



---

Kass.-Nr. AA070046/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## Zirkulationsbeschluss vom 9. November 2007

in Sachen

X.,

....,

....,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

....,

gegen

Y.,

....,

....,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

....,

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 2007 (LB060084/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beschwerdeführer klagte vor Bezirksgericht Uster gegen die Beschwerdegegnerin auf Zahlung von EUR 356'180.-- zuzüglich Zinsen, eventuell auf Verpflichtung zur Mitunterzeichnung der Schuldanerkennung von Z. gegenüber dem Beschwerdeführer vom 25. Juli 2002. Mit Urteil vom 12. Juli 2006 wies das Bezirksgericht das Haupt- wie auch das Eventualbegehren ab.

Auf Berufung des Beschwerdeführers hin wies auch das Obergericht, II. Zivilkammer, die Klage mit Urteil vom 16. Februar 2007 ab (KG act. 2).

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt (KG act. 2 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 21). Auf Zustellung der Beschwerdeantwort hin (KG act. 22) hat sich der Beschwerdeführer nicht mehr vernehmen lassen.

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 6).

3. Die mit Verfügung vom 26. März 2007 auferlegte Kautionsleistung wurde vom Beschwerdeführer innert erstreckter Frist geleistet (vgl. KG act. 18).

**II.**

1.1 Nach insoweit unbestrittenem Sachverhalt vertraute der Beschwerdeführer der vom Ehemann der Beschwerdegegnerin, Z., beherrschten \_\_\_\_\_-GmbH erhebliche Vermögenswerte zur Anlegung an, welche ihm als Altersvorsorge hät-

ten diesen sollen. In der Folge war Z. nicht in der Lage, dem Beschwerdeführer diese Beträge zurückzuzahlen. Am 25. Juli 2002 verpflichteten sich die \_\_\_\_\_- GmbH und Z. als Solidarschuldner, dem Beschwerdeführer bis zum 30. September 2002 EUR 547'370.-- nebst Zinsen zu bezahlen. Bis zum Frühjahr 2004 war die Forderung unter Berücksichtigung von Zinsen jedoch erst zu weniger als einem Drittel erfüllt.

Am 3. Mai 2004 suchte der Beschwerdeführer das Ehepaar Y.-Z. an deren Wohnort auf und verlangte Zahlung des Restbetrages aus der Vereinbarung vom 25. Juli 2002, andernfalls er die Betreuung einleiten werde. Schliesslich setzte auf Drängen des Beschwerdeführers Z. handschriftlich ein Papier (BG act. 4/2) auf mit dem Text:

*"X.,  
Ich erkläre, dass meine Frau  
Y. jede  
Privathaftung mitunterschreibt.  
Z."*

Dem fügte die Beschwerdegegnerin ebenfalls von Hand bei:

*"Y.  
maar ik reken met een  
paar maanden geduld! Ich  
rechne mit ein paar Monate  
GEDULD!"*

1.2 Im vorliegenden Prozess geht es um die Tragweite dieser Erklärung. Umstritten ist in erster Linie, ob und gegebenenfalls was für eine vertragliche Verpflichtung die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer eingegangen ist. Das Obergericht bejahte grundsätzlich das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung, wobei es sich entweder um eine kumulative Schuldübernahme (Art. 143 OR) oder eine Bürgschaft (Art. 492 ff. OR) handle. Mit eingehender Begründung (Urteil S. 7 ff.) gelangte das Obergericht in rechtlicher Auslegung des Sachverhaltes zum Schluss (Urteil S. 14 unten), die Gewichtung der möglichen Aspekte gehe deutlich zugunsten der Beurteilung der streitigen Erklärung als Bürgschaft aus; selbst wenn die Elemente gleich schwer wögen, wäre dennoch auf Bürgschaft zu erkennen, nachdem von Rechtsprechung und Lehre

verfolgten Grundsatz, im Zweifelsfall dem Schutzgedanken des Bürgschaftsrechts den Vorrang einzuräumen. Die Bejahung der Bürgschaft führte – mangels Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften – zur Abweisung der Klage.

2.1 Der Beschwerdeführer beanstandet als erstes (Beschwerde Ziff. II.A., S. 5 ff., Rz 9 ff.), dass die Vorinstanz davon ausgeht, er – der Beschwerdeführer – habe vorgebracht, dass er für die Beschwerdegegnerin erkennbar die von Z. erbetene Stundung um einige Monate von der zusätzlichen Sicherheit durch die Erklärung der Beschwerdegegnerin abhängig gemacht habe. In Wirklichkeit habe er diese Behauptung nie aufgestellt, womit der angefochtene Entscheid insoweit am Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO (aktenwidrige tatsächliche Annahme) leide.

2.2 Das Obergericht führt an der fraglichen Stelle (Urteil S. 13) aus:

"Nach seiner tatsächlichen Darstellung war es so, dass er für die Beklagte erkennbar die von Z. erbetene Stundung um einige Monate von der zusätzlichen Sicherheit durch die Erklärung der Beklagten abhängig machte."

Zur Begründung seiner Rüge weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass er entgegen dem angefochtenen Urteil in all seinen Rechtsschriften nie behauptet habe, von der Beschwerdegegnerin eine Sicherheit verlangt bzw. erhalten zu haben. Vielmehr habe er stets nur ausgeführt, die Erklärung der Beschwerdegegnerin als Gegenleistung für die deren Ehemann gewährte Stundung verlangt und erhalten zu haben. Auch die Beschwerdegegnerin habe nichts anderes geltend gemacht, sondern ausgeführt, die fragliche Erklärung unterschrieben zu haben, um zu bestätigen, dass sie von der Schuld ihres Ehemannes Kenntnis habe. Mit der fraglichen Erklärung vom 3. Mai 2004 sei daher auch gemäss Darstellung der Beschwerdegegnerin kein Sicherungszweck verfolgt worden.

2.3 Nach bisheriger Rechtsprechung war die Aktenwidrigkeitsrüge im Lichte der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 285 ZPO) unzulässig, soweit der angefochtene Entscheid der Berufung an das Bundesgericht unterlag (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 285 N 14). Es kann offen bleiben, ob an dieser Recht-

sprechung nach Inkrafttreten des BGG auf den 1. Januar 2007 festzuhalten ist, weil sich die Rüge ohnehin als unbegründet erweist.

Der Beschwerdeführer hatte in der Klagebegründung vorgetragen, er habe die vom Ehemann der Beschwerdegegnerin verlangte Stundung davon abhängig gemacht, dass die Beschwerdegegnerin die Privathaftung sogleich auch selber unterschreibe (BG act. 2 S. 5, Rz 7; vgl. auch OG act. 37 S. 7, Rz 12). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz durch die angefochtene Wiedergabe des Sachverhaltes in diesem Zusammenhang einem "blanken Irrtum" (vgl. ZR 81 Nr. 88 Erw. 6) erlegen sein soll. Jedenfalls durfte die Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers ohne weiteres so verstanden werden, dass er als Gegenleistung für die dem Ehemann gewährte Stundung von der Beschwerdegegnerin die fragliche Erklärung als zusätzliche Sicherheit verlangte; letztlich geht es in diesem Zusammenhang so oder anders darum, dass sich der Beschwerdeführer durch die Unterschrift der Beschwerdegegnerin zusätzlich absichern wollte, denn sowohl Schuldübernahme wie Bürgschaft sind Sicherungsinstrumente und bewirken eine Verstärkung der Position des Gläubigers und beruhen oftmals auf identischen wirtschaftlichen Überlegungen (BGE 129 III 702 E. 2.2). Von einer aktenwidrigen Annahme kann insoweit keine Rede sein.

2.4 Im gleichen Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer unter Berufung auf § 281 Ziff. 1 ZPO eine Verletzung von § 54 Abs. 1 ZPO (Beschwerde S. 7, Rz 13). Es geht der Sache nach um die bereits eben abgehandelte Rüge, wonach die Vorinstanz auf eine von keiner Seite behauptete Tatsache abgestellt und damit die Verhandlungsmaxime verletzt habe.

Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, durfte die Vorinstanz aus den Parteivorbringen des Beschwerdeführers ohne weiteres schliessen, er mache geltend, dass er die Abgabe der Unterzeichnung von der Beschwerdegegnerin im Sinne einer zusätzlichen Sicherheit verlangt habe. Die Rüge ist damit unbegründet.

2.5 Unbegründet ist auch die immer noch im gleichem Zusammenhang erhobene Rüge der unterbliebenen Durchführung eines Beweisverfahrens (Be-

schwerde S. 7/8, Rz 14). Soweit das Gericht wie hier auf Vorbringen einer Partei abstellt, bedarf es aus Sicht dieser Partei hierfür offensichtlich keines Beweisverfahrens (vgl. schon angefochtenes Urteil S. 9, Erw. 3.3); fragen kann sich einzig, ob das Gericht das Vorbringen zutreffend wiedergegeben hat, was – wie oben gezeigt – zu bejahen ist.

2.6 Erweist sich die Rüge insgesamt als unbegründet, so stellt sich die Frage, ob sich allfällige Nichtigkeitsgründe zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt haben (Beschwerde S. 8, Rz 15 f.), nicht.

3.1 Mit seiner Berufungsbegründung (vgl. OG act. 37 S. 9 Rz 17) hatte der Beschwerdeführer behauptet, die Beschwerdegegnerin habe mit der Verpflichtungserklärung dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass ihr Haus aus Mitteln ihres Mannes erworben worden war. Diese Behauptung stelle – so das Obergericht (Urteil S. 14) – den Hintergrund der streitigen Erklärung völlig anders dar als bisher; sie sei jedoch neu, prozessual unzulässig und daher nicht weiter zu erörtern. Zudem berufe sich der Beschwerdeführer auf keinen der Ausnahmefälle des § 115 ZPO, weshalb ausschliesslich von dem Behauptungsfundament auszugehen sei, wie es dem Bezirksgericht vorgelegen hatte (Urteil S. 7).

In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes geltend (Beschwerde Ziff. II.B., S. 8 ff.). Er beruft sich zur Hauptsache auf § 115 Ziff. 1 ZPO, ferner auf §§ 54 Abs. 1 und 56 ZPO.

3.2a) Der Beschwerdeführer räumt zunächst ein, dass die in Frage stehende Behauptung im Berufungsverfahren erstmals aufgestellt wurde und insofern neu war (Beschwerde Rz 20). Er weist aber darauf hin, dass er in der Berufungsbegründung den Grund dafür, weshalb er die Behauptung nicht schon vor erster Instanz aufstellte, ausdrücklich genannt habe; sie sei als *substanzierte Bestreitung eines Novums* (Hervorhebung durch den Beschwerdeführer) erfolgt, das erst durch das erstinstanzliche Urteil in den Prozess eingeführt worden sei. Damit sei die novenrechtliche Veranlassung der neuen Parteibehauptung unmissverständlich klargestellt und es wäre nach Auffassung des Beschwerdeführers daher ver-

fassungswidrig überspitzter (und dem Grundsatz *iura novit curia* widersprechender) Formalismus, von ihm auch noch einen Hinweis auf die dabei zum Zuge kommenden Gesetzesbestimmungen zu verlangen.

b) Hinsichtlich der Berücksichtigung von Noven gemäss § 115 ZPO gilt, dass der Sachrichter von Amtes wegen zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen von § 115 Ziff. 2 ZPO (sofortige Beweisbarkeit) vorliegen oder nicht; demgegenüber setzt die Berufung auf Noven im Sinne von § 115 Ziff. 3 ZPO Vorbringen tatsächlicher Art zum Kriterium der unverschuldeten Säumnis voraus (ZR 103 Nr. 38 Erw. 2e; vgl. auch RKG 2001 Nr. 71). Ebenso hat diejenige Partei, die sich auf § 115 Ziff. 1 ZPO beruft, darzutun, dass und inwiefern die in Frage stehenden Anträge erst im Laufe des Verfahrens veranlasst worden sind.

c) Soweit sich der Beschwerdeführer auf § 115 Ziff. 1 ZPO beruft (Beschwerde S. 10 f., Rz 22), erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Nach dieser Bestimmung können zwar Ergänzungen in der Sachdarstellung vorgenommen werden, wenn erst die Würdigung des Prozessstoffes im erstinstanzlichen Urteil die bisherige Lückenhaftigkeit erkennen lässt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 267 N 2a). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Der Beschwerdeführer hatte schon in der Klagebegründung und der Replik vor erster Instanz Ausführungen zum Eigeninteresse der Beschwerdegegnerin gemacht (vgl. BG act. 2 S. 5, Rz 8; act. 16 S. 6, Rz 11); es war ihm somit bewusst, dass diesem Kriterium im Hinblick auf die rechtliche Qualifikation entscheidende Bedeutung zukam. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, erst das bezirksgerichtliche Urteil habe die neuen Vorbringen veranlasst.

d) Nach Auffassung des Beschwerdeführers verletzt der angefochtene Entscheid in diesem Zusammenhang auch die §§ 54 Abs. 1 bzw. 56 ZPO (a.a.O., Rz 21). Danach dürfe das Gericht auf eine von keiner der Prozessparteien behauptete Tatsachen grundsätzlich nicht abstellen bzw. müsse, wenn es dies doch tue, zunächst Gelegenheit einräumen, hierzu allenfalls neue Behauptungen aufzustellen. Indem das Obergericht die Vorbringen des Beschwerdeführer als novenrechtlich unzulässig zurückgewiesen habe, habe es auch gegen diese Grundsätze verstossen.

Die Rüge ist deshalb unbegründet, weil das Obergericht nicht auf eine von keiner Seite behauptete Tatsache abgestellt hat. Wie bereits unter Ziff. 2 ausgeführt wurde, konnte das Obergericht davon ausgehen, dass die Frage des Eigeninteresses der Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer bereits thematisiert worden war; überdies durften seine Vorbringen so verstanden werden, dass er damit die Unterschrift der Beschwerdegegnerin als Sicherung verstand (vgl. Ziff. 2.3 oben).

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Der Streitwert beträgt rund Fr. 538'000.-- (Urteil S. 15).

5. Gegen diesen Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) an das Bundesgericht zulässig. Überdies beginnt mit der Zustellung des Entscheides auch die Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Entscheides mittels Beschwerde an das Bundesgericht neu zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 5'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 303.-- Schreibgebühren,  
Fr. 304.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 538'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 16. Februar 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Uster, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: