanzlichen Entscheid mit Berufung angefochten habe. Die Beklagten hätten demgegenüber keine Möglichkeit und keinen Anlass gehabt, den damaligen erstinstanzlichen Entscheid zu rügen. Nach dem Rückweisungsbeschluss des Obergerichts und dem neuerlichen Entscheid des Bezirksgerichts seien nunmehr aber die Parteirollen vertauscht. Berufungskläger seien jetzt die Beklagten. Sie seien durch das Dispositiv des neuerlichen Urteils des Bezirksgerichts vollumfänglich beschwert, und sie seien berechtigt und legitimiert, sämtliche Rügen – und zwar erstmals – gegen den angefochtenen Entscheid vorzubringen. Die Vorbringen der Klägerin hinsichtlich des Prinzips der Einmaligkeit des Rechtsschutzes liefen ins Leere. Die von den Beklagten mit der vorliegenden Berufung erhobenen Rügen seien im Verfahren vor dem Kassationsgericht Zürich nicht rechtskräftig abgeurteilt worden, und der Rückweisungsbeschluss des Obergerichts sei nicht in Rechtskraft erwachsen. Zudem müssten zwei Fragen auseinandergelassen werden, welche die Klägerin unzutreffenderweise vermische. Auf der einen Seite stehe die Frage, welche Rügen nach einem Rückweisungsentscheid gegen einen neuerlichen Entscheid der ersten Instanz vorgebracht werden dürften. Auf der anderen Seite stehe die umstrittene Frage der Bindung der Berufungsinstanz an ihren eigenen Rückweisungsentscheid bei erneuter Berufung (act. 369 S. 9 ff.; vgl. auch act. 383 S. 5).

2.4. Richtigerweise gehen die Beklagten davon aus, dass ihre grundsätzliche Haftbarkeit für den eingeklagten Schaden, d.h. die Bejahung der Pflicht- und Rechtswidrigkeit der Prozessführung über die Eintragungsfrage und des Ver-

schuldens, durch den Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 4. April 2007 vorgegeben ist (act. 351 S. 4). Das Bezirksgericht führte Beweis und entschied über die Klage nur im noch offenen Umfang (act. 355 S. 12 ff.).

2.5. Nach § 104a Abs. 1 und 3 GVG war bei Rückweisung der Sache aber nicht nur die untere Instanz (vgl. act. 215 S. 42), sondern bei erneuter Befassung mit dem Fall – mit wenigen Ausnahmen – auch die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde lag. Das vorliegende Berufungsverfahren richtet sich zwar wie erwähnt nach dem neuen Prozessrecht. Für den Kanton Zürich hat das neue Recht allerdings in dem Punkt sachlich keine Änderung gebracht. Die Berufungsinstanz muss bei einem zweiten Entscheid in der gleichen Sache denselben Restriktionen unterworfen sein, wie die erste Instanz nach einem Rückweisungsentscheid (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46 ff. mit Hinweisen). Die einzig von Frank/Sträuli/Messmer vertretene gegenteilige Auffassung (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 270 N 11; vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46) bezieht sich auf das frühere Zürcher Prozessrecht, welches mit dem 1. November 2001 durch den erwähnten § 104a GVG/ZH geändert wurde (vgl. dazu Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 104a N 36). Wegen dieser Bindung ist es der Berufungsinstanz wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven (dazu unten Ziff. 2.8.-2.10), verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind. Der Umfang der Bindung ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Die im Rückweisungsentscheid bereits entschiedenen Fragen sind – vorbehaltlich einer Rechtsänderung (dazu unten Ziff. 2.11.-2.14.) – nicht mehr zu überprüfen (vgl. BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 1.1). Dies gilt, obschon Rückweisungsentscheide, wie die Beklagten korrekt festhalten, als prozessleitende Entscheide nicht in Rechtskraft erwachsen. Denn wäre es anders, so wäre dadurch die Umsetzung des Rückweisungsentscheides in Frage gestellt und

wäre – wie die Klägerin zu Recht argumentiert – das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes verletzt. Der Grundsatz der Bindung der Berufungsinstanz an ihren eigenen Rückweisungsentscheid folgt überdies aus der bundesgerichtlichen Praxis, deren Übertragung auf den kantonalen Instanzenzug das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsordnung verlangt. Die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts, mit welcher es seinen Rückweisungsentscheid begründet hat, ist in der Folge nicht nur für die kantonale Berufungsinstanz bei der Beurteilung der Berufung, sondern auch für das Bundesgericht selbst, wenn es später ein zweites Mal angerufen wird, massgebend (vgl. BGE 135 III 334 E. 2.1, S. 335 f.; BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 1.1; BSK BGG-Meyer, Art. 107 N 18). Dass die Beklagten weder Veranlassung noch Möglichkeit hatten, das erste, die Klage abweisende Urteil des Bezirksgerichts anzufechten, ist ohne Bedeutung, hatten sie doch im ersten Berufungsverfahren jedenfalls Veranlassung und Gelegenheit, die Rügen der Klägerin gegen die Verneinung einer Sorgfaltspflichtverletzung und eines Verschuldens der Beklagten im ersten Urteil zu bestreiten. Sie taten dies denn auch, mit dem Antrag, die Berufung der Klägerin sei abzuweisen und das erste Urteil zu bestätigen (vgl. act. 215 S. 4, 29 ff.). Im Rückweisungsbeschluss wurde auf die Argumente der Beklagten im Einzelnen eingegangen (vgl. act. 215 S. 26 ff.). Die Beklagten können mit der vorliegenden Berufung nicht erreichen, dass Argumente gegen ihre Haftbarkeit – seien sie entweder bereits vorgebracht worden oder hätten sie bereits vorgebracht werden können – auf der gleichen tatsächlichen und rechtlichen Basis (erneut) diskutiert werden. Mit einer gegen den heutigen Endentscheid gerichteten Beschwerde an das Bundesgericht kann freilich auch der Rückweisungsbeschluss angefochten werden (vgl. Art. 93 Abs. 3 BGG; act. 215 Dispositiv-Ziffer 5 b; das Kassationsgericht hat die gestützt auf Bundesrecht gegen den Rückweisungsbeschluss erhobenen Rügen nicht geprüft; vgl. act. 216 S. 7 ff.).

2.6. Im Rückweisungsbeschluss wurde dargelegt, dass die Voraussetzungen der Pflichtverletzung von Art. 754 OR und des Verschuldens der Beklagten im vorliegenden Fall erfüllt seien. Dem Entscheid lag die nachstehende Beurteilung zugrunde (act. 215 S. 26 ff.):

"9.1. Die Klägerin macht im Sinne von Art. 756 Abs. 1 OR den der Gesellschaft entstandenen Schaden geltend. Die Beklagten können gemäss Art. 754 Abs. 1 OR von der Klägerin für die Deckung des der "C._____ AG" entstandenen Schadens herangezogen werden, wenn sich ergeben sollte, dass sie diesen "durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten" verursacht haben.

Entscheidend ist nun, wie sich die Dinge aus der Sicht des Verwaltungsrates präsentierten, als er der Klägerin die Eintragung im Aktienbuch verweigerte bzw. später die Entschlüsse fasste, sich dem Klagebegehren der Klägerin vor Handelsgericht zu widersetzen und das Urteil des Handelsgerichts durch alle Instanzen weiterzuziehen. Es sind dies Managemententscheidungen, die im Verantwortlichkeitsprozess mit einer gewissen Zurückhaltung zu überprüfen sind. Bisweilen spricht man in diesem Zusammenhang von der "Business Judgment Rule". Dargestellt wurde dieses aus dem angelsächsischen Rechtskreis stammende Prinzip in der schweizerischen Rechtsliteratur vor allem von Andrea Grass, und zwar in seiner Dissertation (Business Judgment Rule, Zürich 1998) sowie in einem Aufsatz in SZW, 2000 S. 1-10. Wenn Managemententscheide im Verantwortlichkeitsprozess mit einer gewissen Zurückhaltung zu überprüfen sind, hat man eben zu berücksichtigen, dass man im Nachhinein stets klüger ist als zuvor (so Watter, in: Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 717 OR). Eine Pflichtverletzung ist aber auch unter diesem Blickwinkel namentlich dann anzunehmen, wenn das Organ nicht im Interesse der Gesellschaft oder gar in seinem eigenen Interesse gehandelt hat, wenn der Entscheid auch aus der damaligen Sicht als unvernünftig taxiert werden muss oder wenn er Treu und Glauben zuwiderläuft (vgl. zu Business Judgment Rule auch: Widmer/Banz, in Basler Kommentar, Nr. 31 zu Art. 754 OR).

9.2. Auffallen muss in dem hier zu beurteilenden Fall, dass sich das Bundesgericht in seinem entscheidenden Urteil vom 5. März 2003 veranlasst gesehen hat, auf die mögliche Haftung der Organe der "C._____ AG" in dem hier interessierenden Zusammenhang ausdrücklich hinzuweisen. Es hob nämlich hervor, dass angesichts des Umstandes, dass gemäss Art. 717 Abs. 2 OR für den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft die Interessen der Gesellschaft einzige Richtschnur sei, eben strenge Massstäbe anzulegen seien, "wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen Interesse oder im Interesse von einzelnen andern Aktionären oder Drittpersonen" handle. In publizierten Entscheiden hat das Bundesgericht diesen Grundsatz, den es im vorliegenden Fall offensichtlich als verletzt ansah, denn auch wiederholt festgehalten (BGE 130 III 219 E. 2.2.2, 113 II 57 E. 3a).

In seiner Entscheidung vom 5. März 2003 kommt das Bundesgericht nun zum Schluss, dass die Eintragungsverweigerung seitens des Verwaltungsrates der "C. _____ AG" einerseits das Gleichbehandlungsgebot verletzte, weil sie nicht im Interesse der Gesellschaft lag, sondern vielmehr in jenem der der Mehrheitsgruppen angehörenden Aktionäre. Darüber hinaus kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Haltung des Verwaltungsrates sogar rechtsmissbräuchlich war: Eine Minderung des Einflusses der Klägerin liege, so das Bundesgericht, "entgegen der Auffassung der Beklagten (d.h. der "C. _____ AG") ausserhalb des Zweckes der Vinkulierung" (act. 5/3 S. 17). Die "G. _____ AG Z. _____" und die Klägerin ["B. _____ AG"] gehörten nämlich "nach den Feststellungen des Handelsgerichts der Minderheitsgruppe der Aktionäre der Beklagten ["C. _____ AG"] an". Durch die Eintragungsverweigerung werde weder eine unerwünschte Person ferngehalten noch diene sie der Verhinderung einer Machtverschiebung. Die Befürchtungen, dass die Zustimmung zur Aktienübertragung der "B. _____ AG" bzw. D. _____ grösseren Einfluss auf die Geschäftspolitik der "C. _____ AG" erlange, sei vom Handelsgericht zu Recht als "reine Spekulation" bezeichnet worden. Auch im Wegfall der Sperrminorität der Minderheit liege kein Vorteil für die Gesellschaft. Das alles liege "ausschliesslich im Interesse der zur Mehrheitsgruppe gehörenden Aktionäre". In diesem Interesse habe die "C. _____ AG" (und damit ihr Verwaltungsrat) "die Situation, welche sich aus der Fusion zwischen der Klägerin und der "G. _____ AG Z. _____" ergibt", in missbräuchlicher Weise ausgenutzt (act. 5/3 S. 19).

Angesichts dieser bundesgerichtlichen Haltung muss die Eintragungsverweigerung des Verwaltungsrates – jedenfalls bei dem vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalt – als pflicht- und damit auch als rechtswidrig angesehen werden. Und angesichts des bundesgerichtlichen Hinweises, dass in derartigen Fällen selbst eine leichte Fahrlässigkeit die Organhaftung auslöse (so der Hinweis auf BGE 113 II 57 E. 3a in act. 5/3 S. 13), muss ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Handlung des Verwaltungsrates im Sinne der bundesgerichtlichen Darstellung als haftungsbegründend im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR gelten muss. Wenn dies nach Auffassung des Bundesgerichts bereits für die Eintragungsverweigerung als solche gilt, dann muss dies erst recht für die Haltung des Verwaltungsrates im Prozess vor Handelsgericht gelten, wo er die Eintragungsverweigerung durch alle Instanzen verteidigte; dies geschah selbst dann noch, als der Verwaltungsrat in diesem Zusammenhang mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ausdrücklich konfrontiert war. Angesichts dieser bundesgerichtlichen Vorgaben können die Beklagten sich einer Haftung jedenfalls nicht mit rechtlichen Argumenten entschlagen; und erst recht hilft ihnen nichts, dem Bundesgericht einfach zu widersprechen. Ebenso wenig vermögen sie sich durch den Hinweis zu

entlasten, ihre Handlungen seien von vornherein durch die von ihnen beigezogenen Gutachten von Rechtsprofessoren gerechtfertigt worden (vgl. die bei den Akten liegenden Gutachten von Prof. H._____, dem späteren Prozessanwalt der "C.____ AG", und von Prof. I._____: act. 33/25, 33/34, 35/3, 35/6). Gleiches gilt angesichts der bundesgerichtlichen Beurteilung der konkreten Vorgänge auch für eine abweichende Meinung eines Handelsrichters anlässlich der Fällung des handelsgerichtlichen Urteils vom 21. Mai 2001 (act. 30/31) oder abweichende Rechtsauffassungen anderer gerichtlicher Instanzen (vgl. Verfügung des Einzelrichter des Bezirks Bülach vom 16. April 1999 und Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 1999; act. 33/8, insbesondere S. 15, und act. 33/28). Bezüglich der von den Beklagten in diesem Zusammenhang herangezogenen Entscheide des Einzelrichters des Bezirks Bülach und des Obergerichts des Kantons Zürich ist immerhin zu sagen, dass diese Entscheide nicht auf Grund der gleichen Tatsachenbehauptungen ergingen wie das handelsgerichtliche Urteil und namentlich die Frage des Rechtsmissbrauchs dort nur am Rande gestreift wurde. Die bundesgerichtlichen Vorgaben berücksichtigen die Situation eines Verwaltungsrates bei Managemententscheidungen durchaus; aus diesen Vorgaben ergibt sich aber, dass die Verletzung des Gleichheitsgebotes durch den Verwaltungsrat besonders schwer wiegt. Erst recht gilt das für derartige Handlungen, die sogar als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden müssen. Auch der Umstand, dass das Bundesgericht der "C.____ AG" in einem andern Punkte, nämlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 685b Abs. 1 OR ("escape"-Klausel), Recht gab, ändert an dieser Betrachtungsweise nichts (vgl. dazu aber act. 34 S. 18). Den Beklagten hilft so dann auch nichts, dass das Bundesgericht die Meinung des Handelsgerichts nicht in allen Punkten übernommen hat (vgl. dazu act. 34 S. 19). Entscheidend ist aber, dass das Bundesgericht das handelsgerichtliche Urteil in den entscheidenden und wesentlichen Punkten bestätigte. Was rechtens ist und was nicht, ist allein am bundesgerichtlichen Urteil zu messen.

In diesem Sinne ist namentlich auch die Argumentation des Beklagten 2 nicht zielführend, wonach die auf verschiedene Gesellschaften aufgeteilten Aktien sich "von der rechtlichen Macht in einer Gesellschaft unterscheiden", selbst wenn sie damals überhaupt "in der gleichen wirtschaftlichen Macht vereint waren", was sich etwa dann gezeigt hätte, wenn die "G.____ AG Z.____" in Konkurs gefallen wäre. Es sei nicht darum gegangen, so der Beklagte 2, "die rechtliche Macht von Herrn D.____ zu verkürzen, sondern es ging darum, das Anwachsen der Rechte der B.____ AG zu verneinen", was das Bundesgericht "aus irgendwelchen Gründen missachtet" habe (act. 82 S. 3 und 6-8). Das Verhindern des "Anwachsens der Rechte der B.____" hat das Bundesgericht eben als Verletzung des Gleichheitsgebotes bzw. des Rechtsmissbrauchverbotes angesehen. Damit hat

sich auch der Beklagte 2 abzufinden. Wenn das Bundesgericht mit seinem Urteil dem Gleichbehandlungsgrundsatz zum Durchbruch verhalf, kann keine Rede davon sein, dass das Bundesgericht mit seinem Urteil vom 5. März 2003 einen Rechtsgrundsatz formuliert habe, "der als höchstrichterlicher Rechtsspruch nicht zu erwarten" gewesen wäre (act. 82 S. 8).

[9.3.-9.4.]

9.5. Die Beklagten vermögen nach dem Gesagten mit ihren Vorbringen die massgebliche bundesgerichtliche Argumentation gemäss dem Urteil vom 5. März 2003 nicht aus den Angeln zu heben. Entscheidend ist eben, dass die Namenaktien, um die es hier geht, auf die "G._____ AG Z._____", mithin auf eine juristische Person, eingetragen waren. Damit stand die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte namens der "G._____ AG Z._____" deren Organen zu, wer immer auch diese Funktionen wahrnehmen sollte. Die von den Beklagten auch in diesem Prozess an die Wand gemalten verhängnisvollen Einflüsse des D._____ auf die "C._____ AG" hätten, was die seinerzeit von der "G._____ AG Z._____" gehaltenen Namenaktien anbelangt, von jenem Zeitpunkt nicht vermieden werden können, in dem D._____ über die "G._____ AG Z._____" die Alleinherrschaft erlangte. Das traf jedenfalls Ende 1997 ein. Auch die Beklagten stellen sich auf den Standpunkt, dass im Jahre 1997 die sogenannte "Gleichschaltung" der "G._____ AG Z._____" mit der Klägerin erfolgt sei (vgl. act. 31 S. 22). Die Möglichkeit einer derartigen "Gleichschaltung" lag indessen in der Natur der Sache, nämlich im Umstand begründet, dass die "G._____ AG Z._____" eine Aktiengesellschaft war. Dass die "Gleichschaltung" auf irgendeine Art zum Erlöschen der Mitwirkungsrechte der "G._____ AG Z._____" als Namenaktionärin hätte führen können, machen selbst die Beklagten nicht geltend. Was nun der "C._____ AG" bzw. deren Organen seinerzeit vom Bundesgericht vorgeworfen wurde, ist der Umstand, die Zustimmung zur Aktienübertragung verweigert zu haben, obwohl sich durch die Aktienübertragung weder eine Machtverschiebung innerhalb der "C._____ AG" noch ein "faktischer Machtzuwachs" für die Klägerin ergeben habe, "da beide Gesellschaften von der gleichen Person (D._____) beherrscht" worden seien (act. 5/3 S. 17, Erw. 5.3). Nach Auffassung des Bundesgerichts ist sodann jene Situation von Belang, die bei der Stellung des Übertragungsgesuchs bestand, mithin am 26. November 1998 (act. 5/3 S. 19, Erw. 5.4; vgl. act. 5/7). In diesem Zeitpunkt hatte indessen die "G._____ AG Z._____" infolge Fusion mit der Klägerin ihre Rechtspersönlichkeit aber bereits verloren. Die vom Verwaltungsrat der Beklagten angestrebte, indessen vom Bundesgericht nicht bestätigte Übertragungsverweigerung der Aktien von der "G._____ AG Z._____" auf die Klägerin hätte bewirkt, dass bezüglich der in Frage stehenden 2'530 Namenak-

tien die Mitgliedschaftsrechte seitens der bisherigen Eigentümer nicht mehr hätten ausgeübt werden können. Mit andern Worten: Die "C._____ AG" versuchte die Fusion der "G._____ AG Z._____" mit der Klägerin als unerwarteten Glücksfall auszunutzen, um die schon zuvor bestehende Beherrschung der Mitgliedschaftsrechte bezüglich Namenaktien der "G._____ AG Z._____" durch D._____ auszuschalten. Weil wegen eben dieser Fusion die "G._____ AG Z._____" nicht mehr existierte, hätte sich der frühere Zustand auch nicht mehr wiederherstellen lassen, indem die Aktien wieder auf die "G._____ AG Z._____" übertragen worden wären. Die Einflussmöglichkeiten D._____s hätten bezüglich dieser Aktien jedenfalls beseitigt werden können. Für das Bundesgericht war denn auch entscheidend, dass D._____ durch die Zustimmung zur Aktienübertragung keinen grösseren Einfluss auf die Geschäftspolitik der "C._____ AG" hätte gewinnen können, als er schon zuvor hatte (act. 5/3, Erw. 5.4 S. 18). Die Fusion zum Anlass zu nehmen, die Einflussmöglichkeiten D._____s zu reduzieren, war eben nach dieser Anschauung rechtsmissbräuchlich und versties überdies gegen den Grundsatz, die Aktionäre gleich zu behandeln. In rechtsmissbräuchlichem Verhalten liegt aber stets ein Verstoß gegen Recht und Billigkeit; solches Tun ist rechtswidrig.

Wie ausgeführt, vermögen die Argumente der Beklagten diese Sicht der Dinge nicht zu entkräften. Ihre Hinweise, dass aus der Klägerin und der "G._____ AG Z._____" Vehikel des D._____ geworden seien, widerlegt die bundesgerichtliche Argumentation nicht, sondern bestätigt sie im Gegenteil. Wenn schon seitens der Beklagten anerkannt wird, dass im Jahre 1997 die sogenannte "Gleichschaltung" der beiden Gesellschaften (Klägerin einerseits und "G._____ AG Z._____" andererseits) erfolgt sei, dann ist nicht einzusehen, weshalb die im Jahre 1998 vollzogene Fusion der beiden Gesellschaften die Grundlage für eine Eintragungsverweigerung hätte bilden können. Seitens der Beklagten wird zwar anerkannt, dass "mangels eines formellen Rechtsüberganges" die Vinkulierungsbestimmungen bei der Übernahme der Kontrolle D._____s über die "G._____ AG Z._____" nicht hätten spielen können (vgl. act. 31 S. 23). Die Beklagten können eben nicht aus der Welt schaffen, dass auch Kapitalgesellschaften Aktien halten können, so dass deren Mitgliedschaftsrecht von wechselnden natürlichen Personen ausgeübt werden können, denen Organstellung zukommt. Verhält es sich aber so, dann ist es nicht gerechtfertigt, wenn die "C._____ AG" bzw. ihre Organe das Dahinfallen der Existenz der "G._____ AG Z._____" infolge der Fusion mit der Klägerin dazu ausnutzten, um den hier in Frage stehenden Namenaktien die Mitgliedschaftsrechte zu entziehen. Dies geschah, obwohl längst zuvor Veränderungen im Aktionariat der "G._____ AG Z._____" erfolgten, indem dort D._____ Einfluss gewann. Die Beklagten bestätigen denn auch in diesem Prozess ausdrücklich, dass das Handeln des Verwaltungsrates der "C._____ AG" gegen D._____ gerichtet

war, weil man eben die "C._____ AG" "aus der Umklammerung D._____s lösen" wollte (vgl. act. 31 S. 42).

9.6. Es bleibt mithin dabei, dass die Beklagten durch die Verweigerung der Eintragung der Klägerin im Aktienbuch rechtsmissbräuchlich und damit rechtswidrig handelten. Erst recht gilt dies, wenn diese Haltung im anschliessenden Prozess verteidigt wurde. Wenn die Beklagten auf Meinungen von Fachleuten und auch eine bei der handelsgerichtlichen Urteilsfällung vertretene Minderheitsmeinung hinweisen, vermag dies angesichts der überaus deutlichen bundesgerichtlichen Antwort die Rechtswidrigkeit ihres Tuns nicht aus der Welt zu schaffen.

9.7. Für die Haftung gemäss Art. 754 OR genügt blosser Fahrlässigkeit. Erinnert sei an dieser Stelle noch einmal an die Darlegungen des Bundesgerichts in seinem Urteil vom 5. März 2003 (vgl. oben Erw. 9.2.). Es wies dort ausdrücklich darauf hin, dass unter dem Gesichtspunkt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dann strenge Massstäbe anzulegen seien, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft handle. Ein Verwaltungsrat, der aber, wie das im hier interessierenden Zusammenhang geschah, gegenüber einzelnen Aktionären den Gleichbehandlungsgrundsatz missachtet und die Eintragung von Aktien gar rechtsmissbräuchlich verweigert, handelt nie im Interesse der Gesellschaft. Dessen hätten sich die Beklagten bzw. ihre Rechtsvorgänger spätestens bei Einleitung des Prozesses durch die Klägerin vor Handelsgericht bewusst werden müssen. Vom bundesgerichtlichen Urteil wurden sie keineswegs so aus heiterem Himmel getroffen, wie sie das im Prozess darstellen. Ihr Weg war riskant. Wenn sich nun mit dem vorliegenden Prozess das Risiko realisiert, muss ihnen eben schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden. Das führt zur grundsätzlichen Haftung der fünf Beklagten."

2.7. Was den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt angeht, stellen die Beklagten auf den Seiten 4 bis 23 der Berufungsbegründung (act. 351) unter dem Titel "Einleitende Bemerkungen" und "Massgeblicher Sachverhalt gemäss ex-ante Betrachtung" zunächst dar, was sie bereits in ihren Klageantworten unter "Massgeblicher Sachverhalt" dem Bezirksgericht vorgetragen hatten (vgl. act. 29 S. 12 ff. und act. 31 S. 4 ff.). Darauf ist nicht mehr einzugehen.

2.8. Die Beklagten tragen in der Berufung neu vor, die Klägerin habe die heutigen Verwaltungsratsmitglieder der C._____ AG in einem weiteren Verfahren aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit eingeklagt. Thema dieses Verfahrens sei der

Widerstand des Verwaltungsrates gegen eine von der Klägerin betriebene Verbeiständung der Gesellschaft. Das Bezirksgericht habe die Klage mit Urteil vom 5. Februar 2010 abgewiesen, und das Obergericht habe diesen Entscheid am 8. Juli 2011 bestätigt. Diese im Sinne von Art. 317 ZPO zulässigen Noven zeigten, dass es die Zielsetzung der Klägerin sei, die Beklagten für sämtliche Prozesse, in denen sich die C._____ AG dem Ansinnen der Klägerin widersetze, unbeschränkt haften zu lassen (act. 351 S. 5, 7). Damit nicht genug, habe die Klägerin eine Auflösungsklage gegen die C._____ AG erhoben und das die Klage abweisende Urteil des Handelsgerichts vom 21. Januar 2011 mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen (act. 351 S. 16 f.).

2.9. Das mag alles zutreffen. Das Bundesgericht hat die Beschwerde der Klägerin im vorerwähnten Verantwortlichkeitsprozess im Übrigen mit Urteil vom 16. Februar 2012 abgewiesen (BGer 4A_524/2011). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin mit Bezug auf die vorliegende Klage ist jedoch nicht erkennbar. Schon in ihrer Klageantwort vertraten die Beklagten die Ansicht, die Klägerin führe den Verantwortlichkeitsprozess "aus sachfremden Motiven", weshalb die Klage ohne Weiteres abzuweisen sei (act. 31 S. 13 und S. 43 ff.). Im Rückweisungsbeschluss wurde dazu erwogen, angesichts der deutlichen Sprache des bundesgerichtlichen Berufungsurteils, welches an die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte gar erinnert habe, könne von einer missbräuchlichen Prozessführung der Klägerin keine Rede sein. Vielmehr habe die Klägerin als Minderheitsaktionärin, der ein beträchtlicher Teil der Aktien zustehe, ein berechtigtes Interesse daran, dass der Gesellschaft ein Millionenschaden im Sinne von Art. 756 Abs. 1 Satz 1 OR erstattet werde, wenn ein solcher entstanden sein sollte (act. 215 S. 23). Das gilt nun nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens mit einem Schadensbetrag von Fr. 1.2 Mio. umso mehr. Im Rückweisungsbeschluss wurde auch bereits auf die von den Beklagten angeführte Auflösungsklage der Klägerin gegen die C._____ AG Bezug genommen. Die Beklagten hatten duplendo argumentiert, das bundesgerichtliche Urteil vom 5. März 2003 wäre "mit Sicherheit anders herausgekommen", wenn das Bundesgericht von diesem Umstand Kenntnis gehabt hätte (act. 88 S. 69). Dieser Auffassung ist die Kammer nicht gefolgt. Wenn die Klägerin die erwähnte Klage eingeleitet habe, dann sei

dies wohl deshalb geschehen, weil sie der Meinung sei, die Voraussetzungen für eine Auflösung der Gesellschaft seien gegeben. Sie werde vor Gericht mit ihrem Anspruch aber nur durchdringen, wenn ihre Auffassung richtig sei. Aus dem Umstand, dass sich die Klägerin der im Rechtsstaat vorgesehenen Mittel bediene, um ihre Interessen durchzusetzen, lasse sich nichts gegen sie ableiten (act. 215 S. 37). Den Beklagten hilft es unter diesem Blickwinkel ebenso wenig, dass die Klägerin gegen das die Auflösungsklage abweisende Urteil des Handelsgerichts vom 21. Januar 2011 die Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen hat, welche mit Urteil vom 10. November 2011 (BGer 4A_164/2011) abgewiesen wurde (vgl. auch die Abweisung des Revisionsgesuchs der Klägerin mit Urteil vom 24. Februar 2012; BGer 4F_1/2012). Das sind wohl echte und insoweit zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO, sie begründen jedoch keinen Rechtsmissbrauch der Klägerin und sind auch für die materielle Beurteilung der Klage unerheblich. Wie die Beklagten selber argumentieren, sind nachträgliche Entwicklungen für die massgebliche Beurteilung der Haftbarkeit der Beklagten aus dem Aktieneintragungsprozess nicht zu berücksichtigen.

2.10. Weitere Noven tragen die Beklagten nicht vor. Fest steht damit, dass kein gegenüber dem ersten Berufungsverfahren resp. dem Rückweisungsbeschluss geänderter Sachverhalt vorliegt.

2.11. Die rechtliche Beurteilung der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens der Beklagten im Rückweisungsbeschluss sind für den aktuellen Prozessschritt wie ausgeführt im Grundsatz verbindlich. Die einzige, ausnahmsweise Durchbrechung der Bindungswirkung könnte sich hier aus einer nach dem Rückweisungsbeschluss vom 4. April 2007 geänderten oder neu begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichts in der gleichen Rechtsfrage ergeben (vgl. dazu ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 48; ferner unter dem alten Recht: § 104a Abs. 3 GVG; ZR 100/2001 Nr. 12).

2.12. So führen die Beklagten für ihre Argumentation ein Urteil des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2008 (BGer 4A_267/2008) betreffend einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft wegen verschiedener Pflichtverletzungen an (vgl. act. 351 S. 33 ff.). Von Interesse ist die

geltend gemachte Sorgfaltspflichtverletzung wegen der Führung eines Aberkennungsprozesses. Das Kantonsgericht Zug hiess die Verantwortlichkeitsklage unter diesem Aspekt gut. Das Obergericht des Kantons Zug verneinte demgegenüber eine Pflichtverletzung wegen der Prozessführung und wies die Klage ab. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid. Die Gesellschaft hatte den Aberkennungsprozess verloren, weil sie die zur Verrechnung gestellte Schadenersatzforderung ungenügend substantiiert hatte. Das Bundesgericht hielt im Einklang mit der Vorinstanz dafür, aus diesem Umstand könne nicht auf eine Unterlassung der Einschätzung der Prozesschancen geschlossen werden. Es treffe zwar zu, dass der Beizug von Experten, insbesondere Rechtsanwälten nicht (unbedingt) darauf schliessen lasse, die Verwaltungsratsmitglieder hätten ihre Pflicht zur sorgfältigen Abwägung der Prozesschancen und zur Prozessvorbereitung hinreichend erfüllt, die Vorinstanz habe die Pflichtverletzung jedoch nicht ausschliesslich aufgrund des Beizugs eines externen Anwalts verneint, sondern ausgeführt, dass die mangelnde Substantiierung der zur Verrechnung gestellten Forderung noch keine missbräuchliche Inanspruchnahme eines Gerichtsverfahrens begründe. Das Bundesgericht wies dabei darauf hin, dass die Anhebung des Aberkennungsprozesses seitens der Gesellschaft nicht von vornherein als aussichtslos betrachtet werden könne, und es hob hervor, dass der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs weder die Anhebung des Aberkennungsprozesses an sich noch die Geltendmachung der zur Verrechnung gestellten Forderung betroffen habe. Demnach könne den beklagten Verwaltungsräten nicht vorgeworfen werden, sie hätten unsorgfältig gehandelt und die Interessen der Gesellschaft geschädigt (BGer 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 5.2 und 5.6).

2.13. Für den Standpunkt der Beklagten gibt der angeführte Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2008 nichts her, wird doch darin eine rechtsmissbräuchliche Anspruchserhebung gerade verneint. Hier liegen die Dinge anders. Das Bundesgericht kam in seiner Berufungsentscheid vom 5. März 2003 zum Schluss, dass die – im Prozess vertretene – Haltung des Verwaltungsrats der C._____ AG, die Zustimmung zur Aktienübertragung bzw. die Eintragung der Klägerin im Aktienbuch zu verweigern, nicht nur nicht im Gesellschaftsinteresse gelegen habe, sondern gar rechtsmissbräuchlich gewesen sei (act. 5/3 E. 5). Hinzu

kommt, dass sich das Bundesgericht veranlasst gesehen hat, auf die mögliche Haftung der Organe der C. _____ AG in dem hier interessierenden Zusammenhang ausdrücklich hinzuweisen. Es erwog, dass unter dem Gesichtspunkt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit strenge Massstäbe anzulegen seien, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen Interesse oder im Interesse von einzelnen anderen Aktionären oder Drittpersonen handle (act. 5/3 S. 13 mit Hinweis auf BGE 113 II 52 E. 3a, S. 57).

2.14. Aus der bis dato ergangenen, bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich sodann nicht, dass an prozessuales Verhalten von Verwaltungsräten unter dem Titel von Art. 754 Abs. 1 OR weniger strenge Anforderungen zu stellen wären, als an die übrige Geschäftsführung (vgl. dazu BGer 4A_177/2011 und 4A_179/2011 vom 2. September 2011, E. 4.3 mit Hinweis auf BGE 117 II 395 E. 3b, S. 396 sowie BGer 4A_524/2011 vom 16. Februar 2012, E. 2). Es bleibt dabei: Die Missbräuchlichkeit der Eintragungsverweigerung schlägt auf die Prozessführung über diese Frage durch. Eine Ausnahme von der Bindungswirkung der im Rückweisungsbeschluss entschiedenen Fragen ist zu verneinen.

2.15. Im Resultat besteht kein Grund, auf die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens – die Haftbarkeit der Beklagten – zurückzukommen. Die erneute Bestreitung der Haftungsvoraussetzungen mit der vorliegenden Berufung erweist sich als unzulässig. Ein weiteres Eingehen auf die Ausführungen der Beklagten zum Sachverhalt aus ihrer Sicht und zur Verletzung von Art. 754 ff. OR (act. 351 S. 7 ff., 24 ff.) entfällt damit von selbst.

3. Umfang der Haftung / Schaden

3.1. Das Bezirksgericht hat im angefochtenen Urteil über die noch offenen Fragen der Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2 und des Umfangs des Schadens und der (solidarischen) Haftung der Beklagten entschieden. Die Behandlung dieser Fragen wird im Berufungsverfahren – abgesehen vom Schadenszins (dazu sogleich Ziff. 4.) – von keiner Seite beanstandet: Die Passivlegitimation der Beklagten 1 und 2 (act. 355 S. 9 ff.) wird von den Beklagten nicht mehr in Frage gestellt. Die Beklagten anerkennen überdies, dass die Kosten der C. _____ AG für

den Eintragungsprozess ab Einleitung der Klage vor Handelsgericht am 2. Juli 1999 bis zu den Entscheiden des Bundesgerichts vom 5. März 2003 sich auf Fr. 1'217'131.-- beliefen (vgl. act. 355 S. 14 ff., S. 30; act. 369 S. 10). Die Klägerin ihrerseits zeigt sich mit der Klageguthweisung in (nur) diesem Umfang ausdrücklich einverstanden (act. 363 S. 10, 15 ff.). Nebst dem hat das Bezirksgericht überzeugend dargelegt, dass die Beklagten 1-5 für den Betrag von Fr. 1'217'131.-- wie folgt solidarisch haften: Der Beklagte 1 mit Fr. 123'168.--, der Beklagte 2 mit Fr. 1'093'963.-- und die Beklagten 3-5 mit je Fr. 1'217'131.-- (act. 355 S. 32 f., 34 f.). Die Parteien (insbesondere die Beklagten) bringen dagegen nichts vor.

3.2. Damit kann hinsichtlich des Umfanges der Haftung der Beklagten und des Schadens ohne Ergänzungen auf die zutreffenden Erwägungen des Bezirksgerichts im angefochtenen Urteil verwiesen werden (act. 355 S. 9 ff.).

4. Zins / mittlerer Verfall

4.1. Ausser Frage steht des Weiteren, dass ein pauschaler Schadenszins von 5% auf den sog. mittleren Verfall geschuldet ist. Streitig ist, wie der mittlere Verfall zu berechnen resp. welches Datum als mittlerer Verfalltag einzusetzen ist. Im angefochtenen Urteil wird dazu festgehalten, gegen den von der Klägerin verlangten Schadenszins seit dem 1. Juli 2001 sei nichts einzuwenden, da sich dieser Stichtag zu Gunsten der Beklagten auswirke – der mittlere Verfalltag wäre auf ca. Ende 2000 anzusetzen (act. 355 S. 33).

4.2. Die Beklagten rügen, das Bezirksgericht bleibe insoweit jede Erklärung schuldig, weshalb ein Schadenszins ab 1. Juli 2001 gerechtfertigt sei und weshalb sich dieses Datum zu ihren Gunsten auswirke. Die Festsetzung des mittleren Verfalltags per ca. Ende 2000 und des Stichtags per 1. Juli 2001 sei nicht nachvollziehbar und willkürlich, denn es werde auf den von der Klägerin geschätzten mittleren Verfalltag abgestellt. Dabei weisen die Beklagten darauf hin, dass das Bezirksgericht der Klägerin den Hauptbeweis für die Rechtfertigung eines Schadenszinses von 5% ab dem mittleren Verfall per 1. Juli 2001 auferlegt habe. Tatsache sei auch, dass die Klägerin diesbezüglich nie Berechnungen angestellt habe, sondern vielmehr wiederholt eingestanden habe, dass das genannte Datum

von ihr nicht genau berechnet, sondern bloss geschätzt worden sei. Die Beklagten hätten in ihrer Stellungnahme vom 31. März 2011 die Richtigkeit der klägerischen Behauptung ausdrücklich bestritten und geltend gemacht, dass die Berechnung des mittleren Verfalltags mittels Daumenschätzung "mathematisch methodenwidrig und inakzeptabel" sei (vgl. act. 342 S. 31 f.). Die Annahme des 1. Juli 2001 als mittlerer Verfalltag wirke sich in Wirklichkeit zum Nachteil der Beklagten aus. Es gehe nicht an, dass die Beklagten verpflichtet würden, für einen willkürlichen Zeitraum Schadenszins zu entrichten, solle dieser Schadenszins doch den entgangenen Zins für die vorübergehende Entbehrung der Schadenssumme ersetzen. Bei der Annahme des mittleren Verfalltags habe das Bezirksgericht offenbar nur den zeitlichen Ablauf des damaligen Verfahrens bezüglich der Nichteintragung der Klägerin im Aktienbuch betrachtet und als mittleren Verfalltag etwa die Mitte der Zeitachse dieses Verfahrens angenommen, welches sich von der Weisung des Friedensrichteramts W. _____ vom 14. Juni 1999 bis zur bundesgerichtlichen Ablehnung der staatsrechtlichen Beschwerde bzw. der Berufung am 5. März 2003 erstreckt habe. Erst mit den bundesgerichtlichen Entscheiden sei hingegen das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen und die Gerichtsgebühren und Parteientschädigungen fällig geworden. Bereits daraus erhellet, dass als mittlerer Verfalltag weder ca. Ende 2000 noch der 1. Juli 2001 angenommen werden könne. Denn die Kostenfolgen in Form von Gerichtsgebühren und Parteientschädigungen mit über Fr. 900'000.-- hätten den grössten Teil der gesamten Kostenfolgen ausgemacht. Das Bezirksgericht gehe nicht nur über das hinaus, was die Klägerin gefordert habe, nämlich Zins ab dem Zeitpunkt, zu welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt habe, es verkenne ausserdem, dass im Rahmen des damaligen Verfahrens verschiedene Zahlungen in unterschiedlicher Höhe zu mehreren Zeitpunkten an unterschiedliche Adressaten erfolgt seien. Dabei sei zu berücksichtigen, dass unterschiedliche Teilbeträge unterschiedlich fällig würden. Um den mittleren Verfalltag zu ermitteln, müssten die einzelnen Teilbeträge nach Betrag und Fälligkeit gewichtet werden. Die C. _____ AG habe insgesamt den Betrag von Fr. 1'217'131.-- in mehreren Tranchen an verschiedene Empfänger zu unterschiedlichen Daten im Zeitraum vom 24. November 1999 bis zum 5. März 2003 bezahlt. Ausgehend von den einzelnen – im

erstinstanzlichen Verfahren ermittelten – Rechnungsdaten und den Gerichtsent-scheiden ergebe eine (annähernd) genaue Berechnung den 7. August 2002 als mittleren Verfalltag. Würde man auf die Daten der tatsächlichen Zahlungen inner-halb der gesetzlichen Zahlungsfristen abstellen, die allerdings nicht im Recht lä- gen, so resultiere – wie die Beklagten bereits am 31. März 2011 ausgeführt hätten (act. 342 S. 32) – ein noch späteres Datum, nämlich der 28. August 2002 (act. 351 S. 81 ff.).

4.3. Die Klägerin wendet demgegenüber im Wesentlichen ein, das Bezirksgericht habe für den mittleren Verfalltag aus rechtlichen Gründen auf das von ihr genann- te Datum 1. Juli 2001 abstellen dürfen. Denn die Beklagten hätten zu der zum Beweis verstellten Behauptung der Klägerin keine Beweismittel nennen mögen, da die Berechnung des Schadenszinses Sache des Gerichts sei. Selbst in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis hätten die Beklagten gegen den 1. Juli 2001 als mittleren Verfalltag nichts vorgebracht. Erst mit der Stellungnahme vom 31. März 2011 (act. 342) hätten die Beklagten behauptet, die Berechnung des mittleren Verfalltags sei mathematisch methodenwidrig und inakzeptabel, eine ei- gene Sachdarstellung oder Beweisführung sei selbst dann jedoch nicht erfolgt. Die mit der Berufungsbegründung aufgestellten angeblichen Daten der Vermö- gensdispositionen seien neue Tatsachenbehauptungen und im Berufungsverfahren unbeachtlich. Falsch sei überdies die Behauptung der Beklagten, dass die fi- nanziellen Auswirkungen bei der C. _____ AG (überwiegend) erst mit dem Bun- desgerichtsurteil vom 5. März 2003 eingetreten seien, habe die Klägerin doch be- legt, dass die einzelnen Beträge als Prozesskautionen zum Teil viel früher hätten bezahlt werden müssen. Die Gesellschaft habe das Geld ab jenem Zeitpunkt nicht mehr nutzen können. Wann genau die einzelnen Schadenposten bezahlt worden seien, hätten die Beklagten trotz der verlangten Substantiierung nie darlegen wol- len (act. 363 S. 10 ff.; act. 375 S. 7 ff.).

4.4. Der Schadenszins beginnt zu dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem sich das schädigende Ereignis finanziell auswirkt. Damit wird bezweckt, den Anspruchs- berechtigten so zu stellen, wie wenn er am Tag des Schadensereignisses bzw. für dessen wirtschaftliche Auswirkungen mit deren Entstehung befriedigt worden wä-

re (BGE 131 III 12 E. 9.1, S. 22; BGE 122 III 53 E. 4a, S. 54). Die Berechnung des Schadenszinses ist Rechtsfrage, welche allerdings auf tatsächlichen Grundlagen basiert. Für Kosten, welche die geschädigte Person direkt begleicht, beginnt der Schadenszins mit dem Tag der Bezahlung an zu laufen. Bei mehreren Rechnungsposten wird zum Teil, um die Zinsrechnung abzukürzen, ein mittlerer Fälligkeitstermin gewählt (BGE 82 II 25 E. 6, S. 35; vgl. auch BGE 131 III 12 E. 9.5, S. 25; Schaetzle/Weber, Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadensberechnung, HAVE 2004, S. 98).

4.5. Für die Berechnung des Schadenszinses ist somit zu eruieren, wann der Schaden bei der C._____ AG eingetreten ist. Wenn die Klägerin die Ausführungen der Beklagten in der Berufung betreffend die Rechnungsdaten für unzulässige Noven hält, übersieht sie, dass die Frage des Verfalltages Beweisthema vor dem Bezirksgericht war und sich die Richtigkeit der von den Beklagten angerufenen Tatsachen im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH aus den Prozessakten (bzw. dem Beweisverfahren) ergibt (vgl. dazu ZR 103/2004 Nr. 77). Der Klägerin wurde mit Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2009 der Hauptbeweis nicht nur für die über den anerkannten Betrag von Fr. 1'209'976.62 hinausgehenden Schadenspositionen, sondern auch für die Rechtfertigung eines Schadenszinses von 5% auf den mittleren Verfall per 1. Juli 2001 auferlegt (act. 276). Mit Beschluss vom 21. Januar 2010 wurden dazu neben den Entscheiden des Handelsgerichts, des Kassationsgerichts sowie des Bundesgerichts die Schreiben von Prof. Dr. I._____ vom 23. Dezember 2008 sowie von Dr. J._____ (K._____) vom 22. Dezember 2008 betreffend den jeweiligen Aufwand für das Verfahren "Aktionärsrechte" ab Klageeinreichung am 2. Juli 1999 (act. 246/1-2) als Beweismittel abgenommen. In diesen Urkunden werden die einzelnen Beträge nach Rechnungsdaten aufgeschlüsselt. Im Weiteren wurde den Beklagten Frist angesetzt, um die Rechnungen der eingesetzten Rechtsanwälte und Gutachter betreffend Vorschüsse und bereits erbrachte Leistungen einzureichen (act. 288 S. 11 f., 14 f.). Dem kamen die Beklagten am 31. März 2010 nach (act. 299 S. 5 ff.; act. 300/1-27). Das Bezirksgericht hat gestützt auf die eingereichten Urkunden eine umfassende Beweiswürdigung vorgenommen (vgl. act. 355 S. 23 ff.). Es bezieht sich dabei auf die Daten der Rechnungsstellung und stellt die Rechnungsbeträge fest. Der über die in den

Gerichtsentscheiden festgesetzten Kosten und Entschädigungen hinausgehende Schaden setzt sich demnach, wie die Beklagten zutreffend ausführen (act. 351 S. 87), aus den folgenden Rechnungsbeträgen inklusive des jeweils anwendbaren Mehrwertsteuersatzes von 7.5 % (bis 31. Dezember 2000) bzw. von 7.6 % (ab 1. Januar 2001) zusammen:

Betrag	Rechnung	Datum
Fr. 86'860.00	K. _____ / act. 300/1	24. November 1999
Fr. 23'220.00	Prof. I. _____ / act. 300/15	10. März 2000
Fr. 6'807.95	K. _____ / act. 300/2	14. Juni 2000
Fr. 15'484.00	Prof. I. _____ / act. 300/16	8. September 2000
Fr. 69'418.10	K. _____ / act. 300/3	16. Oktober 2000
Fr. 29'697.60	Prof. I. _____ / act. 300/17	20. Juni 2001
Fr. 59'476.00	K. _____ / act. 300/6	29. Januar 2002
Fr. 12'169.00	K. _____ / act. 300/8	8. Juli 2002
Fr. 2'000.00	K. _____ / act. 355 S. 30	8. Juli 2002 (resp. später)

4.6. Bei alledem ist zu beachten, dass die Rechnungsstellung der beauftragten Rechtsanwälte und Gutachter für Vorschüsse und Leistungen vor der Bezahlung der Rechnungen erfolgte, weshalb der Klägerin nicht zum Nachteil gereicht, wenn auf die jeweiligen Rechnungsdaten abgestellt wird. Anstatt gestützt auf das Beweisergebnis unter Zugrundelegung der relevanten Urkunden eine Zinsrechnung vorzunehmen, legt das Bezirksgericht seinem Urteil den von der Klägerin genannten mittleren Verfalltag zugrunde mit dem Hinweis, der mittlere Verfalltag wäre auf Ende des Jahres 2000 anzusetzen (act. 355 S. 33). Das trifft nicht zu. Das Urteil

des Handelsgerichts ist wegen der aufschiebenden Wirkung der früheren Berufung an das Bundesgericht (vgl. Art. 54 Abs. 2 2. Satz aOG) erst mit dem bundesgerichtlichen Berufungsentscheid vom 5. März 2003 (act. 5/3 und 5/17) in Rechtskraft erwachsen. Für die darin festgesetzten Gerichtsgebühren und Parteientschädigungen im Betrag von Fr. 456'307.-- (inkl. Mehrwertsteuer) gilt damit der 5. März 2003 als Fälligkeitstermin und zugleich als frühester Bezugstermin (vgl. Gutschriftsanzeige vom 24. März 2003 für die betreffende Prozessentschädigung in act. 287/13; vgl. ferner Hauser/Schweri, op. cit., § 204 N 18 mit Hinweis auf SJZ 77, S. 288). Der 5. März 2003 ist ebenso Fälligkeitstermin für die Gerichtskosten und Prozessentschädigungen der bundesgerichtlichen Berufung und der staatsrechtlichen Beschwerde von gesamthaft Fr. 220'000.--. Richtig ist allerdings die Auffassung der Klägerin, dass – obschon es sich nicht um definitive Beträge bzw. Schadenspositionen handelt – Kautions- bzw. Sicherheitsleistungen aus dem Vermögen der C._____ AG den Verfalltag vorverschieben, da die Gesellschaft entsprechende Gelder ab dem Zeitpunkt der Zahlung nicht mehr nutzen konnte. Für das handelsgerichtliche Verfahren, in dem die C._____ AG beklagte Partei war, bestand nach dem kantonalen Zivilprozessrecht zwar kein Kautionsgrund (vgl. §§ 73 ff. ZPO/ZH). Anders verhielt es sich indes nach § 75 Abs. 1 ZPO/ZH für die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht und nach Art. 150 aOG für die bundesgerichtlichen Verfahren. Als Beweismittel für die Bezahlung von Prozesskautionen bezeichnete die Klägerin eine entsprechende Verfügung des Kassationsgerichts vom 17. Juli 2001 über den Eingang einer Kautionsleistung im Betrag von Fr. 300'000.-- (act. 287/9; vgl. act. 286 S. 19; act. 288 S. 12). Im Hinblick auf die eidgenössische Berufung der C._____ AG nannte die Klägerin unter Hinweis auf Art. 150 aOG eine Präsidialverfügung des Handelsgerichts vom 9. Juli 2001 bezüglich Berufungserklärung (act. 287/8) sowie eine Fristansetzung zur Berufungsantwort des Bundesgerichts vom 2. Mai 2002 (act. 287/12) und für die staatsrechtliche Beschwerde die betreffende Eingangsanzeige des Bundesgerichts vom 8. Mai 2002 (act. 287/10) sowie eine Fristansetzung zur Vernehmlassung vom 31. Mai 2002 (act. 287/11; vgl. act. 286 S. 19; act. 288 S. 12) als Beweismittel. Die Klägerin verlangte in ihrer Beweisantretungsschrift zudem die Edition von entsprechenden Zahlungsbelegen der C._____ AG (vgl. act. 286 S. 18).

Weder der C._____ AG noch den Beklagten wurde im erstinstanzlichen Verfahren eine Editionsspflicht für Zahlungsbelege über Prozesskosten auferlegt. Die Beklagten reichten aufgrund der gerichtlichen Fristansetzung die vorerwähnten Anwalts- und Gutachterrechnungen ein, verzichteten im Übrigen aber auf die Nennung von Gegenbeweismitteln (vgl. act. 284 und 285 je S. 6). In dieser Situation rechtfertigt es sich mit Blick auf die von der Klägerin genannte Verfügung des Kassationsgerichts, für Kosten und Entschädigung des kassationsgerichtlichen Verfahrens im Betrag von insgesamt Fr. 235'692.-- (näherungsweise) als Verfalldatum den 15. Juli 2001 anzunehmen. Die obligatorische Sicherstellung der bundesgerichtlichen Prozesskosten nach Art. 150 Abs. 1 aOG leistete die C._____ AG zwischen der betreffenden Erstverfügung bzw. Eingangsanzeige und der jeweiligen Fristansetzung zur Stellungnahme an die Klägerin. Für die Entscheidgebühren der beiden bundesgerichtlichen Verfahren von je Fr. 50'000.-- ist daher (wiederum näherungsweise) auf die jeweilige Mitte zwischen den Beweismittel bildenden prozessleitenden Verfügungen vom 9. Juli 2001 (act. 287/8) und 2. Mai 2002 (act. 287/12) sowie vom 8. Mai 2002 (act. 287/10) und 31. Mai 2002 (act. 287/11) abzustellen. So ergeben sich diesbezüglich als Verfalldaten der 1. Dezember 2001 und der 19. Mai 2002. Was die Parteientschädigungen für die beiden bundesgerichtlichen Verfahren von Fr. 120'000.-- angeht, bleibt es mangels früherer Sicherstellung beim 5. März 2003 (vgl. act. 287/13).

4.7. Gestützt auf diese – im Beweisverfahren erstellten – Grundlagen errechnet sich mittels Computerprogramm als mittlerer Verfalltag der 13. März 2002:

Mittlerer Zinsverfall berechnen

Beginndatum: 24.11.1999

Total: 1'217'131.65

Mittlerer Verfall: 13.03.2002

Betrag	Verfalldatum
456'307.00	05.03.2003
120'000.00	05.03.2003
50'000.00	01.12.2001
50'000.00	19.05.2002
235'692.00	15.07.2001
2'000.00	08.07.2002
12'169.00	08.07.2002
59'476.00	29.01.2002
29'697.60	20.06.2001
69'418.10	16.10.2000
15'484.00	08.09.2000
6'807.95	14.06.2000
23'220.00	10.03.2000
86'860.00	24.11.1999

Berechnen

Der Eventualberufungsantrag der Beklagten erweist sich demnach in diesem Punkt als teilweise begründet.

5. Kosten- und Entschädigungen / Anschlussberufung

5.1. Im Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 4. April 2007 wurde die Verteilung der Kosten des ersten Berufungsverfahrens und die Zusprechung einer Prozessentschädigung hierfür praxisgemäss dem neuen Entscheid in der Sache vorbehalten. Dabei wurde das Bezirksgericht darauf hingewiesen, dass es bei der Kostenverlegung gegebenenfalls Art. 756 Abs. 2 OR heranziehen müssen, wonach das Gericht die Kosten unabhängig vom Ausgang nach Ermessen verteilen kann, wenn der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte (act. 215 S. 42).

5.2. Das Bezirksgericht führte zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen aus, die im Grundsatz obsiegende Klägerin beziffere den Schaden auf mindestens Fr. 2 Mio. und obsiege betragsmässig im Umfang von rund Fr. 1.2 Mio., also mit rund etwas mehr als der Hälfte. Es rechtfertige sich daher, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens der Klägerin zu einem Viertel und den Beklagten unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 zu drei Vierteln (Grundanteil je 3/20) aufzuerlegen – den Beklagten 1 ebenfalls solidarisch haften zu lassen, erscheine seinem Verlustanteil von Fr. 123'168.-- nicht angemessen. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens auferlegte das Bezirksgericht in analoger Weise (solidarisch haftend nur die Beklagten 2-5) gänzlich den Beklagten. Es verpflichtete die Beklagten überdies zu je einem Fünftel, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- im Sinne einer hälftigen Grundgebühr mit 100% Zuschlag für das erstinstanzliche Verfahren und eine Prozessentschädigung von Fr. 20'000.-- im Sinne einer hälftigen Grundgebühr gemäss § 12 Abs. 1 aAnwGebV für das zweitinstanzliche Verfahren, insgesamt Fr. 60'000.-- zu bezahlen, die Beklagten 2-5 solidarisch haftend für die ganze Prozessentschädigung (act. 355 S. 33 f.).

5.3. Die Beklagten wenden sich in der Berufung auch gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Urteils. Sie legen Gewicht darauf, dass die Klägerin den Schaden mit mindestens Fr. 2 Mio. beziffert und im Umfang von rund Fr. 1.2 Mio., somit zu 60%, obsiegt habe. Das Bezirksgericht habe den Parteien die Verfahrenskosten entsprechend ihres Obsiegens bzw. Unterliegens auferlegt, jedoch die sich daraus ergebenden Kostenteile falsch berechnet, in dem sie den Beklagten 75% der Kosten auferlegt habe. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beklagten im Verhältnis einen höheren Kostenanteil zu tragen hätten als die Klägerin, der ja auch die Beweispflicht obliegen habe. Zudem seien unnötig verursachte Kosten dem Verursacher aufzuerlegen, wobei kein vorwerfbares Verhalten erforderlich sei. Vorliegend habe die Klägerin nicht nur unnötige Kosten verursacht, es sei sogar ein vorwerfbares Verhalten gegeben. Zunächst habe die Klägerin massiv überhöhte Kostenfolgen geltend gemacht und auch noch darauf beharrt, als die Beklagten die Kostenfolgen mittels entsprechender Belege nachgewiesen hätten. Die Klägerin habe weiter mit weitschweifigen Eingaben und Ausführungen zu nicht vorhandenen Mehrkosten sowie der Beantragung untaug-

licher Zeugen, die nichts zur Sache hätten beitragen können, unnötige Prozesskosten verursacht. Auch die Parteientschädigung sei entsprechend dem tatsächlichen Obsiegen/Unterliegen zu verteilen, so dass der Klägerin 60% und den Beklagten 40% zustünden – nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche habe die Klägerin mithin Anspruch auf 20% der vollen Parteientschädigung. Die Beklagten kritisieren das Vorgehen des Bezirksgerichts hinsichtlich der Festlegung der Entschädigung überdies als nicht nachvollziehbar. Richtigerweise wäre zunächst die Grundgebühr und dann – gemäss den besonderen Umständen – ein Zuschlag festzusetzen. Die so erhöhte Grundgebühr wäre dann in Anwendung von § 68 Abs. 1 ZPO/ZH nach Obsiegen/Unterliegen zu verteilen. Bei einem Streitwert von Fr. 2 Mio. betrage die Grundgebühr gemäss § 3 Abs. 1 aAnwGebV Fr. 41'400.-- und nicht Fr. 40'000.--. Werde diese Gebühr zunächst um einen Zuschlag von 100% erhöht, ergebe das Fr. 82'800.--. Hiervon stünden der Klägerin Fr. 49'680.-- (60%) und den Beklagten Fr. 33'120.-- (40%) zu. Verrechnet ergebe sich ein Saldo von Fr. 16'560.-- zugunsten der Klägerin. Analoges gelte für das zweitinstanzliche Verfahren mit einer vollen Prozessentschädigung von Fr. 41'400.--, so dass der Klägerin hierfür nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche (Fr. 24'840.-- für die Klägerin und Fr. 16'560.-- für die Beklagten) eine Parteientschädigung von Fr. 8'280.-- zuzusprechen sei. Sollte das Obergericht das angefochtene Urteil im Grundsatz schützen, dann seien – im Sinne eines Eventualstandpunktes – die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Urteils so zu fassen, dass der Klägerin 40% und den Beklagten insgesamt 60% der Verfahrenskosten aufzuerlegen seien und der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 16'560.-- für das erstinstanzliche und von Fr. 8'280.-- für das zweitinstanzliche Verfahren zuzusprechen sei (act. 351 S. 89 ff.).

5.4. Die Klägerin erhob mit der Berufungsantwort Anschlussberufung hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sie beantragt, die Kosten des erst- und des zweitinstanzlichen Verfahrens seien vollumfänglich den Beklagten 1-5 (zu je einem Fünftel, unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für weitere vier Fünftel) aufzuerlegen und die Beklagten seien zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 110'000.-- für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen. Die Klägerin bezeichnet die Feststellung im angefochtenen Urteil,

sie habe den Schaden auf mindestens Fr. 2 Mio. beziffert, als aktenwidrig. Zur Bezifferung sei es nämlich gar nie gekommen, nachdem das Obergericht den unbezifferten Antrag der Klägerin auf Schadensschätzung und Zusprechung eines Betrages an die C. _____ AG von mindestens Fr. 1.2 Mio. für zulässig befunden habe. Nach den verbindlichen Angaben des obergerichtlichen Rückweisungsbeschlusses sei zum weiteren Schaden zunächst das erstinstanzliche Hauptverfahren zu ergänzen gewesen. Den geltend gemachten Anspruch zu beziffern, habe das Bezirksgericht der Klägerin in der Folge nie aufgegeben. Wäre das Bezirksgericht korrekt vorgegangen, hätte die Klägerin den Schaden keineswegs auf mindestens Fr. 2 Mio. beziffert. Der Betrag von 2 Mio. sei vom Bezirksgericht als peremptorische Androhung gegenüber den Beklagten aufgestellt worden, da diese die fraglichen Kosten zu substantiieren und zu belegen gehabt hätten. Die Klägerin habe in ihrer Stellungnahme zum vorläufigen Beweisergebnis prozessual für die Säumnis der Berufungskläger und damit die gerichtlich angedrohten Säumnisfolgen, andernfalls für die Weiterführung des Beweisverfahrens argumentiert; sie habe aber keinen Schadensbetrag beziffert. Verlangt habe sie vielmehr den Betrag von "mindestens" Fr. 1.2 Mio., und das sei auch das im angefochtenen Urteil wiedergegebene Rechtsbegehren. Das Bezirksgericht stelle nun einen Schaden von Fr. 1'217'131.-- fest. Bei diesem Verfahrensausgang sei es tatsächlich und rechtlich unrichtig, die Klägerin mit rund etwas weniger als der Hälfte unterliegend und daher kostenpflichtig anzunehmen. Das Bezirksgericht hätte die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vielmehr vollumfänglich den Beklagten auferlegen müssen und der Klägerin für dieses Verfahren die volle Prozessentschädigung von Fr. 80'000.-- zusprechen müssen. Hinsichtlich der Festsetzung der Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren habe das Bezirksgericht übergangen, dass gemäss § 12 Abs. 4 aAnwGebV auch im Rechtsmittelverfahren zur Grundgebühr Zuschläge gemäss § 6 Abs. 1 und 2 aAnwGebV zu berechnen seien. Nach der Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels, welcher für die Klägerin mit der Bearbeitung von drei Berufungsantworten verbunden gewesen sei, sowie den nachmaligen Weiterungen im Prozess, sei die Grundgebühr um 50% oder Fr. 10'000.-- zu erhöhen, womit sich für das zweitinstanzliche Verfahren eine von den Beklagten zu leistende Entschädigung von Fr. 30'000.-- ergebe. Insgesamt

seien das für die bisherigen drei Verfahren Fr. 110'000.-- Prozessentschädigung, die die Beklagten der Klägerin zu bezahlen hätten (act. 363 S. 2, 17 ff.).

5.5. Die Beklagten schliessen unter Hinweis auf ihre eigenen Ausführungen in der Berufungsbegründung auf Abweisung der Anschlussberufung. Sie halten daran fest, dass die Klägerin den Streitwert mit (mindestens) Fr. 2 Mio. beziffert habe und bekräftigen ihren Standpunkt, dass Kosten und Entschädigungen im Verhältnis 40 : 60 zugunsten der Klägerin zu verlegen seien. Weiter weisen sie darauf hin, dass Art. 756 Abs. 2 OR für das Ansinnen der Klägerin, die Kosten den Beklagten aufzuerlegen von vornherein nicht einschlägig sei, denn die Bestimmung sehe lediglich die Möglichkeit vor, dass der eventuell dem Kläger abgenommene Kostenanteil der Gesellschaft aufgebürdet werde, nicht aber den beklagten Verwaltungsräten. Darüber hinaus sei Art. 756 Abs. 2 OR auch deshalb nicht anwendbar, weil es sich bei der Klägerin nicht um eine Kleinaktionärin handle und die Klägerin auch keinen begründeten Anlass zur Klage im Umfang von Fr. 2 Mio. gehabt habe (act. 369 S. 2, 14 ff.).

5.6. Die Klägerin hält in der Berufungsduplik/Anschlussberufungsreplik vom 6. Januar 2012 (act. 375) an ihren Ausführungen fest. Ebenso halten es die Beklagten in der Anschlussberufungsduplik vom 27. Februar 2012 (act. 383).

5.7. Der Entscheid über die Höhe der Gerichtskosten wie über die Höhe der Parteientschädigung ist zusammen mit der Hauptsache anfechtbar. Ist die Streitigkeit berufungsfähig, so kann mit dem Sachentscheid auch die Kosten- und Entschädigungsfolge im Rahmen der Berufung überprüft werden (vgl. DIKE Komm-ZPO-Diggelmann, N 1 f. zu Art. 110). Die Anschlussberufung kann sich zudem auf den Kostenpunkt beschränken (vgl. OGer ZH LB110047 vom 13. Januar 2012, E. 2.2b, publ. unter www.gerichte-zh.ch/entscheide; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 313 N 43).

5.8. Vorab ist festzuhalten, dass der Klägerin nicht im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO/ZH (neu: Art. 108 ZPO) vorgeworfen werden kann, sie habe unnötige Kosten verursacht. Abgesehen davon, dass die Beklagten entsprechende Mehraufwendungen nicht spezifizieren, kann weder im Standpunkt der Klägerin hinsichtlich

der Schadenssumme noch im Umfang ihrer Eingaben oder in der Nennung von Zeugen eine unnötige Verursachung von Prozesskosten erblickt werden. Die Beklagten wenden trotz ihrer Vorwürfe im Übrigen uneingeschränkt die ordentliche, gesetzliche Kostenverteilung nach Obsiegen/Unterliegen an. Davon zu Lasten der Klägerin abzuweichen, kommt nicht in Frage.

5.9. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Differenz zwischen dem eingeklagten und dem zugesprochenen Forderungsbetrag für die Verteilung der Kosten und die Festsetzung der Prozessentschädigung als Grundsatz und Ausgangspunkt von Bedeutung. Dies ist jedoch nicht das einzige Kriterium. Nicht nur kann das Gewicht einzelner Rechtsbegehren unterschiedlich sein; auch der Grundsatz der Haftung kann stärker zu gewichten sein als die Höhe der Forderung, wenn diese vom richterlichen Ermessen abhängig war, wie dies bei Schadenersatz- oder Genugtuungsforderungen der Fall ist. So wird namentlich die Unzumutbarkeit der genauen Bezifferung des klägerischen Anspruchs bei grundsätzlicher Gutheissung der Klage als Grund einer vom Erfolgsprinzip abweichenden Regelung genannt (vgl. § 64 lit. a Abs. 3 ZPO/ZH; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., §§ 64/65 N 19, 29, 32; und neu in Art. 107 Abs. 1 Bst. a ZPO; vgl. Urwyler, DIKE ZPO-Komm, Art. 106 N 5). Ausserdem kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und eine Verteilung nach Ermessen vornehmen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war, resp. sofern der Kläger aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte (so der im Rückweisungsbeschluss genannte Grundsatz von Art. 756 Abs. 2 OR; neu in Art. 107 Abs. 1 Bst. b ZPO; vgl. Urwyler, ZPO-DIKE-Komm, Art. 107 N 3; vgl. auch BGer 5P.281/1998 vom 1. September 1998, E. 3a; BGer 5D_57/2007 vom 20. August 2007, E. 2.3 und 2.4).

5.10. Im vorliegenden Fall kommt der Frage der Haftbarkeit der Beklagten grundsätzliche Bedeutung zu. Dabei fällt in Betracht, dass angesichts der Nähe der Beklagten zu den Kostenfolgen des von ihnen im Namen der C._____ AG geführten Eintragungsprozesses eine (annähernd genaue) Bezifferung des Anspruchs für die Klägerin schwierig war. Der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe massiv überhöhte Kostenfolgen geltend gemacht, geht deshalb ins Leere. Dass die Klä-

gerin keine Kleinaktionärin ist und das Beweisverfahren schliesslich nur einen geringfügig über dem von den Beklagten anerkannten Betrag ergeben hat, heisst nicht, dass die Klägerin vor der Durchführung des Beweisverfahrens nicht in guten Treuen von einem grösseren Schaden ausgehen durfte (vgl. act. 331 S. 4 ff.). Der Ermessensentscheid des Bezirksgerichts, die Nebenfolgen nicht rein rechnerisch nach dem Obsiegen/Unterliegen gemäss Streitwert (60% Obsiegen der Klägerin) zu bemessen, sondern das Obsiegen der Klägerin im Grundsatz stärker zu gewichten, und so die Kosten zu 75% den Beklagten aufzuerlegen sowie die Entschädigungen entsprechend im Verhältnis 75 : 25 zugunsten der Klägerin zu verlegen (act. 355 S. 33), erweist sich als begründet.

5.11. Handkehrum rechtfertigt sich entgegen der mit der Anschlussberufung vertretenen Auffassung der Klägerin eine vollständige Kostenaufgabe zu Lasten der Beklagten nicht. Richtig ist zwar, dass die Klägerin ihre Klage zunächst nicht bezifferte, sondern "einen nach Abschluss des Beweisverfahrens abschliessend zu beziffernden Betrag, mindestens CHF 1'200'000.-- zuzüglich Zins" verlangte (vgl. act. 2 S. 2). Bereits in der Replik hatte sie ihren Anspruch aber (vorläufig) auf Fr. 2 Mio. beziffert bzw. die Behauptung aufgestellt, der Schaden betrage mindestens Fr. 2 Mio. (act. 61 S. 5, 43; vgl. act. 215 S. 42). Obschon das Bezirksgericht der Klägerin am 27. Oktober 2010 nur Frist zur Stellungnahme zum (vorläufigen) Beweisergebnis ansetzte, resp. die Klägerin nicht ausdrücklich zur (abschliessenden) Bezifferung anhielt (act. 314), bezog diese zum Beweisergebnis und Schadensbetrag ausführlich Stellung: Sie hielt die Beklagten für säumig, weshalb (androhungsgemäss) Kostenfolgen von Fr. 2 Mio. anzunehmen seien, und unter diesen Umständen wollte die Klägerin auch darauf verzichten, das Beweisverfahren fortzuführen. Die Klägerin ging dabei explizit davon aus, dass der Betrag von 2 Mio. selbst nach dem vorläufigen Beweisergebnis erstellt sei und vom Gericht in dieser Höhe festgesetzt werden könne. Sollte das Gericht wider Erwarten im jetzigen Zeitpunkt nicht auf eine Schadenssumme von Fr. 2 Mio. schliessen, wäre das Beweisverfahren unter Einbezug der von der Klägerin offerierten Beweise weiterzuführen (act. 331 S. 2 ff.). Damit aber stellte die Klägerin nach dem (vorläufigen) Beweisergebnis klar, dass sie von einer Schadenssumme von Fr. 2 Mio. ausgehe und sich nicht mit einem geringeren – weder mit dem anfangs als Min-

destbetrag verlangten Betrag von Fr. 1.2 Mio. noch mit dem von den Beklagten anerkannten Betrag von Fr. 1'209'976.62 (act. 270 N 9; act. 271 N 10) – abfinden wolle. Vor diesem Hintergrund wurde der Klägerin am 31. August 2009 denn auch richtigerweise der Hauptbeweis für die über den anerkannten Betrag hinausgehenden Kostenfolgen, insbesondere für zusätzlichen Mehraufwand von K._____, Prof. I._____, Prof. H._____ sowie für das Gutachten der L._____, auferlegt (act. 276 S. 3). Die Verteilung von Kosten und Entschädigungen ganz zu Lasten der Beklagten vorzunehmen, bedeutete – nachdem das Beweisverfahren (nur) einen geringfügig über dem anerkannten Betrag liegenden Schaden, nämlich Fr. 1'217'131.--, ergab – den Hauptgrundsatz der Verteilung nach Obsiegen/Unterliegen auszuhöhlen bzw. in sein Gegenteil zu verkehren. Die von der Klägerin argumentativ als "kafkaesk" angeführte, bestrittene Behauptung, dass sie den Verantwortlichkeitsprozess zugunsten der Gesellschaft auf eigene Kosten führe, während die Beklagten zu eigenen Gunsten (und mit zwei Rechtsvertretern) auf Kosten der Gesellschaft prozessierten (vgl. act. 363 S. 15; act. 375 S. 3, 12; act. 369 S. 16 f.; act. 383 S. 4), mag – wenn sie zuträfe – das Prozessergebnis für die Klägerin wirtschaftlich uninteressant erscheinen lassen, stellt aber rechtlich kein Kriterium dar, welches bei der Kosten- und Entschädigungsregelung berücksichtigt werden dürfte. So ist nicht zu beanstanden, sondern richtig, dass das Bezirksgericht die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens – ausgehend von einem Streitwert von Fr. 2 Mio. (zur Streitwertberechnung unter dem alten Prozessrecht, Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., § 19 N 5; vgl. dagegen unten Ziff. 7.1.) – zu drei Vierteln den Beklagten und zu einem Viertel der Klägerin auferlegte und die Beklagten entsprechend zur Bezahlung einer hälftigen Prozessentschädigung (drei Viertel minus ein Viertel) für dieses Verfahren verpflichtete.

5.12. Dazu steht allerdings in Widerspruch, dass das Bezirksgericht die Kosten des ersten Berufungsverfahrens im Betrag von Fr. 23'370.-- vollumfänglich den Beklagten auferlegt und der Klägerin eine ganze (wiewohl gemäss § 12 Abs. 1 aAnwGebV auf die Hälfte reduzierte) Grundgebühr im Betrag von Fr. 20'000.-- zugesprochen hat (act. 355 S. 34 f.). Die Beklagten rügen diesbezüglich zu Recht, dass – nachdem die Verteilung der Kosten und der Entschädigungen im Rückweisungsbeschluss dem neuen Endentscheid des Bezirksgerichts vorbehalten

wurde – eine einheitliche Verteilung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren Platz greifen muss. Entsprechend sind die Kosten des ersten Berufungsverfahrens der Klägerin zu einem Viertel und den Beklagten zu drei Vierteln aufzuerlegen und ist der Klägerin eine in Verrechnung der gegenseitig geschuldeten Anteile (drei Viertel minus ein Viertel) halbierte Parteientschädigung zuzusprechen.

5.13. Während die Klägerin in ihrer Anschlussberufung die Höhe der für das erstinstanzliche Verfahren festgesetzten Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 80'000.-- inkl. Zuschlag von 100% nicht anfecht (act. 363 S. 21), berechnen die Beklagten eine leicht höhere Parteientschädigung von Fr. 82'800.--, wobei sie daran einen Anteil von Fr. 33'120.-- (40%) beanspruchen (act. 351 S. 96). Die ordentliche Grundgebühr nach § 3 Abs. 1 aAnwGebV beträgt bei einem Streitwert von Fr. 2 Mio. unter Zugrundelegung des einschlägigen Tarifs Fr. 41'400.-- bzw. – mit Zuschlag von 100% – Fr. 82'800.--. Indem das Bezirksgericht die volle Gebühr abgerundet und auf Fr. 80'000.-- inklusive Zuschlag festgesetzt hat, hat es sein Ermessen indessen nicht unterschritten, vielmehr eine Parteientschädigung festgesetzt, die dem Aufwand der Anwälte Rechnung trägt. Nach Verrechnung der gegenseitig geschuldeten Anteile steht der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 40'000.-- zu.

5.14. Mit Blick auf das erste Berufungsverfahren hebt die Klägerin zu Recht hervor, dass das Bezirksgericht nicht berücksichtigt habe, dass auch im Berufungsverfahren ein doppelter Schriftenwechsel stattgefunden habe, wobei sie sich jeweils mit drei Rechtsschriften (drei Berufungsantworten und drei Berufungsdupliken) von Seiten der Beklagten habe auseinandersetzen müssen (vgl. act. 215 S. 16 f.). Nach § 6 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 4 aAnwGebV ist im Rechtsmittelverfahren zur Grundgebühr zusätzlich ein Zuschlag zu berechnen. Wenn die Beklagten entgegen, dass das erste Berufungsverfahren in einen Rückweisungsentscheid gemündet und somit nicht im Sinne von § 12 Abs. 1 aAnwGebV zu einer definitiven Streiterledigung geführt habe (act. 369 S. 26), übersehen sie, dass dies auf die Frage, ob ein Zuschlag geschuldet ist, keinen Einfluss haben kann. Vielmehr bezieht sich die in der Bestimmung erwähnte definitive Streiterledigung nur auf den Zeitpunkt der Entschädigungsregelung; für die

Höhe der Parteientschädigung inkl. Zuschlagsgewährung kommt es demgegenüber nicht darauf an, ob das Rechtsmittelverfahren mit einem Endentscheid oder einem Rückweisungsbeschluss erledigt wurde. Die Beklagten gehen zu Unrecht davon aus, dass der Reduktionsgrund von § 12 Abs. 1 aAnwGebV auf ein Berufungsverfahren, das mit Rückweisung schliesst, nicht anwendbar sei. Im Sinne der Klägerin ist die vom Bezirksgericht in richtiger Anwendung von § 12 Abs. 1 aAnwGebV auf die Hälfte reduzierte, volle Parteientschädigung für das erste Berufungsverfahren von Fr. 20'000.-- um einen Zuschlag von Fr. 10'000.-- auf insgesamt Fr. 30'000.-- zu erhöhen. Dabei ist jedoch wie ausgeführt die gleiche Verteilung wie im erstinstanzlichen Verfahren vorzunehmen. Das bedeutet, dass der Klägerin an der vollen Prozessentschädigung von Fr. 30'000.-- für das erste Berufungsverfahren nach Verrechnung der gegenseitig geschuldeten Anteile (nur aber immerhin) Fr. 15'000.-- zustehen.

5.15. Das ergibt eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren und das erste Berufungsverfahren von insgesamt Fr. 55'000.--. Die gleichmässige Zahlungsverpflichtung der Beklagten zu je einem Fünftel und die solidarische Haftung der Beklagten 2-5 für den vollen Betrag ist zu Recht unangefochten geblieben.

5.16. Ersatz der Mehrwertsteuer ist nur bei entsprechendem Antrag zuzusprechen (ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben vom 17. Mai 2006, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab 2000](http://www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab_2000)). Da die Beklagten mit ihrem Hauptbegehren (act. 351 S. 2) nicht durchdringen, kann die (von der Klägerin aufgegriffene, vgl. act. 363 S. 17) Frage der Mehrwertsteuer auf einer Parteientschädigung der Beklagten offen bleiben. Die Klägerin hat die Zusprechung des Mehrwertsteuerzusatzes nicht verlangt (vgl. act. 363 S. 2).

6. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Berufung in der Hauptsache abzuweisen, und es bleibt bei Gutheissung der Klage im Umfang von Fr. 1'217'131.--. In Gutheissung des diesbezüglichen Eventualberufungsantrags ist Zins zu 5% ab 13. März 2002 geschuldet. Die Anschlussberufung ist abzuweisen, wobei die Kostenverteilung des erst-

instanzlichen Verfahrens zu bestätigen ist, die Kosten des ersten Berufungsverfahrens entsprechend verteilt werden und die Parteientschädigung der Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren auf Fr. 55'000.-- festzusetzen ist.

7. Kosten- und Entschädigungsfolge

7.1. Im Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der Streitwert nach den Rechtsmittelanträgen (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO; Diggelmann, DIKE-ZPO-Komm, Art. 91 N 8; § 12 Abs. 2 GebV OG). Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO werden die geltend gemachten Ansprüche bei einfacher Streitgenossenschaft und Klagenhäufung zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Ausschluss ist vorliegend nicht anzunehmen, da die von der Klägerin gegen die Beklagten 1-5 gemeinsam erhobenen Verantwortlichkeitsansprüche gegen jeden Beklagten separat erhoben und beurteilt werden könnten. Dass die Leistung schliesslich nur einmal erbracht werden soll, ändert daran nichts – Solidarschuldner werden vielmehr grundsätzlich jeder einzeln zur Zahlung der ganzen Forderung verurteilt, und erst mit einer effektiven Zahlung reduzieren sich die Verpflichtungen der Mitverpflichteten. Entsprechend sind im Sinne von Art. 93 Abs. 1 ZPO die noch streitigen Ansprüche für die Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts zusammen zu rechnen (OGer ZH LB110028-O/Z03 vom 24. August 2011; Diggelmann, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 93 N 1; gl.M. Reetz/Hilber, Die Rechtsprechung im Kanton Zürich zur neuen ZPO, Jusletter 14. November 2011, S. 5 f.; a.M. ZK ZPO-Stein/Wigger, Art. 93 N 9; KUKO ZPO-Van de Graaf, Art. 93 N 3, BSK ZPO-Rüegg, Art. 93 N 2). Im Hinblick auf den Rechtsmittelstreitwert des vereinigten Berufungsverfahrens ist somit von rund Fr. 4'868'524.-- auszugehen, bestehend aus Fr. 123'168.-- (Verpflichtung des Beklagten 1), Fr. 1'093'963.-- (Verpflichtung des Beklagten 2) sowie drei Mal Fr. 1'217'131.-- (Verpflichtung der Beklagten 3, 4 und 5). Hinzu kommt der Streitwert der mit der Anschlussberufung separat angefochtenen Kosten und Entschädigungsfolgen, denn Art. 91 Abs. 1 ZPO nimmt nur die Kosten des laufenden Verfahrens vom Streitwert aus (vgl. Diggelmann, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 91 N 16). Der Streitwert der Anschlussberufung ergibt sich aus den Anschlussberufungsanträgen der Klägerin (act. 363 S. 2) und beträgt

Fr. 60'000.--. Der gesamte Rechtsmittelstreitwert stellt sich auf Fr. 4'928'524.-- ein.

7.2. Kosten und Entschädigungen sind nach Massgabe des jeweiligen Erfolgs der Berufung bzw. Anschlussberufung zu verteilen (vgl. Hungerbühler, DIKE-ZPO-Komm, Art. 313 N 15; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 313 N 60). Entscheidend ist, ob eine Partei in der Hauptsache durchdringt (ZK ZPO-Jenny, Art. 106 N 6). Eventualanträge fallen wie Zinsen auf der Klageforderung ausser Betracht (Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO; vgl. Diggelmann, DIKE-ZPO-Komm, Art. 91 N 16; ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 91 N 30). Das Gericht kann sodann bezüglich aller Kombinationen von Haupt- wie von Nebenparteien auf anteilmässige oder solidarische Haftung erkennen (vgl. ZK ZPO-Jenny, Art. 106 N 12).

7.3. Die Beklagten unterliegen mit ihrem Hauptberufungsantrag auf Klageabweisung vollständig. Auf die Zinsberechnung kommt es nicht an. Die Klägerin unterliegt demgegenüber mit der Anschlussberufung. Bezogen auf den Gesamtstreitwert des Berufungsverfahrens von Fr. 4'928'524.-- obsiegt die Klägerin freilich zu rund 98.8%. Das Unterliegen der Klägerin im Verhältnis zum Gesamtstreitwert ist somit quantitativ derart geringfügig, dass es sich rechtfertigt, die volle Entscheidgebühr den Beklagten in solidarischer Haftbarkeit (vgl. unten Ziff. 7.6) aufzuerlegen, mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen, und der Klägerin eine volle Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

7.4. Die ordentliche Entscheidgebühr beträgt beim Streitwert von Fr. 4'928'524.-- rund Fr. 70'000.-- (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Wenn – wie vorliegend – die Mehrheit der Beklagten und der entsprechend hohe Streitwert indes keinen entsprechenden Mehraufwand verursachte, ist das bei der Gebührenfestsetzung zu berücksichtigen (vgl. § 4 Abs. 2 GebV OG; Diggelmann, DIKE-Komm, Art. 93 N 1). Die Beklagten liessen sich durch zwei Anwälte vertreten, der Inhalt der jeweiligen Rechtsschriften war hingegen wie gesehen identisch und über die gegen die Beklagten gerichteten Ansprüche war auf Grund eines gemeinsamen Sachverhalts und einheitlicher rechtlicher Grundlagen zu entscheiden. Der Mehraufwand der Anschlussberufung blieb nicht zuletzt darum in relativ

bescheidenem Rahmen, weil die Kosten und Entschädigungsregelung bereits Thema der Berufung war. Alles in Allem ist die Entscheidgebühr auf Fr. 50'000.-- festzusetzen.

7.5. Im Hinblick auf die Höhe der Parteientschädigung ist davon auszugehen, dass die im Berufungsverfahren diskutierten Themen bereits wohl bekannt waren, und nur wenige neue Aspekte erörtert wurden; andererseits aber bezüglich Berufung und Anschlussberufung je ein doppelter Schriftenwechsel geführt wurde und die Klägerin sich jeweils mit zwei, wiewohl inhaltsgleichen, Rechtsschriften der beklagten Anwälte konfrontiert sah. Gestützt auf §§ 4 Abs. 1 und 2, 11 Abs. 1-3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren auf Fr. 44'000.-- (ohne Mehrwertsteuer; vgl. oben Ziff. 5.16.) festzusetzen (unter dem Titel Rechtsmittelverfahren auf Fr. 34'000.-- reduzierte Grundgebühr, plus Zuschlag von Fr. 10'000.--).

7.6. Die Klägerin beantragt gestützt auf Art. 106 Abs. 3 ZPO, mit Bezug auf die Parteientschädigung für das vorliegende Berufungsverfahren sei auch der Beklagte 1 für solidarisch haftbar zu erklären (act. 363 S. 22). Das Bundesgericht hat entschieden, dass bei Zuspruch der Klage im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess die Beklagten die Parteikosten (extern) solidarisch zu tragen haben, unbeschleunigt der internen Haftungsquoten (BGE 122 III 324 E. 7c, S. 326; BGE 125 III 138 E. 2a, S. 139). Da die Schadenshöhe mit der Berufung nicht angefochten wurde, rechtfertigt es sich ohne Weiteres, die Beklagten mit Bezug auf die gesamten Prozesskosten – Parteientschädigung und Entscheidgebühr – für solidarisch haftbar zu erklären.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird im Umfang von Fr. 1'217'131.-- nebst Zins zu 5% ab 13. März 2002 gutgeheissen.

Für diesen Betrag haften die Beklagten 1-5 im nachfolgenden Umfang solidarisch:

Der Beklagte 1 mit Fr. 123'168.--, der Beklagte 2 mit Fr. 1'093'963.-- und die Beklagten 3-5 mit je Fr. 1'217'131.--, je nebst Zins zu 5% seit 13. März 2002.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu einem Viertel der Klägerin und je zu 3/20 den Beklagten 1-5 (je unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für weitere 12/20) auferlegt.

Der Anteil der Klägerin wird vorab aus dem von ihr geleisteten Barvorschuss bezogen.

Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens (Proz.-Nr. LB060037) werden zu einem Viertel der Klägerin und je zu 3/20 den Beklagten 1-5 auferlegt, unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für weitere 12/20.

4. Die Beklagten 1-5 werden zu je einem Fünftel verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 55'000.-- für das erstinstanzliche Verfahren und das erste Berufungsverfahren zu bezahlen, unter solidarischer Haftung der Beklagten 2-5 für den vollen Betrag von Fr. 55'000.--.
5. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren wird auf Fr. 50'000.-- festgesetzt.
6. Die Entscheidgebühr wird den Beklagten 1-5 unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.
7. Die Beklagten 1-5 werden in solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 44'000.-- für das vorliegende Berufungsverfahren zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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. 4'928'524.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. V. Seiler

versandt am: