

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H. A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. Ch. Büchi

Beschluss vom 5. Februar 2014

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder

Rechtsanwältin lic. iur. X2._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
9. Dezember 2013 (CG120134-L)**

Rechtsbegehren:

der Klägerin und Berufungsbeklagten vor Vorinstanz (Urk. 2 S. 2):

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 195'216.93 nebst Zins zu 5% seit dem 14. September 2012 sowie die Schlichtungskosten von CHF 1'240.00 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz, zulasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung,
vom 9. Dezember 2013 (Urk. 34):**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 195'216.93, nebst Zins zu 5 % seit 14. September 2012 zu bezahlen.
2. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 6'280.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und von dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Der Beklagte hat der Klägerin diesen Betrag zu ersetzen.
Der nicht beanspruchte Teil des Kostenvorschusses wird der Klägerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 18'232.- (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)

Berufungsanträge:
(Urk. 33, letzte Seite)

des Beklagten und Berufungsklägers (sinngemäss):

Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 9. Dezember 2013 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1.1 Mit Eingabe vom 22. November 2012 gelangte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) unter Einreichung von Klagebewilligung und -begründung mit obgenanntem Rechtsbegehren an die Vorinstanz (Urk. 1 f.). In der Folge wurde dem Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagter) am 20. Dezember 2012 Frist zur Beantwortung der Klage angesetzt (Urk. 11). Mit Eingabe vom 19. Januar 2013 reichte er die Klageantwort mit Beilagen zwar ein, jedoch nicht in der vor den Gerichten des Kantons Zürich geltenden Amtssprache Deutsch (Urk. 16 f.). Die Klageantwort wurde deshalb mit Verfügung vom 24. Januar 2013 unter Ansetzung einer Nachfrist zur Übersetzung zurückgewiesen (Urk. 18). Am 12. Februar 2013 wandte sich der Beklagte erneut in französischer Sprache an die Vorinstanz (Urk. 20). Mit Beschluss vom 25. Februar 2013 wurde ihm diesbezüglich letztmals Frist angesetzt, unter der ausdrücklichen Androhung, dass die schriftliche Klageantwort im Säumnisfall als nicht erfolgt gelte und ohne weitere Vorbringen der Parteien ein Endentscheid ergehen könne (Urk. 21). Gegen diesen Beschluss erhob der Beklagte Beschwerde an die hiesige Kammer (Urk. 23). Mit Beschluss vom 30. April 2013 trat die Kammer auf die Beschwerde nicht ein (Urk. 24). Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhob der Beklagte Beschwerde an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 8. Juli 2013 wies das Bundesgericht die Beschwerde des Beklagten ab (Urk. 25). Der Beklagte ist der gerichtlichen Aufforderung, die Klageantwort in der Amtssprache Deutsch einzureichen, nicht nachgekommen. Damit galt die schriftliche Klageantwort androhungsgemäss als nicht erfolgt. Mit Urteil vom 9. Dezember 2013 erfolgte vorgenannter Entscheid (Urk. 34). Dieser Entscheid gibt im Übrigen auch über den detaillierten Verfahrenslauf vor der Vorinstanz Auskunft (Urk. 34 S. 2 ff.).

1.2 Gegen den vorgenannten Entscheid vom 9. Dezember 2013 legte der Beklagte innert Frist Berufung ein und stellte dabei sinngemäss die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 33).

1.3 Mit Verfügung vom 15. Januar 2014 wurde dem Beklagten eine 10-tägige Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einsteuilen einen Vorschuss von Fr. 12'550.– zu leisten (Urk. 37).

1.4 Mit Eingabe vom 27. Januar 2014 ersuchte der Beklagte um Abnahme der vorgenannten Frist zur Leistung des Vorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Verfahren (Urk. 38).

2. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Klägerin verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3.1 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsschrift hat konkrete Rechtsbegehren zu enthalten und ist zu begründen – worauf schon in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung hingewiesen wurde (Urk. 34 S. 8 Dispositiv-Ziffer 6). In der Berufungsbegründung ist darzulegen, worauf der Berufungskläger seine Legitimation stützt, inwieweit er beschwert ist, auf welchen Berufungsgrund er sich beruft und an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid seiner Ansicht nach leidet. Werden keine oder nur ungenügende Berufungsanträge gestellt oder diese nicht begründet, ist auf die Berufung nicht einzutreten (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Zürich/Basel/Genf 2013, 2. Aufl., Art. 311 N 33 ff.). Das Bundesgericht hat überdies klargestellt, dass keine Nachfrist gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO gewährt werden kann, um Rechtsschriften zu ergänzen, die den Anforderungen, wie sie sich aus Gesetz und Rechtsprechung ergeben, nicht genügen (BGE 137 III 617 S. 622 E. 6.4 mit Hinweisen).

3.2 Diesen formellen Anforderungen vermag die Berufung des Beklagten nicht zu genügen. Nach einer Schilderung über den Lauf des Verfahrens folgt in der Berufungsschrift eine Darstellung des Sachverhaltes aus Sicht des Beklagten (vgl. Urk. 33 S. 2 ff.). Der Beklagte wendet sich in seiner Berufungsschrift ausschliesslich gegen die Argumentation der Klägerin in ihrer schriftlichen Klagebe-

gründung; eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen findet nicht statt. Infolgedessen ist auf die Berufung nicht einzutreten.

4.1 Aber auch wenn auf die Berufung einzutreten gewesen wäre, hätte sie abgewiesen werden müssen. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens wird das Recht, Noven vorzubringen, eingeschränkt (Art. 229 ZPO). Das Berufungsverfahren ist nicht ein Neuanfang des Prozesses, sondern es setzt das erstinstanzliche Verfahren fort. Die Einschränkungen für das Vorbringen neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel werden deshalb im Berufungsverfahren konsequent weitergeführt. Das Berufungsverfahren soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Das Gesetz regelt deshalb die Zulassung von Noven restriktiv. Jede Partei, welche neue Tatsachen oder Beweismittel einreicht, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven einreichen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, sie aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen hatte (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, N 3 und N 14 f. zu Art. 317 ZPO).

4.2 Der Beklagte hat es vor Vorinstanz unterlassen, innert der ihm mit Verfügung vom 24. Januar 2013 erstmals und mit Beschluss vom 25. Februar 2013 letztmals angesetzten Nachfrist eine schriftliche Klageantwort in der vor den Gerichten des Kantons Zürich geltenden Amtssprache Deutsch einzureichen. Infolgedessen galt die schriftliche Klageantwort androhungsgemäss als nicht erfolgt (vgl. Urk. 34 S. 2 ff. E. I.). Wie bereits erwähnt, setzt sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift ausschliesslich mit der Argumentation der Klägerin in ihrer

schriftlichen Klagebegründung auseinander. Seine Berufungsschrift kommt daher einer schriftlichen Klageantwort gleich. Dem Beklagten ist es jedoch verwehrt, im Rahmen des Berufungsverfahrens das vor Vorinstanz Versäumte nachzuholen. Er macht in seiner Berufungsschrift auch nicht geltend, dass es im vorliegenden Verfahren zulässige Noven zu berücksichtigen gäbe (vgl. Urk. 33 S. 2 ff.). Insgesamt würde es dem Beklagten damit nicht gelingen, eine unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz darzutun. Damit würde es auch dann beim vorinstanzlichen Entscheid bleiben, wenn auf die Berufung einzutreten gewesen wäre.

5. Eine Person hat im Falle der Bedürftigkeit Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Da die Berufung aufgrund des Gesagten als von vornherein aussichtslos einzustufen ist, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

6 Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten in Anwendung von § 2 lit. a, § 4 Abs. 1 und 2, § 10 und § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen und gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Beklagten aufzuerlegen. Der Klägerin ist mangels wesentlicher Umtriebe für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 33, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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

7. 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. 195'216.93. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:
mc