



---

Kass.-Nr. AA040093/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2004

in Sachen

René W,

.....,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

S. GmbH,

vertreten durch: ...,  
Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt .....

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 2004 (LB030094/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beklagte und Beat B. schlossen am 17. Januar 1997 einen Vertrag, womit sie die einfache Gesellschaft Baukonsortium G begründeten (BG act. 3/8). Zweck war die Planung, Erstellung und der Verkauf von sieben Einfamilienhäuser in O. Die Architekturarbeiten wurden Beat B. übertragen, die Garten- und Umgebungsarbeiten dem Beklagten. Am 19. Dezember 1997 schloss das Baukonsortium G, vertreten durch Beat B., mit der Klägerin einen Werkvertrag für Gipserarbeiten und Fassadenverputz. Am 22. Juni 1999 sandte die Klägerin Beat B. die Schlussrechnung für geleistete Arbeit, welche Beat B. im Betrag von Fr. 77'974.10 genehmigte (BG act. 3/5a+b). Es erfolgte später eine undatierte Zahlungserinnerung der Klägerin, nunmehr an die Adresse des Beklagten, über den Betrag von Fr. 77'974.10 (BG act. 3/6).

Mit Eingabe vom 13. Oktober 2000 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Klage mit dem Begehren, es sei der Beklagte zur Bezahlung von Fr. 77'974.10 nebst Zins und Betreibungskosten zu verpflichten und es sei der vom Beklagten in der betreffenden Betreibung erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen (BG act. 2).

Das Bezirksgericht Zürich (1. Abteilung) hiess die Forderungsklage mit Urteil vom 26. September 2003 vollumfänglich gut (BG act. 96 = OG act. 101). Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte Berufung (OG act. 101). Das Obergericht (I. Zivilkammer) hiess die Klage mit Urteil vom 13. Mai 2004 ebenfalls vollständig gut (OG act. 118 = KG act. 2). Gegen dieses Urteil führt der Beklagte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1) und Berufung beim Bundesgericht (OG Prot. S. 7, KG act. 3).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beklagte, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Klägerin beantragt, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten, allenfalls sei sie abzuweisen, soweit auf

diese eingetreten werde (KG act. 13 S. 2). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 7).

## II.

1. a) Der Beschwerdeführer bringt unter dem Titel der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. auf Begründung des Entscheids vor, er habe die Vertretungsbefugnis Beat B.s grundsätzlich bestritten. Darüber werde das Bundesgericht zu befinden haben (Beschwerdeschrift S. 5 f. Ziff. 11). Das Obergericht halte allgemein und zu Recht fest, eine von Beat B. vorgenommene Rechtshandlung gegenüber der Beschwerdegegnerin würde das Baukonsortium und damit den Beschwerdeführer nur dann nicht verpflichten, wenn für die Beschwerdegegnerin objektiv zu erkennen gewesen wäre, dass Beat B. eine Rechtshandlung vorgenommen habe, die offensichtlich jenseits dessen sei, was durch den Gesellschaftszweck noch abgedeckt sei (angefochtenes Urteil S. 48). Genau das aber habe der Beschwerdeführer Beat B. der Beschwerdegegnerin in den vorinstanzlichen Verfahren mit ausführlicher und detaillierter Begründung vorgeworfen, nämlich Beat B. habe unter Mithilfe der Beschwerdegegnerin seine Vertretungsbefugnis missbraucht und überschritten. Der Beschwerdeführer habe sowohl die offensichtlich fragwürdige Rechnungsstellung durch die Beschwerdegegnerin als auch deren ebenso fragwürdige Genehmigung durch Beat B. gerügt. Solches liege zweifellos ausserhalb des Gesellschaftszweckes gemäss Art. 536 OR (Beschwerdeschrift S. 6 Ziff. 12). Auf die vom Beschwerdeführer diesbezüglich konkret erhobenen Rügen sei das Obergericht nicht eingegangen (Beschwerdeschrift S. 7 Ziff. 13). Im einzelnen bringt der Beschwerdeführer vor (Beschwerdeschrift S. 7 - 9, Ziff. 14 lit. a - g):

- Unberücksichtigt geblieben sei der Vorwurf, Beat B. habe von der Beschwerdegegnerin vermutlich rückdatierte und einzig zu Prozesszwecken geschriebene Rechnungen genehmigt.

- Der Beschwerdeführer habe weiter gerügt, es bestehe der begründete Verdacht, dass Einzelrechnungen der Beschwerdegegnerin nicht den Originalrechnungen entsprechen würden - falls es solche überhaupt gebe.
- Dasselbe gelte für die wohl ebenso manipulierte undatierte „Zahlungserinnerung“, mit welcher die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer gemahnt habe.
- Vom Obergericht unbeachtet geblieben sei die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage, weshalb es die von Beat B. genehmigte Rechnungszusammenstellung der Beschwerdegegnerin in drei nicht übereinstimmenden Versionen gebe (BG act. 35a, 73/25 und 73/3). So sei der Vermerk „Bekannt für e suberi Bütetz“ unterschiedlich platziert; einmal stehe „Von Herrn B. eingesehen und für richtig befunden“, das andere Mal fehle dieser Vermerk; ferner falle die unterschiedliche Adressierung auf.
- Weiter bleibe vom Obergericht unbeachtet die detailliert vorgebrachte Rüge des Beschwerdeführers, die Art der Rechnungsstellung der Beschwerdegegnerin widerspreche offensichtlich dem Werkvertrag. Beat B. hätte deshalb diese Rechnungsstellung niemals akzeptieren dürfen.
- Weiter nicht nachgegangen sei das Obergericht den vom Beschwerdeführer gemachten und dokumentierten Hinweisen darauf, dass Beat B. entgegen seiner Behauptung Regierapporte vermutlich weder kontrolliert noch visiert habe und dass es solche möglicherweise gar nicht gebe. Trotzdem habe er die Regierechnungen der Beschwerdegegnerin genehmigt.
- Der Beschwerdeführer habe auch vorgebracht, dass es undenkbar sei, dass für alle sieben Häuser auf den Franken genau dieselben Regiearbeiten erforderlich gewesen sein sollen, nämlich Fr. 6'082.75. Auch damit habe sich das Obergericht nicht befasst.

Die Befugnis eines Gesellschafters, so der Beschwerdeführer weiter, gemäss Art. 543 Abs. 3 OR die Gesellschaft zu vertreten und damit den solidarisch haftenden Mitgesellschafter zu verpflichten, sei das eine. Das habe das Obergericht bejaht. Das andere aber sei die Frage nach der vom Beschwerdeführer dargelegten Art und Weise der Vertretungshandlungen durch Beat B.. Das Können des Vertreters sei vom Dürfen losgelöst. Zum Können sei dem angefochtenen Urteil viel, zum Dürfen nichts zu entnehmen, trotz entsprechender einlässlicher und dokumentierter Behauptungen und Rügen des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren (Beschwerdeschrift S. 9 f. Ziff. 15).

b) Aus Art. 4 aBV bzw. Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 126 I 16 E. 2a/aa, 123 I 34 E. 2c, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2).

Es trifft zu, dass das Obergericht im angefochtenen Urteil nicht auf die einzelnen Einwände des Beschwerdeführers betreffend der Rechnungsstellung der Beschwerdegegnerin und die Genehmigung der Rechnung durch Beat B. eingeht.

Das Obergericht hält fest, Beat B. habe bezeugt, dass er die handschriftlichen Zahlen auf der Rechnung der Beschwerdegegnerin angebracht habe. Diese Zahlen bedeuteten eine Genehmigung der Rechnung. Die Meinung sei, dass dies im Namen des Baukonsortiums genehmigt worden sei. Er, Beat B., habe die Forderung im Namen des Baukonsortiums anerkannt (BG Prot. S. 37; angefochtenes

Urteil S. 51 unten Erw. IV/8d). Das Obergericht zitiert in der Folge die entsprechenden Erwägungen des Bezirksgerichts, welches dafür hält, wegen der Genehmigung sei das Quantitativ nicht im Detail nachzurechnen. Ob Beat B. die Rechnungen nicht hätte genehmigen dürfen, wie dies der Beschwerdeführer geltend mache, sei im Rahmen der gesellschaftsinternen Auseinandersetzung zu klären. Insofern lege der Entscheid in keiner Weise fest, ob und in welchem Verhältnis die Gesellschafter die Bezahlung der klägerischen Forderung im internen Verhältnis letztendlich tragen müssten. Aus diesem Grund erübrige es sich, die Forderung der Beschwerdegegnerin bzw. deren Arbeiten und Rechnungen Punkt für Punkt zu spezifizieren, wie dies der Beschwerdeführer verlange (angefochtenes Urteil S. 2 Erw. IV/8e). Sodann gibt das Obergericht zusammenfassend die Einwände des Beschwerdeführers wieder, nämlich dass Beat B. nicht einseitig zu Gunsten der Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu dessen Nachteil von den berechtigten Einreden gegen eine unakzeptable Rechnungsstellung abhalten könne und dass die Genehmigung einer objektiv erkennbar nicht genehmigungswürdigen Rechnungsstellung ausserhalb des Gesellschaftszwecks liege, was auch die Beschwerdegegnerin gewusst habe oder hätte wissen müssen, und dass die Beschwerdegegnerin sich nicht auf die Vollmacht von Beat B. berufen könne, habe sie doch erkannt oder erkennen müssen, dass dieser die Vollmacht zwecks Genehmigung ihrer Rechnung zum Nachteil des Beschwerdeführers gebrauche (angefochtenes Urteil S. 52/53 Erw. IV/8f).

Das Obergericht hält seinerseits fest, aufgrund der Zeugenaussage von Beat B. könne ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er die Werklohnforderung der Beschwerdegegnerin namens des Baukonsortiums genehmigt habe, und zwar indem er die ursprüngliche Forderung der Beschwerdegegnerin um rund Fr. 15'000.-- gekürzt habe und hierauf die von ihm bereinigte Rechnung der Beschwerdegegnerin wieder habe zukommen lassen (angefochtenes Urteil S. 53 Erw. IV/8g). Sodann hält das Obergericht fest, dass aufgrund der solidarischen Haftung von Beat B. und des Beschwerdeführers für Schulden des Baukonsortiums G gegenüber der Beschwerdegegnerin letztere den ihr zustehenden Werklohn ohne weiteres vom Beschwerdeführer habe einfordern können. Es prüft in der Folge, ob Beat B. als Gesellschafter berechtigt gewesen sei, die Werklohnfor-

derung zu Lasten des Beschwerdeführers gegenüber der Beschwerdegegnerin anzuerkennen. Es hält hierzu fest, der Beschwerdeführer sei zumindest stillschweigend und konkludent damit einverstanden gewesen, dass Beat B. namens des Baukonsortiums G. mit den einzelnen Werkunternehmern und somit auch mit der Beschwerdegegnerin die Werkverträge verhandelt und abgeschlossen habe. Daran habe sich der Beschwerdeführer nicht beteiligt. Er habe sich auch nicht um die finanzielle Angelegenheit der einfachen Gesellschaft gekümmert, sondern diese vollkommen Beat B. überlassen. Dieser sei es denn auch gewesen, der den verschiedenen Unternehmern Akontozahlungen geleistet und mit ihnen die Schlussabrechnungen durchgeführt habe. Aufgrund des Verhaltens des Beschwerdeführers innerhalb der einfachen Gesellschaft sei Beat B. somit auch berechtigt und bevollmächtigt gewesen, mit der Beschwerdegegnerin die Schlussabrechnung zu bereinigen und diese für die einfache Gesellschaft im bereinigten Umfang anzuerkennen. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers sei diese Vertretungshandlung ohne weiteres durch den Zweck des Gesellschaftsvertrags gedeckt gewesen, denn irgendein Gesellschafter habe schliesslich mit den Werkunternehmern abrechnen und diese finanziell befriedigen müssen. Die Beschwerdegegnerin habe sich nach Treu und Glauben darauf verlassen könne und dürfen, dass Beat B. hierzu kompetent gewesen sei, zumal sich der Beschwerdeführer anerkanntermassen der Beschwerdegegnerin gegenüber nie in diese Angelegenheit eingemischt habe (angefochtenes Urteil S. 53/54 unten Erw. IV/8h).

Das Obergericht hat mit diesen Erwägungen aufgezeigt, weshalb es - im wesentlichen aus bundesrechtlichen Gründen - dafür hält, dass sich der Beschwerdeführer die Genehmigung der Schlussrechnung der Beschwerdegegnerin durch Beat B. entgegenhalten lassen müsse. Es hat damit auch dargelegt, weshalb es auf die Einwände des Beschwerdeführers gegen die Schlussrechnung der Beschwerdegegnerin bzw. gegen deren Grundlagen nicht ankomme. Diese Gründe sind für den Beschwerdeführer erkennbar, so dass er auch in der Lage sein sollte, allfällige diese betreffende Rügen im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren anzubringen. Kommt es auf die Einwände des Beschwerdeführers nicht an, so musste sich das Obergericht auch nicht mit diesen im einzelnen auseinandersetzen. Die

Rüge der Gehörsverweigerung bzw. der ungenügenden Urteilsbegründung ist unbegründet.

2. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Art und Weise, wie die Rechnungsgehmigung und Anerkennung durch Beat B. zustande gekommen sei, habe er begründet für fragwürdig gehalten. Er habe vermutet, die Rechnungen könnten manipuliert sein. Er habe deshalb die Edition der Rechnungsoriginale beantragt, um vorab feststellen zu können, ob es solche überhaupt gebe. Deren Existenz habe er wiederholt bezweifelt und mit Nichtwissen bestritten. Auf das Editionsbegehren hin habe das Bezirksgericht Beat B. aufgefordert, die Originalrechnungen gemäss Zahlungserinnerung an den Beschwerdeführer einzureichen. Dieser habe darauf geantwortet, die weiteren verlangten Originalrechnungen seien nicht in seinem Besitz, sie seien seines Wissens direkt an den Beschwerdeführer zugestellt worden. Damit hätten es die Vorinstanzen bewenden lassen. Der Beschwerdeführer habe nie Gelegenheit bekommen, sich zu dieser unwahren Behauptung B.s zu äussern. Bis heute habe er statt dessen nur die Rechnungskopien (BG act. 45/1-13), welche die Beschwerdegegnerin mit der Beweismittelübergabe eingereicht habe, zu Gesicht bekommen. Dabei scheine aufgrund des auffälligen Leerraumes durchwegs auf Seite 2 aller Rechnungen einiges abgedeckt worden zu sein. Ein Vergleich mit den Originalen wäre aufschlussreich. Die Vorinstanzen fragten nicht weiter nach dem Verbleib der Originalrechnungen mit der Begründung, das sei nicht von Bedeutung - im Ergebnis eine Ablehnung des Editionsbegehrens des Beschwerdeführers. Beat B. habe nämlich als Zeuge bestätigt, dass er die Rechnung genehmigt und den Forderungsbetrag anerkannt habe (angefochtenes Urteil S. 52 und 55; bezirksgerichtliches Urteil S. 27 f.). Dazu, ob in der Vertretungsmacht B.s auch die Befugnis inbegriffen gewesen sei, möglicherweise manipulierte Rechnungen zu genehmigen, äusserten sich die Vorinstanzen nicht. Sollte sich herausstellen, dass es Originalrechnungen nicht gebe oder dass diese nicht mit den Kopien übereinstimmen, sei diese Tatsache im Sinne von § 133 ZPO „erheblich“. Die Ablehnung der Editionsbegehren des Beschwerdeführers durch die Vorinstanzen verletze Art. 29 Abs. 2 BV und den wesentlichen Verfahrensgrundsatz, wonach

über erhebliche streitige Tatsachen gemäss § 133 ZPO Beweis zu erheben sei (Beschwerdeschrift S. 10 - 12, Ziff. III/16 - 21).

b) Wie bereits vorne dargestellt, geht das Obergericht davon aus, dass die Schlussabrechnung der Beschwerdegegnerin von Beat B. in der von diesem korrigierten Fassung genehmigt worden sei und dass diese Genehmigung durch das Recht B.s, das Konsortium zu vertreten, abgedeckt gewesen sei. Halten die Vorinstanzen dafür, massgeblich sei die Genehmigung der Schlussrechnung durch Beat B., mit den von diesem angebrachten Korrekturen, so ist es folgerichtig, dass sich eine Prüfung der Übereinstimmung der Schlussrechnung mit vorangegangenen Rechnungen erübrigt. Konsequenterweise hatte das Obergericht auch nicht darauf zu bestehen, dass diese vorangegangenen Rechnungen im Original eingereicht würden. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Gehörsverweigerung und der Nichtabnahme von Beweisen zu strittigen Tatsachenbehauptungen ist deshalb unbegründet.

Ob es darauf ankommt, dass sich die Schlussrechnung in allen Teilen exakt auf vorangegangene Rechnungen stützt, ob eine allfällige Diskrepanz eine Genehmigung der Schlussabrechnung zum vornherein und auch mit allfälligen Korrekturen seitens des Genehmigenden ausschliesst, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht und im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren zu prüfen. Sollte das Bundesgericht zum Schluss kommen, der von den Vorinstanzen festgestellte Sachverhalt sei ergänzungsbedürftig, so wird es den angefochtenen Entscheid aufheben und die Sache zu allfälliger Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Dies hat vorliegend nicht das Kassationsgericht zu tun.

3. Unter dem Titel der Willkür bringt der Beschwerdeführer vor, das Obergericht und auch das Bezirksgericht hätten die Beschwerdegegnerin davon entbunden, ihre eingeklagte Forderung gegenüber dem Beschwerdeführer zu substantiieren, denn Beat B. als vertretungsberechtigtes Mitglied der einfachen Gesellschaft habe die Rechnung geprüft und als korrekt befunden. Dies sei willkürlich. Er habe vor beiden Vorinstanzen ausführlich gerügt und begründet, dass die Beschwerdegegnerin ihre Rechnungen möglicherweise manipuliert habe. Es könne nicht

rechtens sein, dass ausgerechnet aufgrund des ebenfalls gerügten und möglicherweise damit zusammenhängenden Missbrauchs der Vertretungsmacht durch Beat B. die Beschwerdegegnerin vor der Überprüfung ihrer augenscheinlich fragwürdigen Rechnungen geschützt sein sollte. Demnach habe der Beschwerdeführer Anspruch darauf, dass die Beschwerdegegnerin ihre umstrittenen Rechnungen ihm gegenüber als mithaftendem Gesellschafter substantziere und spezifiziere. Im vorliegenden Fall stelle sich ernsthaft die Frage nach der korrekt erfolgten Abrechnungsweise der Beschwerdegegnerin und damit zusammenhängend nach der korrekten Ausübung der Vertretungsmacht durch den geschäftsführenden Gesellschafter B.. Dies habe zwingend zur Folge, dass der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Mitgesellschafter René W. (dem Beschwerdeführer), der nach ihrer Meinung ihre Rechnung bezahlen soll, voll auskunfts- und abrechnungspflichtig sei (Beschwerdeschrift S. 12 f. Ziff. 22 - 24).

Die Frage, ob und wie weit ein Mitglied einer einfachen Gesellschaft sich Genehmigungshandlungen eines Mitgeschafters gegenüber Dritten anrechnen lassen muss, ist eine solche der Anwendung von Bundesrecht. Dasselbe gilt für die Frage, ob und wie weit der Dritte, welcher gestützt auf eine genehmigte Rechnung und die solidarische Haftbarkeit die Bezahlung durch einen Mitgeschafters fordert, die der Genehmigung zugrunde liegenden Fakten erneut nachzuweisen hat. Entsprechende Rügen können mit Berufung beim Bundesgericht angebracht werden, weshalb diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (Art. 43 OG, § 285 ZPO). Diesbezüglich ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

4. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPOO, § 68 Abs. 1 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 3800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 295.-- Schreibgebühren,  
Fr. 190.-- 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. 3'800.— (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich (1. Abteilung) sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: