



Kass.-Nr. AA070114/U/mum

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

Sitzungsbeschluss vom 5. Mai 2008

in Sachen

X.

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer
vertreten durch Fürsprecherin

gegen

Z.

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Fürsprecher

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2007 (NE070001/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Von August bis November 2004 verrichtete der Beschwerdegegner zusammen mit seinem Bruder und weiteren Personen (ER [Einzelrichter für Zivil- und Strafsachen des Bezirkes Zürich] act. 6/12) Elektroinstallationsarbeiten bei einem Umbau in _____. Der Beschwerdeführer war der örtliche Bauleiter (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 3 Erw. 1). Am 17. März 2006 forderte der Vertreter des Beschwerdegegners vom Beschwerdeführer die Zahlung von Fr. 13'107.-- für die Arbeitsstunden des Beschwerdegegners und seines Bruders sowie für Materialkosten (ER act. 6/7). Der Beschwerdeführer machte geltend, der Beschwerdegegner und dessen Bruder seien nicht Auftragnehmer von ihm gewesen. Sie hätten die Arbeiten für Y. ausgeführt. Dieser sei Auftraggeber des Beschwerdegegners und dessen Bruders gewesen (ER act. 6/8).

2. Am 3. August 2006 reichte der Beschwerdegegner (dem sein Bruder seine Forderung gegen den Beschwerdeführer abgetreten hat; ER act. 6/4) beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen den Beschwerdeführer ein mit dem Antrag, dieser sei zu verpflichten, ihm Fr. 13'899.37 zuzüglich Zins zu bezahlen (ER act. 2 S. 2). Der Beschwerdeführer beantragte die Abweisung der Klage (ER Prot. S. 7). Der Einzelrichter befragte Y. und den Bruder des Beschwerdegegners als Zeugen (ER Prot. S. 13 ff.) und hiess die Klage mit Urteil vom 9. November 2006 vollumfänglich gut (ER act. 25). Gegen dieses einzelrichterliche Urteil erklärte der Beschwerdeführer Berufung (OG act. 33). Mit Urteil vom 22. Juni 2007 hiess auch das Obergericht (II. Zivilkammer) die Klage vollumfänglich gut (KG act. 2).

3. Gegen das obergerichtliche Urteil reichte der Beschwerdeführer (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) fristgerecht (OG act. 54/1, KG act. 1) Nichtigkeitsbeschwerde ein. Damit beantragt er, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Die ihm nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 3'500.-- (KG act. 5) leistete

der Beschwerdeführer innert erstreckter Frist (KG act. 13, act. 15). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Der Beschwerdegegner beantragte mit seiner ebenfalls rechtzeitigen Beschwerdeantwort (KG act. 5, 6/2, 16) die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 17, act. 18/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. Der Einzelrichter erwog, gestützt auf die Zeugenaussagen von Y. und dem Bruder des Beschwerdegegners sowie auf ein Schreiben von Y. vom 6. April 2006 sei dem Beschwerdegegner der Beweis gelungen, dass der fragliche Auftrag vom Beschwerdeführer erteilt worden sei (ER act. 25 S. 5 Erw. 2.3). Der Zeuge Y. könnte zwar als Litisdenunziat des Beschwerdegegners ein Interesse an dessen Obsiegen haben. Er stehe aber dem Beschwerdeführer beruflich und privat weitaus näher als dem Beschwerdegegner. Bei seiner Befragung als Zeuge sei er unter der Wahrheitspflicht gemäss Art. 307 StGB gestanden. Dabei habe er zwar in einigen Punkten unsicher gewirkt, habe aber im Kern keinen Zweifel daran gelassen, dass nach seinem Dafürhalten der Beschwerdeführer anlässlich eines Treffens mit ihm und dem Beschwerdegegner beim Triemli den Beschwerdegegner mit Arbeiten beim Umbau in _____ betraut und dass der Beschwerdegegner den Auftrag angenommen habe. Bereits in einem Schreiben vom 6. April 2006 habe Y. festgehalten, dass der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner und dessen Bruder einen Auftrag erteilt gehabt habe, was sich mit seinen (Y.'s) Aussagen als Zeuge vor Gericht decke. Analog habe der zweite Zeuge, der Bruder des Beschwerdegegners, ausgesagt. Dieser sei ebenfalls unter Strafdrohung gemäss Art. 307 StGB zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet gewesen und habe glaubhaft die Darstellung bestätigt, dass der Beschwerdeführer ihm und seinem Bruder das Angebot gemacht habe, beim Umbau die Montagearbeiten zu übernehmen, wobei man sich inklusive Stundenansatz geeinigt habe (ER act. 25 S. 4 f. Erw. 2.2).

Die Vorinstanz verwies auf diese erstinstanzlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 4 f. Erw. 2.1) und erachtete die Einwendungen des Beschwerdeführers als ungerechtfertigt. Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers bestehe kein Widerspruch zwischen der schriftlichen Bestätigung von Y. vom 6. April 2006 und dessen Zeugenaussagen. Der Zeuge (Y.) habe nämlich im Schreiben vom 6. April 2006 nicht angegeben, dass er nie auf dem fraglichen Bau gearbeitet habe. Er habe dort nur geschrieben, dass er den Auftrag nicht angenommen habe. Damit sei, wie sich aus dem folgenden Satz ergebe, der Auftrag gemeint gewesen, den der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner und dessen Bruder erteilt habe. Dies stehe im Einklang mit der als Zeuge gemachten Aussage, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner gefragt habe, ob er *gewisse* Arbeiten für diesen übernehme. Zutreffend weise der Beschwerdegegner darauf hin, dass aus dem Kontext klar ersichtlich sei, dass von bestimmten Arbeiten die Rede gewesen sei und nicht allgemein von allen auf der Baustelle anfallenden Elektroarbeiten. Offensichtlich sei es bei den zu verrichtenden Elektroarbeiten um mehrere Aufträge gegangen und nicht nur um einen einzigen. Denn der Zeuge habe gesagt, dass noch mehr dazu gekommen sei, nachdem er zusammen mit dem Beschwerdegegner mit der Demontage begonnen gehabt habe, was er jedoch nicht mehr habe machen können. Somit lasse sich in keiner Weise schliessen, Y. habe betreffend der Baustelle in _____ geäussert, selbst überhaupt keinen Auftrag übernommen zu haben. Auch bestehe entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kein Widerspruch zwischen der Aussage von Y., wonach er mit den Demontearbeiten begonnen habe, und der Bemerkung, dass er die fragliche Arbeit gar nicht angenommen habe, da es zu viel für ihn gewesen sei. Dass der Zeuge dabei von zwei verschiedenen Aufträgen gesprochen habe, ergebe sich nur schon daraus, dass er erklärt habe, keine *weiteren* Arbeiten mehr übernehmen zu können (KG act. 2 S. 5 f.; Kursivschrift im angefochtenen Urteil). Entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers habe dieser den fraglichen Auftrag nicht Y., sondern dem Beschwerdegegner erteilt, welcher diesen angenommen und dann auch ausgeführt habe (KG act. 2 S. 7 zweiter Absatz).

2. Der Beschwerdeführer beanstandet diese Beweiswürdigung als willkürlich. Dem Bestätigungsschreiben Y.'s vom 6. April 2006 lasse sich entgegen der vorinstanzlichen Erwägung nicht entnehmen, dass dieser auf der gleichen Baustelle (noch) einen anderen Auftrag ausgeführt hätte. Aus den Aussagen Y.'s wie auch aus den Arbeitsberichten (ER act. 6/12) folge, dass Y. mit seinen 67 Arbeitsstunden für den gleichen Auftrag tätig gewesen sei wie der Beschwerdegegner und dessen Bruder. Eine andere Feststellung, wonach Y. in derselben Umbauliegenschaft anstelle des in Frage stehenden Auftrages einen anderen Auftrag ausgeführt hätte bzw. Y. nicht für "diesen" Auftrag tätig gewesen wäre, widerspreche den Arbeitsberichten (ER act. 6/12). Soweit erstellt sei, dass Y. am gleichen Auftrag wie der Beschwerdegegner mitgearbeitet habe, sei seine schriftliche Bestätigung, wonach er keinen Auftrag angenommen habe, falsch (und, sinngemäss, die auf die Aussagen von Y. gestützte Feststellung, dass der Beschwerdeführer den fraglichen Auftrag nicht ihm [Y.], sondern dem Beschwerdegegner erteilt habe, sei willkürlich) (Beschwerde KG act. 1 S. 4 f.).

3. a) Das von Y. unterzeichnete Schreiben vom 6. April 2006 hat folgenden Inhalt (Satzzeichen teilweise durch das Kassationsgericht eingefügt):

"Ich, _____ (Y.), _____, habe den Auftrag für _____ (_____) nie angenommen. Ich kann bestätigen, dass Herr _____ (Z.) und sein Bruder den Auftrag von Herrn _____ (X.) bekommen haben und die Arbeit ausgeführt wurde." (ER act. 6/9).

Die Frage, ob er auch auf dieser Baustelle gewesen sei, bejahte Y. in seiner Zeugeneinvernahme. Er habe mit dem Beschwerdegegner zusammen angefangen, die Demontage vorzunehmen. Dann sei aber noch mehr dazu gekommen, und er habe gesagt, dass er das nicht mehr machen könne. Er, Y., sei anfänglich mit dem Beschwerdegegner zusammen bei der Arbeit dabei gewesen. Auf die Frage, wer sein Auftraggeber gewesen sei, erklärte Y., der Beschwerdeführer habe ihm gesagt, was zu tun sei. Sowohl er als auch der Beschwerdegegner hätten ihren Lohn vom Beschwerdeführer erwartet. Auf die Frage, ob er selber den Auftrag gehabt habe, selbständig Hilfspersonen anzustellen, antwortete Y.:

"Schon, aber ich nahm die Arbeit ja gar nicht an, da es zu viel für mich war" (ER Prot. S. 14 f.).

b) Tatsächlich ergibt sich weder aus den Aussagen von Y. noch aus sonstigen Akten, dass es bei den Elektroarbeiten beim fraglichen Umbau in _____ um mehrere Aufträge gegangen wäre, von denen - so die vorinstanzlichen Erwägungen sinngemäss - der Beschwerdegegner zusammen mit seinem Bruder den einen ausgeführt hätte, während Y. daneben (einen oder mehrere) andere Aufträge ausgeführt hätte. Im Schreiben vom 6. April 2006 bestätigte Y., er habe "den Auftrag für ____ (_____) nie angenommen". Der Beschwerdegegner und sein Bruder hätten "den Auftrag" bekommen (ER act. 6/9). Dabei ist mithin die Rede von "dem Auftrag für ____". Die Verwendung des bestimmten Artikels im Zusammenhang mit der Präzisierung "für ____" spricht dafür, dass es einen einzigen Auftrag im Zusammenhang mit dem ____ gegeben hatte, den aber nicht Y., sondern der Beschwerdegegner mit seinem Bruder übernommen habe. Für dieses Verständnis eines einzigen Auftrages im Zusammenhang mit der vorliegenden Auseinandersetzung spricht auch die einzelrichterliche Formulierung in ER Prot. S. 14 oben ("In diesem Prozess geht es um einen Auftrag im Zusammenhang mit dem Umbau der _____"). Die Aussagen von Y. als Zeugen dazu sind ohne nähere Erklärungen seinerseits nicht kohärent. Er erklärte, zuerst sei er angefragt worden. Aber er habe das nicht machen können. Da sei man auf den Beschwerdegegner gekommen, der dann einverstanden gewesen sei, diese Arbeiten zu übernehmen (ER Prot. S. 14 Antwort 3). Auch daraus wäre (im Zusammenhang mit der vorzitierten einzelrichterlichen Erklärung zum Prozessthema zu Beginn dieser Fragen) eigentlich zu schliessen, dass es um einen einzigen Auftrag im Zusammenhang mit dem Umbau der _____ ging, bezüglich welchen Auftrags zuerst Y. angefragt wurde, den dieser aber nicht ausführen konnte und den deshalb der Beschwerdegegner übernommen hatte. Diese so verstandene Aussage stimmt mit der Bestätigung im Schreiben vom 6. April 2006 überein. Auf die weitere Frage, ob er auch auf dieser Baustelle gewesen sei, erklärte Y., ja. Er habe mit dem Beschwerdegegner zusammen angefangen, die Demontage vorzunehmen. Dann sei aber noch mehr dazu gekommen, und er, Y., habe gesagt, dass er das

nicht mehr machen möchte. Dann habe sich der Beschwerdegegner anerbaten, das zu übernehmen. Es sei also so, dass Y. anfänglich mit dem Beschwerdegegner zusammen "bei dieser Arbeit" dabei gewesen sei. Auf die Frage, wer sein Auftraggeber gewesen sei, antwortete Y., der Beschwerdeführer habe ihm gesagt, was zu tun sei. Auf die Frage, wer der Auftraggeber des Beschwerdegegners gewesen sei, antwortete Y., wie gesagt, als er (Y.) dort gewesen sei, habe der Beschwerdeführer jeweils gesagt, was zu tun sei, und das hätten sie auch getan. Sowohl er (Y.) als auch der Beschwerdegegner hätten ihren Lohn vom Beschwerdeführer erwartet. Auf die weitere Frage, ob er selber den Auftrag gehabt habe, selbständig Hilfspersonen anzustellen, antwortete Y., schon, aber er habe die Arbeit ja gar nicht angenommen, da es zu viel für ihn gewesen sei (ER Prot. S. 14 f.). Daraus wäre eigentlich zu schliessen, dass Y. (im Widerspruch zu seiner ersten Aussage, wonach er zuerst angefragt worden sei, doch die Arbeiten nicht habe übernehmen können) zuerst zusammen mit dem Beschwerdegegner angefangen habe, die Demontage vorzunehmen. In welchem Vertragsverhältnis Y. das gemacht habe - ob als Beauftragter des Beschwerdeführers oder der ___ bzw. der Bauherrin, ob mit dem Beschwerdegegner als von ihm, Y., Beauftragtem, ob als Partner des Beschwerdegegners im (gemeinsamen Auftrag) des Beschwerdeführers, ob als Beauftragter des Beschwerdegegners (der ja nach der vorherigen Aussage diese Arbeiten übernommen hatte) -, ist unklar. Aus den anschliessenden Aussagen, es sei noch mehr dazu gekommen, er habe gesagt, dass er das nicht mehr machen könne, dann habe sich der Beschwerdegegner anerbaten, dies zu übernehmen, wäre eigentlich zu schliessen, dass ursprünglich Y. beauftragt war, dass sich der Auftrag aber ausweitete, was Y. zu viel wurde, worauf er erklärte, das nicht mehr machen zu können, und dass darauf der Beschwerdegegner (anstelle von Y.) diese Arbeit übernahm. Dazu stehen aber einerseits seine Aussagen in gewissem Widerspruch, zuerst angefragt worden zu sein, aber abgelehnt zu haben, und, die Arbeit ja gar nicht angenommen zu haben, andererseits die Arbeitsberichte, gemäss welchen Y. selber im Zusammenhang mit diesen Arbeiten 67 Stunden arbeitete, und zwar nicht zu Beginn der Arbeiten, im August 2004, sondern im Wesentlichen gegen deren Ende, im Oktober und November 2004 (ER act. 6/12).

c) Zusammenfassend zeigen sich, wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend machte, unaufgeklärte Widersprüche zwischen den Zeugenaussagen von Y. und einzelnen Akten (Bestätigung vom 6. April 2006, Arbeitsberichte) sowie innerhalb dieser Zeugenaussagen. Zwar macht der Beschwerdegegner geltend, die Vorinstanz habe auch auf andere Beweismittel verwiesen und ihre Würdigung daher breit abgestützt (Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 4). Dabei weist der Beschwerdegegner zum Beleg für diese Behauptung aber ausschliesslich auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu den (vorstehend geprüften) Zeugenaussagen von Y. hin und gerade nicht auf andere Beweismittel.

Wird überdies die behauptete Interessenlage von Y. berücksichtigt (der Beschwerdeführer hatte sinngemäss geltend gemacht, Y. habe ein eigenes finanzielles Interesse an einer gerichtlichen Feststellung, dass der fragliche Vertrag zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner zustande kam, weil er sonst damit rechnen müsste, selber [anstelle des Beschwerdeführers] als Vertragspartner und damit als Lohnschuldner des Beschwerdegegners in Anspruch genommen zu werden [KG act. 1 S. 4 Ziff. 4 i.V. mit OG act. 39 S. 4 Ziff. 6 und dortige Verweisung auf ER Prot. S. 2 - 6]), ist es nicht haltbar, beim jetzigen Aktenstand (d.h. ohne zusätzliche Befragung von Y. zu seiner Interessenlage und zum Zustandekommen des behaupteten Vertrages zwischen den Parteien) gestützt auf dessen (widersprüchliche) Aussagen und das vom Beschwerdegegner verfasste (KG act. 2 S. 7 oben; ER Prot. S. 15), von Y. unterzeichnete Schreiben vom 6. April 2006 festzustellen, der Beschwerdeführer (und nicht Y.) habe dem Beschwerdegegner den fraglichen Auftrag erteilt. Das angefochtene Urteil basiert aber auf dieser willkürlichen Feststellung, ist insoweit mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO behaftet und muss deshalb aufgehoben werden.

4. Da die Beschwerde schon aus dem in der vorstehenden Erwägung dargelegten Grund gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben ist, braucht auf die weitere Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Ziff. 7) nicht eingegangen zu werden.

5. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (vorstehend Erw. 3). Der Beschwerdeführer beantragt einen Entscheid in der Sache selber, nämlich die Abweisung der Klage (Beschwerde KG act. 1 S. 2, S. 6 - 8). Das Kassationsgericht kann aber nur dann einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällen, wenn diese spruchreif ist (§ 291 ZPO). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Vorinstanz wird insbesondere zu prüfen haben, ob Y. zur eventuellen Klärung der (zumindest scheinbaren) Widersprüche noch einmal zu befragen ist. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Ob die Vorinstanz allfällige Ergänzungen selber vornehmen oder die Sache ihrerseits an die Erstinstanz zurückweisen will, ist ihr überlassen. Von einer entsprechenden Anweisung ist entgegen dem unbegründeten Antrag des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 8 Ziff. 11) abzusehen.

III.

Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 16 S. 2). Er unterliegt mit diesem Antrag. Ausgangsgemäss sind ihm die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist er zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'296.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 13'900.--.

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 den Einzelrichter für Zivil- und Strafsachen des Bezirkes Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: