



Kass.-Nr. AA050116/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 20. Oktober 2005

in Sachen

A.,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

B.,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Juni 2005 (NE040035/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirks Meilen verpflichtete den Beklagten mit Urteil vom 7. Juli 2003 (KG act. 5/5/25), dem Kläger Fr. 9'635.95 nebst 5 % Zins seit 17. Februar 1999, 5 % Zins vom 1. Juni 1997 bis 11. August 1998 auf Fr. 13'635.95, 5 % Zins vom 12. August 1998 bis 13. November 1998 auf Fr. 12'635.95, 5 % Zins vom 14. November 1998 bis 5. Januar 1999 auf Fr. 11'635.95 und 5 % Zins vom 6. Januar 1999 bis 16. Februar 1999 auf Fr. 10'635.95; zuzüglich Fr. 100.– Betreuungskosten sowie Fr. 463.– Weisungskosten zu bezahlen. Diesen Betrag machte der Kläger als Entgelt für die beim Beklagten geleisteten Montage- Reparaturarbeiten geltend. Das Urteil erging, nachdem der Beklagte unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erschienen war, und der Einzelrichter androhungsgemäss Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen hatte.

2. Auf die dagegen vom Beklagten eingelegte Berufung trat die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 4. Februar 2004 (KG act. 5/4/43) nicht ein, da der Beklagte innert der Berufungsfrist keine materiellen Anträge gestellt hatte. Dieser Nichteintretens-Entscheid erging, nachdem das Obergericht nach einem dritten Zustellversuch angenommen hatte, die Präsidialverfügung vom 28. Oktober 2003 betreffend Ansetzung der Frist zur Begründung der Berufung sei im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG (Fingierung der Zustellung nach schuldhafter Zustellungsverhinderung) rechtsgültig zugestellt worden.

3. Die dagegen vom Beklagten erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht mit Beschluss vom 9. Juni 2004 (KG act. 5/6/15) gut und wies die Sache in Aufhebung des Berufungsentscheids an die Vorinstanz zurück. Das Kassationsgericht befand, die Vorinstanz habe einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt, indem sie zu Unrecht eine Fingierung der

Zustellung hinsichtlich der Präsidialverfügung vom 28. Oktober 2003 angenommen habe.

4. Nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels im zweiten Berufungsverfahren entschied die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 31. August 2004 (KG act. 5/2/72) die Aufhebung des Urteils des Einzelrichters vom 7. Juli 2003 und wies die Sache zur Wiederholung der Hauptverhandlung und zur allfälligen weiteren Fortsetzung des Verfahrens sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

5. Der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirks Meilen verpflichtete darauf hin den Beklagten nach Abweisung eines von ihm gestellten Gesuchs um Verschiebung der Hauptverhandlung mit Urteil vom 8. November 2004 (KG act. 5/3/88) zu den gleichen Zahlungen an den Kläger (vgl. vorstehend E. 1).

6. Auf Berufung des Beklagten hin bestätigte die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 7. Juni 2005 (KG act. 5/1/117) das einzelrichterliche Urteil im Hauptpunkt und nahm lediglich hinsichtlich der im Sachentscheid zugesprochenen Betreibungs- und Weisungskosten eine Korrektur vor.

7. Der Beklagte (nachstehend Beschwerdeführer) hat das Urteil des Obergerichts am 14. Juni 2005 in Empfang genommen (vgl. OG act. 118/1). Mit Eingabe vom 8. August 2005 (überbracht am 15. August 2005) erhob der Beschwerdeführer gegen das obergerichtliche Urteil innert Frist "Nichtigkeitsbeschwerde" mit dem sinngemässen Hauptantrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. KG act. 1, act. 3/1-8 [Beilagen]). Die mit Präsidialverfügung vom 17. August 2005 auferlegte Prozesskaution von Fr. 1'000.– hat der Beschwerdeführer innert Frist geleistet (vgl. KG act. 7, 8/1 und 10). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 9) und der Kläger (Beschwerdegegner) reichte innert Frist keine Beschwerdeantwort ein (vgl. KG act. 8/2).

II.

1. Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde bildet schwerpunktmässig die Frage, ob der Einzelrichter des Bezirks Meilen das Gesuch des Beschwerdeführers um Verschiebung der (zweiten) Hauptverhandlung vom 8. November 2004 ablehnen durfte bzw. ob das Obergericht diesen prozessualen Entscheid des Einzelrichters im (dritten) Berufungsverfahren zu Recht geschützt hat (vgl. KG act. 1).

2. a) Die Vorinstanz erwog im vorliegend interessierenden Kontext unter dem Titel "Formelles" (vgl. KG act. 2 S. 8f.):

"3.1. Es fragt sich vorab, ob der Einzelrichter mit seiner Verfügung vom 25. Oktober 2004 (act. 81) das Verschiebungsgesuch des Beklagten zu Recht abgelehnt hat. Auszugehen ist von § 195 Abs. 2 GVG, wonach Verschiebungsgesuche abgelehnt werden können, 'wenn sie nicht sofort nach Kenntnis der Verhinderung gestellt worden sind'. Mit dieser Bestimmung soll der Trölerei ein Riegel geschoben werden. Verschiebungsgesuche sind auf Grund der erwähnten Vorschrift einzureichen, sobald der Gesuchsteller den Verschiebungsgrund kennt [...].

Im vorliegenden Fall ist nichts daran zu ändern, dass das erste Verschiebungsgesuch, das der Beklagte am 6. Oktober 2004 (vgl. per Fax am 20. Oktober 2004 übermitteltes Exemplar act. 79) zur Post gegeben haben will, nie zu den Akten gelangt ist. Der Beklagte begnügt sich in diesem Zusammenhang mit der Behauptung, er habe das Verschiebungsgesuch am 6. Oktober 2004 mit B-Post versandt [...]. Damit gelingt ihm indessen der Beweis nicht, dass er ein erstes Verschiebungsgesuch tatsächlich am 6. Oktober 2004 zur Post gegeben hat.

Auszugehen ist daher davon, dass der Beklagte mit act. 78 erstmals am 20. Oktober 2004 um die Verschiebung der Tagfahrt nachsuchte. Unter diesen Umständen durfte der Einzelrichter ohne weiteres unter Hinweis auf § 195 Abs. 2 GVG das Verschiebungsgesuch des Beklagten ablehnen. Das rechtfertigte sich um so mehr, als der bisherige Prozessverlauf gerade wegen der überaus häufigen Abwesenheiten des Beklagten bereits sehr in die Länge gezogen war. Der Einzelrichter war daher ganz besonders zur Förderung des Prozesses verpflichtet. Mit seiner Verfügung vom 25. Oktober 2004 wies der Einzelrichter den Beklagten einmal mehr darauf hin, dass er sich anlässlich der auf den 8. November 2004 festgesetzten Hauptverhandlung eines Vertreters bedienen könne. Erfolgte mithin die Ablehnung des Verschiebungsgesuchs des Beklagten durch den Einzelrichter zu Recht, dann blieb es bei einer gültigen Vorladung zu der auf den 8. November 2004 terminierten Hauptverhandlung.

3.2. In den Verfahren vor dem Einzelrichter wird dem Beklagten bereits mit der ersten Vorladung angedroht, dass seine Säumnis anlässlich der Hauptverhandlung dazu führe, dass 'Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht

auf Einreden angenommen' werde (§ 129 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 ZPO). Das ist denn auch hier im Hinblick auf die Hauptverhandlung vom 8. November 2004 so geschehen [...]. Da der Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. November 2004 säumig blieb, müssen daher grundsätzlich die erwähnten prozessualen Folgen eintreten. Dem Beklagten ist es insbesondere nicht freigestellt, seinen mündlich Vortrag anlässlich der Hauptverhandlung durch eine schriftliche Eingabe zu ersetzen."

b) Im Hinblick auf die Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde sind in formeller Hinsicht vorab folgende Hinweise anzubringen: Im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde kann geltend gemacht werden, dass der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Das Vorliegen eines allenfalls vorhandenen Nichtigkeitsgrundes muss in der Beschwerdeschrift nachgewiesen werden (vgl. § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Dies bedingt, dass sich die Beschwerde führende Partei konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen Erwägungen auseinandersetzt und aufzeigt, inwiefern diese am geltend gemachten Nichtigkeitsgrund leiden (Rügeprinzip). Es genügt nicht, in der Beschwerdeschrift einfach eine eigene (naturgemäss) gegenteilige Sicht der Dinge aufzuzeigen und derjenigen des Sachrichters gegenüberzustellen. Auch bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien gilt, dass wenigstens ansatzweise eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid erfolgen muss. In der Beschwerdebegründung sind auch die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Der Kassationsinstanz ist es verwehrt, nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. § 290 ZPO). Die unangefochten gebliebenen Entscheidungsgründe des vorinstanzlichen Richters haben im Kassationsverfahren Bestand (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16ff.; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56f. und 72f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; vgl. auch ZR 59 Nr. 84). Die Nicht-Erfüllung der Begründungsanforderungen hat zur Folge, dass auf die entsprechenden Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden kann.

c)aa) Der Beschwerdeführer behauptet nach wie vor, er habe das erste Verschiebungsgesuch betreffend die Hauptverhandlung vom 8. November 2004 am 6. Oktober 2004 uneingeschrieben in einen Briefkasten ("mit B-Post") eingeworfen (vgl. KG act. 1 S. 1 unten und S. 2 [Ziffer 3.1]). Dabei weist er auf eine Reisebestätigung hin und erklärt, "[wo] wäre mein persönlicher Nutzen, wenn ich das Schreiben nicht gesendet hätte... mit B-Post?" (vgl. a.a.O.).

Der Beweis der postalischen Aufgabe einer schriftlichen Eingabe an das Gericht obliegt im Zweifelsfall dem Absender bzw. der Partei. Damit hat sie – die Partei - auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Das Gesetz verlangt im Falle der Benützung der Post keine eingeschriebene Sendung, sondern es steht der fristbelasteten Partei die Möglichkeit offen, durch andere Beweismittel (z.B. durch Zeugen) darzutun, dass sie die nicht eingeschriebene Sendung der Post (in einem bestimmten Zeitpunkt) übergeben hat (vgl. HAUSER/SCHWERI, Kommentar GVG ZH, Zürich 2002, N 7 und 10 zu § 193 GVG; ZR 90 Nr. 18; BGE 109 Ia 184/185 m.w.H.; zum Ganzen: Kass.-Nr. 2002/213Z, Beschluss vom 4. November 2002, in Sachen H., E. II/2). Eine blosser Parteibehauptung genügt allerdings nicht als Beweis für die Tatsache der Postaufgabe (vgl. HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 11 zu § 193 GVG; vgl. Kass.-Nr. 2002/213Z, Beschluss vom 4. November 2002, in Sachen H., E. II/2 a.E.).

Der Beschwerdeführer muss sich entgegen halten lassen, dass die blosser Behauptung nicht geeignet ist, den Nachweis einer Postaufgabe zu erbringen. Daran ändert auch nichts, wenn er auf die Reisebestätigung hinweist und erklärt, "[wo] wäre mein persönlicher Nutzen, wenn ich das Schreiben nicht gesendet hätte... mit B-Post?". Vermag der Beschwerdeführer den ihm obliegenden Beweis der postalischen Aufgabe des ersten Verschiebungsgesuchs aber nicht zu erbringen, so hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Es war somit richtig, wenn die Vorinstanzen bei der Prüfung des Verschiebungsgesuchs davon ausgingen, der Beschwerdeführer habe erstmals am 20. Oktober 2004 um Verschiebung der Hauptverhandlung ersucht. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor bzw. wurde nicht dargetan.

bb) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, er habe sich sofort nach Kenntnis des Verschiebungsgrundes telefonisch beim Gericht gemeldet und über das Telefongespräch sei eine Notiz verfasst worden (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziffer 3.1 Mitte und Ziffer 3.1 unten).

Am 5. Oktober 2004 verfasste die zuständige juristische Sekretärin am Bezirksgericht Meilen folgende Telefonnotiz: "Er [der Beschwerdeführer] ruft an und sagt, dass er den Gerichtstermin vom 8.11.04 nicht wahrnehmen könne, da er dann im Ausland sein werde. Ich erkläre ihm, dass er das Verschiebungsgesuch unverzüglich schriftlich zu stellen sowie Belege betr. seine Abwesenheit einzureichen habe (Kopie Flugticket, Reisebuchung o.ä.). Der Richter werde daraufhin über das Gesuch entscheiden." (KG act. 5/3 Prot. S. 2).

Diese Protokoll- bzw. Telefonnotiz stellt kein mündlich zu Protokoll gegebenes Gesuch um Verschiebung der Hauptverhandlung dar und vermag ein schriftlich begründetes (und belegtes) Verschiebungsgesuch nicht zu ersetzen, sofern der Beschwerdeführer solches geltend machen wollte. Beim Telefongespräch handelt es sich um eine informatorische Auskunft über die Anforderungen an ein zu stellendes Verschiebungsgesuch. Diese Auskunft war klar und deutlich. Der Beschwerdeführer musste sich bewusst darüber werden, dass nur ein schriftlich begründetes und belegtes Gesuch ihn (gegebenenfalls) von Teilnahme an der Hauptverhandlung entschuldigen kann. Umgekehrt durfte das Gericht nach der telefonischen Auskunft davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer hinterher – aus welchen Gründen auch immer – auf die Stellung eines (schriftlichen) Verschiebungsgesuchs verzichtet hatte. Insbesondere war es nicht gehalten, sich beim Beschwerdeführer über die Gründe des Ausbleibens eines schriftlichen Gesuchs zu informieren und/oder den Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass kein solches beim Gericht eingegangen sei. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

cc) Weiter beanstandet Beschwerdeführer, dass seine schriftliche Eingabe vom 28. Oktober 2005 "nicht mündlich vorgelesen" worden sei (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziffer 3.2).

Der Beschwerdeführer übersieht, dass das Verfahren mündlich durchzuführen war, und die Vorinstanz vor diesem Hintergrund erwogen hat, es stünde dem Beschwerdeführer nicht frei, seinen mündlichen Vortrag anlässlich der Hauptverhandlung durch eine schriftliche Eingabe zu ersetzen. Auch lässt der Beschwerdeführer unberücksichtigt, dass die Vorinstanzen seine schriftlichen Äusserungen in die Entscheidungsfindung einfliessen liessen (vgl. KG act. 2 S. 2, Ziffer 3.2 unten; KG act. 5/1/91 S. 4f.). Inwiefern dieses Vorgehen an einem Nichtigkeitsgrund leiden sollte, legt der Beschwerdeführer mit keinem Wort dar, und solches ist auch nicht ersichtlich (vgl. ZR 84 Nr. 23).

d) Weitere Vorbringen, welche hinreichend konkret die Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes erkennen lassen und/oder auf welche ausdrücklich näher eingegangen zu werden braucht, können der Eingabe nicht entnommen werden.

3. Nach dem Gesagten vermochte der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund darzutun. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden konnte.

III.

Die Kosten des Kassationsverfahrens werden ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer auferlegt. Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdegegner fällt ausser Betracht, nachdem er sich nicht zur Nichtigkeitsbeschwerde geäussert hat.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 219.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: