



Kass.-Nr. AA070087/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2007

in Sachen

X.,

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. April 2007 (LB060108/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Klage vor Bezirksgericht Meilen beantragte die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 131'241.-- zu bezahlen (BG act. 2 S. 2). Mit Urteil vom 26. September 2006 wies das Bezirksgericht die Klage ab (OG act. 51). Dagegen erklärte die Beschwerdeführerin eine Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich und beantragte damit, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 52'100.-- zu bezahlen (OG act. 56 S. 2). Die II. Zivilkammer des Obergerichts nahm mit Beschluss vom 24. April 2007 davon Vormerk, dass die Abweisung der Klage im Fr. 52'100.-- übersteigenden Umfang rechtskräftig geworden ist, und wies die Klage im verbleibenden Umfang (Fr. 52'100.--) mit Urteil vom gleichen Tag ab (KG act. 2 S. 13). Gegen dieses Urteil reichte die Beschwerdeführerin fristgerecht (OG act. 75/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung (KG act. 1 S. 2).

2. Den Parteien und der Vorinstanz wurde mit Schreiben vom 5. Juni 2007 Kenntnis von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG act. 4). Wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unbegründet, soweit sie überhaupt zulässig ist. Deshalb kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (KG act. 3 und 6/1-2) - von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

3. Die Beschwerdeführerin beanstandet mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, dass die Vorinstanz auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet habe. Damit habe sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt, indem sie dadurch verunmöglicht habe, den wahren Parteiwillen herauszufinden. Das durch § 133 ZPO gewährte und aus Art. 8 ZGB folgende Recht auf Beweisführung stelle einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs dar. Es

gebe der beweisbelasteten Partei einen Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht anbotener Beweis zu rechtlich erheblichen strittigen Behauptungen (Beschwerde KG act. 1 S. 4). Das angefochtene Urteil lasse an diversen Stellen Unsicherheiten erkennen, ob der Weg zur Urteilsfällung der richtige gewesen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 5 Ziff. 7 mit Verweisungen auf Erwägungen auf den Seiten 9, 11 und 12 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerin habe in den vorinstanzlichen Verfahren rechtsgenügend Beweise offeriert, so etwa die Parteibefragung ihres Geschäftsführers und der Beschwerdegegnerin. Durch die Abnahme dieser Beweismittel wäre es nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein Leichtes, den Parteiwillen herauszufinden (Beschwerde KG act. 1 S. 5).

4. Die Vorinstanz erwog, mit Vertrag vom 2. August 2002 habe eine A. AG von der Beschwerdeführerin den exklusiven Vertrieb von "____"-Produkten in der Schweiz übernommen. Die A. AG sei mit Zahlungen an die Beschwerdeführerin in Rückstand gekommen. Am 13. und 15. Juli 2003 habe die Beschwerdegegnerin (einzige Verwaltungsrätin der A. AG) der Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf "____ jobs" resp. "____ projects" erklärt, *"I personally guarantee [...] the payment..."* (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 3). In einem Konkurs über die A. AG sei die Beschwerdeführerin mit einer Forderung von Fr. 130'305.-- kolloziert worden, aber offenbar vollständig zu Verlust gekommen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 4 oben). Im Vordergrund des vorliegenden Prozesses stehe die Frage nach der rechtlichen Qualifikation der Verpflichtung der Beschwerdegegnerin. Sei die Verpflichtung als Bürgschaft zu qualifizieren, fehle es an der Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form und sei die Klage ohne Weiterungen abzuweisen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 4 Erw. 3). Diese Frage dürfe nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin entschieden werden, so lange nicht Beweis zu all den bestrittenen tatsächlichen Behauptungen erhoben worden sei, welche für die Beurteilung dieses Punktes von Bedeutung sein könnten. Wo das Gericht aber von der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin ausgehe, könne sie sich nicht darüber beklagen, es fehle am nötigen Beweisverfahren (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 5). Es sei von den Behauptungen der Beschwerdeführerin in der Klageschrift und der Replik auszugehen, so lange kein Beweisverfahren stattgefunden habe. Sodann erwähnte die Vorinstanz Behauptungen der

Beschwerdegegnerin, die von der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden seien (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 5 f.). Die streitige Verpflichtung der Beschwerdegegnerin sei im Sinne der Praxis akzessorisch und aus rechtlichen Gründen nicht als formfrei gültige Garantie zu beurteilen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 7 f.) Nach der Darstellung der Beschwerdeführerin, von der aus prozessualen Gründen einstweilen auszugehen sei, habe die Beschwerdegegnerin eine persönliche Verpflichtung eingehen wollen. Darum gehe es aber nicht. Denn die gesetzlichen Formvorschriften, die hier zur Diskussion ständen, sollten die sich verpflichtende Person besonders mit Rücksicht auf persönliche Beziehungen oder übereilte Entscheidungen vor sich selber schützen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 10). Der eigene Vorteil der Beschwerdegegnerin bleibe nach der Darstellung der Beschwerdeführerin vage. Von den typischen Konstellationen des eigen-nützigen Schuldbeitritts liege nach der Darstellung der Beschwerdeführerin keine vor. Wenn sich die Beschwerdegegnerin, wie die Beschwerdeführerin in BG act. 31 (Replik) behauptet habe, mit Rücksicht auf ein gutes persönliches Verhältnis zu B. (B. von der Beschwerdeführerin; vgl. KG act. 2 S. 5) und in Erinnerung an gemeinsame Essen und Einladungen in Israel moralisch verpflichtet gefühlt habe, für die Schulden der A. AG einzustehen, spreche das nach der Praxis gewichtig für die Annahme einer Bürgschaft. In Würdigung aller Elemente überwiege deutlich der Charakter einer fremd-nützigen Bürgschaft. Das führe zur Abweisung der Klage (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 11 f.).

5. Nach diesen Erwägungen basiert das angefochtene Urteil in tatsächlicher Hinsicht allein auf der Sachdarstellung der Beschwerdeführerin und unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdegegnerin und wies die Vorinstanz die Klage auf dieser Basis ausschliesslich aus rechtlichen Gründen ab. Dem widerspricht die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht. Insbesondere macht sie nicht geltend und sie weist schon gar nicht nach, dass die Vorinstanz tatsächliche Darstellungen ihrerseits unberücksichtigt gelassen oder ihrem Urteil bestrittene Behauptungen der Beschwerdegegnerin zugrunde gelegt habe. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin liegt somit diesbezüglich offensichtlich nicht vor. Die Beschwerdeführerin leitet diese Rüge ausschliesslich aus dem Umstand ab, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren

durchgeführt habe. Einerseits ist ein Beweisverfahren aber, wie die Beschwerdeführerin selber anführt (Beschwerde KG act. 1 S. 4 Abs. 2), nur über streitige Tatsachen durchzuführen (§ 133 ZPO). Soweit die Vorinstanz - von der Beschwerdeführerin unbeanstandet - von unbestrittenen Behauptungen der Beschwerdegegnerin ausging, war schon deshalb darüber kein Beweisverfahren durchzuführen und verletzte die Vorinstanz keinen Verfahrensgrundsatz, indem sie das nicht tat. Andererseits ist eine Nichtigkeitsbeschwerde nur zulässig, wenn sich der behauptete Nichtigkeitsgrund zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt hat (§ 281 ZPO). Legte die Vorinstanz ihrem Urteil in tatsächlicher Hinsicht die Behauptungen der Beschwerdeführerin zugrunde, wirkte sich die von der Beschwerdeführerin gerügte Unterlassung eines Beweisverfahrens offensichtlich nicht zu ihrem Nachteil aus. Mit der Durchführung eines Beweisverfahrens hätte sie für sich bestenfalls erreichen können, dass die Vorinstanz ihrem Urteil die Tatsachen hätte zugrunde legen müssen (soweit diese Tatsachen relevant waren), bezüglich derer ihre (der Beschwerdeführerin) Beweisführung erfolgreich gewesen wäre. Legte die Vorinstanz ihrem Urteil aber diese Tatsachen schon ohne Beweisverfahren zugrunde, hätte die Beschwerdeführerin mit der Durchführung eines Beweisverfahrens offensichtlich nicht mehr erreichen können und gereichte ihr der Verzicht auf ein Beweisverfahren offensichtlich nicht zum Nachteil. Mit dem Abstellen auf das von einer Partei vorgetragene tatsächliche Klagefundament, ohne dass darüber ein Beweisverfahren durchgeführt wird, verletzt das Gericht offensichtlich auch nicht den Gehörsanspruch derjenigen Partei, auf deren Klagefundament abgestellt wird. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

6. Sollte die Beschwerdeführerin demgegenüber geltend machen wollen, der Verzicht auf ein Beweisverfahren habe sich deshalb zu ihrem Nachteil ausgewirkt, weil durch ein solches (über ihre tatsächlichen Behauptungen hinaus, welche die Vorinstanz ja ihrem Urteil zugrunde legte) der wahre Parteiwille herausgefunden worden wäre (Beschwerde KG act. 1 S. 4 oben, S. 5 unten), ist sie auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (mit welchen sie sich in der Beschwerde nicht auseinandersetzt), dass sie das System des Zivilprozesses missverstehe, wenn sie glaube, ein Beweisverfahren hätte diverse Auslegungs-

probleme gelöst. Beweis könne nur erhoben werden über erhebliche streitige Tatsachen, und dabei könne es nur um von den Parteien rechtzeitig aufgestellte Behauptungen gehen. Die Parteien könnten sich also nicht darauf verlassen, im Beweisverfahren würden weitere als die behaupteten Umstände bekannt werden (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 6). Streitige Tatsachen, bezüglich welcher allein ein Beweisverfahren stattzufinden hat (und auch nur, soweit sie erheblich sind; § 133 ZPO), können nur behauptete Tatsachen sein. Gar nicht behauptete Tatsachen sind (in einem wie vorliegend der Verhandlungsmaxime unterstehenden Prozess) nicht vorhanden und damit auch nicht streitig. Soweit die Beschwerdeführerin "den wahren Parteiwillen" behauptete, legte die Vorinstanz diese Behauptung ihrem Urteil zugrunde und hatte deshalb kein Beweisverfahren darüber durchzuführen. Soweit aber die Beschwerdeführerin "den wahren Parteiwillen" nicht behauptete, war er nicht streitig und hatte die Vorinstanz deshalb kein Beweisverfahren darüber durchzuführen. Auch die Rüge, wegen dem vorinstanzlichen Verzicht auf ein Beweisverfahren sei der wahre Parteiwille nicht herausgefunden worden, geht mithin fehl. Soweit der wahre Parteiwille dem angefochtenen Urteil nicht zugrunde gelegt wurde, so nicht wegen dem vorinstanzlichen Verzicht auf ein Beweisverfahren, sondern wegen fehlender diesbezüglicher Behauptung der Beschwerdeführerin.

7. Dass sich die Beschwerde sofort als unzulässig oder unbegründet erweist, zeigt sich auch aus einem anderen Blickwinkel: Beweis ist (nur) zu erheben über erhebliche streitige Tatsachen (§ 133 ZPO, wie die Beschwerdeführerin ebenfalls zutreffend zitiert, Beschwerde KG act. 1 S. 4). Ist eine Behauptung unerheblich, muss die Beweiserhebung unterbleiben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 133). Indem die Vorinstanz die Klage bereits ausgehend von den tatsächlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin ausschliesslich aus rechtlichen Gründen abwies, ging sie davon aus, dass diese Behauptungen eben (für den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch) unerheblich sind. Auch unter diesem Aspekt verletzt der vorinstanzliche Verzicht auf die Durchführung eines Beweisverfahrens keinen Verfahrensgrundsatz und ist die Beschwerde abzuweisen.

Ob das Vorbringen einer Partei über einen bundesrechtlichen Anspruch rechtserheblich ist, ist eine Frage des Bundesrechts (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 133 mit Verweisung auf BGE 98 II 116). Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde (von einer im vorliegenden Fall nicht relevanten Ausnahme abgesehen) nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Dabei gilt der Weiterzug an das Bundesgericht als gegeben, wenn dieses frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO). Das angefochtene Urteil unterliegt auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 14 Ziff. 7.b). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler von Werdt Güngerich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95). Im Rahmen einer gegen das angefochtene Urteil zulässigen Beschwerde im Sinne von Art. 72 ff. BGG prüft das Bundesgericht mithin frei, ob die Rügen in dem Sinne unerheblich sind, als die Klage (schon) gestützt auf die Sachdarstellung der Beschwerdeführerin aus (bundes-)rechtlichen Gründen abzuweisen ist. Im vorliegenden Verfahren kann deshalb auf diese Frage nicht eingetreten werden. Dies gilt auch für die Rüge, die Vorinstanz habe den bundesrechtlichen Anspruch auf Beweisführung verletzt, und bezüglich der von der Beschwerdeführerin in Ziff. 7 der Beschwerde (KG act. 1 S. 5) zitierten rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz.

8. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde sofort als unbegründet. Die Vorinstanz stellte bei ihrem Urteil nach ihrer insoweit unbeanstandeten Erwägung in tatsächlicher Hinsicht auf die tatsächlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin selber und von dieser unbestrittene Behauptungen der Beschwerdegegnerin ab und wies die Klage auf diesem Klagefundament ausschliesslich aus rechtlichen Gründen ab. Dass die Vorinstanz deswegen von einem Beweisverfahren absah, weil sie auf die tatsächlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin abstellte, gereichte dieser nicht zum Nachteil. Auf die rechtlichen Fragen, ob die Vorinstanz die Klage basierend auf den tatsächlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin zu Recht abwies und ob sie damit implizit diese Behauptun-

gen zu Recht als unerheblich beurteilt, kann nicht eingetreten werden, wie auch nicht auf die Rüge der Verletzung des bundesrechtlichen Anspruchs auf Beweisführung. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

9. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegnerin ist mangels erheblichen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung für dieses zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 198.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
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 52'100.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 24. April 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, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die II. Abteilung des Bezirksgerichts Meilen, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: