



Kass.-Nr. AA050090/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer,
Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär
Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 6. Juni 2006

in Sachen

X.,

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Ober-
gerichts des Kantons Zürich vom 22. April 2005 (LB050009/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin (Klägerin und Appellantin) hatte am 8. März 2004 gegen den Beschwerdegegner (Beklagter und Appellat) eine Forderungsklage für Fr. 29'770.-- nebst Zinsen zu 5% seit 23. Oktober 2003 eingereicht (BG act. 1 und 2). Mit Urteil vom 20. Dezember 2004 wies die 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich die Klage ab (BG act. 30). Auf Berufung der Beschwerdeführerin wies auch die II. Zivilkammer des Obergerichts am 22. April 2005 die Klage ab (KG act. 2). Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde; mit ihr beantragt die Beschwerdeführerin, es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils der Vorinstanz die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1). Der Beschwerdegegner beantragt in der Beschwerdeantwort, zu welcher die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. April 2006 Stellung nahm (KG act. 17), Abweisung der Beschwerde (KG act. 13). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10). Die Kautions von Fr. 4'500.-- ist von der Beschwerdeführerin rechtzeitig geleistet worden (KG act. 7/2 und 11).

Die Beschwerdeführerin hat gegen das angefochtene Urteil auch Berufung an das Bundesgericht erklärt (OG act. 33 S. 6).

2. Bei der Klage geht es um Folgendes:

Der Beschwerdegegner vertrat die Beschwerdeführerin seit Dezember 1997 gegenüber der "A."-Versicherung wegen Ansprüchen aus einem im Mai 1997 von der Beschwerdeführerin erlittenen Verkehrsunfall mit Schleudertrauma. Am 23. Oktober 2000 unterzeichnete der Beschwerdegegner namens der Beschwerdeführerin mit der "A."-Versicherung eine "Vereinbarung über die Auszahlung von Versicherungsleistungen" (vgl. BG act. 4/4). Mit dieser Vereinbarung wurde die "restliche Versicherungsleistung" auf Fr. 430'000.-- festgesetzt. Diese "Erledigung" erfolgte gemäss dem Wortlaut der Vereinbarung "pauschal per Saldo aller

Ansprüche und unter allen Titeln inklusive Anwaltskosten". Es steht fest, dass der Beschwerdegegner und die Versicherung bei der Ermittlung der Versicherungsleistung von folgenden Zahlen ausgingen: Fr. 360'000.-- Haushaltschaden, Fr. 40'000.-- Genugtuung, Fr. 30'000.-- Anwaltskosten.

Ende Oktober 2000 erhielt der Beschwerdegegner von der "A."-Versicherung den Betrag von Fr. 430'000.-- überwiesen (BG act. 4/5/3); davon leitete er Fr. 350'000.-- an die Beschwerdeführerin weiter und behielt Fr. 80'000.-- als Anwaltshonorar ein. Für sein Honorar stellte er der Beschwerdeführerin eine entsprechende Rechnung (BG act. 4/5/1).

Am 26. Februar 2002 erfuhr der Treuhänder der Beschwerdeführerin auf Nachfrage direkt von der "A."-Versicherung, dass im Rahmen der Versicherungsleistung von total Fr. 430'000.-- für Anwaltskosten ein Betrag von Fr. 30'000.-- angesetzt worden sei (vgl. BG act. 4/6). Am 20. November 2003 erstellte der Beschwerdegegner nach Diskussionen mit der Beschwerdeführerin eine neue Honorar-Abrechnung über Fr. 59'770.-- und überwies den Differenzbetrag zu den bereits bezogenen Fr. 80'000.--, nämlich Fr. 20'230.--, der Beschwerdeführerin (BG act. 4/8). Die Beschwerdeführerin stellte sich in der Folge auf den Standpunkt, der Beschwerdegegner hätte von ihr nicht mehr als die Fr. 30'000.-- als Honorar verlangen dürfen, die auch von der "A."-Versicherung unter dem Titel "Anwaltskosten" bezahlt worden seien. Mit der am 17. November 2003 beim Friedensrichter eingeleiteten Klage verlangte sie (nach entsprechender Reduktion) die Differenz zwischen Fr. 59'770.-- und Fr. 30'000.-- vom Beschwerdegegner.

II.

1. Die Vorinstanz hat die Klage mit zwei selbständigen Alternativbegründungen abgewiesen:

1.1 Sie hat zunächst erwogen, die Beschwerdeführerin habe das Honorar in der ursprünglich vom Beschwerdegegner geltend gemachten Höhe von Fr.

80'000.-- anerkannt, indem sie die ursprüngliche Abrechnung und Zahlung "nicht hinterfragte". Allerdings habe sie sich allfällig dabei in einem Willensmangel befunden, nämlich wenn ihre – bestrittene – Version zutreffe, wonach sie vom Beschwerdegegner seinerzeit nicht über die Höhe der von der "A."-Versicherung übernommenen Anwaltskosten orientiert worden sei. Von diesem Willensmangel habe sie im Februar 2002 Kenntnis erhalten, diesen jedoch nicht innert Jahresfrist geltend gemacht; es sei unbestritten geblieben, dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner erst im August 2003 mit der geltend gemachten Forderung konfrontiert habe. Das Gleiche gelte auch für eine allfällige Forderung aus Übervorteilung. Das Anwaltshonorar sei im Übrigen in der reduzierten Höhe von Fr. 59'770.-- (entsprechend Fr. 450.-- pro Stunde) nicht übersetzt (KG act. 2 S. 6 ff., Erw. 3.2-3.4).

1.2 Auch wenn die Beschwerdeführerin – so die Vorinstanz weiter – nicht an die Honorarvereinbarung gebunden wäre, könnte die Klage nicht geschützt werden: Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Schlechterfüllung des Vertrags bzw. Schadenszufügung sei nicht gegeben. Es gebe keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass von der "A."-Versicherung eine Deckung der vollen Anwaltskosten hätte erreicht werden können; vielmehr habe die "A."-Versicherung vergleichsweise nur Schadenersatz auf der Basis einer Haftungsquote von 50% bezahlen wollen, und in einem solchen Fall würden sämtliche Schadensposten – darunter auch die Anwaltskosten – anteilig gekürzt. Eine Schädigung der Beschwerdeführerin liege damit nicht vor. Festzuhalten sei, dass überhaupt die Vereinbarung mit der "A."-Versicherung keinen direkten Einfluss auf den Honoraranspruch des Beschwerdegegners gegenüber der Beschwerdeführerin haben könne. Auftraggeber des Beschwerdegegners sei die Beschwerdeführerin gewesen und sie schulde ihm ein Honorar. Dessen Höhe von Fr. 59'770.-- sei – wie erwähnt – nicht übersetzt gewesen. Die Beschwerdeführerin halte zu Recht selber fest, im internen Verhältnis zwischen den Parteien sei durch den Abschluss mit der "A."-Versicherung die Honorarfrage nicht automatisch geklärt (KG act. 2 S. 8 ff., Erw. 3.6-3.8).

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt gegenüber der ersten Begründung als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, dass die Vorinstanz ihr Urteil gefällt hat, ohne ein Beweisverfahren durchzuführen. Der Beschwerdegegner behaupte, er habe die Beschwerdeführerin mehrfach über den Fallabschluss mit all seinen rechtlichen und finanziellen Konsequenzen aufgeklärt. Die Beschwerdeführerin habe stets bestritten, dass der Beschwerdegegner ihr beim Vergleichsabschluss die Zusammensetzung des Vergleichsbetrages oder die Tatsache, dass sie selbst einen Anteil an Anwaltshonorar tragen müsse, erläutert habe. Ohne ein Beweisverfahren über diese Frage sei der Prozess nicht spruchreif gewesen und könne nicht richtig entschieden werden (KG act. 1 S. 6; s.a. KG act. 17 S. 2).

Die Beschwerdeführerin will daraus offenbar auch ableiten, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer gültigen Honorarvereinbarung ausgegangen bzw. habe das Verhalten der Beschwerdeführerin bei Erhalt des Netto-Betrags von Fr. 350'000.-- unrichtig gewürdigt (KG act. 1 S. 5).

2.2 Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die Vorinstanz in der ersten Begründung die Darstellung der Beschwerdeführerin selbst (nämlich die Beschwerdeführerin habe erst im Februar 2002 erfahren, dass die "A."-Versicherung bloss Fr. 30'000.-- als Anwaltskosten bezahlt habe) als richtig unterstellt, obwohl die Vorinstanz diese Darstellung – zu Recht – als bestritten bezeichnet (KG act. 2 Erw. 3.2, S. 6 untere Hälfte). Auf dieser Grundlage hat die Vorinstanz das Stillschweigen der Beschwerdeführerin auf die erste Überweisung im Jahre 2000 als Anerkennung der Honorarforderung des Beschwerdegegners gewürdigt, die allerdings allfällig mit einem Willensmangel behaftet gewesen wäre (KG act. 2 S. 6). Sodann hat sie aus dem weiteren Verlauf (nämlich daraus, dass die Beschwerdeführerin erstmals im August 2003 – mehr als ein Jahr nach dem Februar 2002 – eine Rückforderung gegenüber dem Beschwerdegegner geltend machte) auf eine verspätete Geltendmachung von Forderungen aus Willensmangel oder Übervorteilung geschlossen. Für die Vorinstanz war die bestrittene Tatfrage der richtigen Aufklärung der Beschwerdeführerin durch den Beschwerdegegner somit gerade

nicht rechtserheblich; folglich brauchte sie darüber auch nicht Beweis zu erheben (§ 133 ZPO). Die Rüge ist unbegründet; ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

Die Fragen, ob die rechtlichen Folgerungen der Vorinstanz sowie die Annahme fehlender Rechtserheblichkeit der Tatfrage der richtigen Aufklärung der Beschwerdeführerin durch den Beschwerdegegner zutreffend waren, sind Fragen des materiellen Bundesrechts, die im Rahmen der eidgenössischen Berufung vom Bundesgericht zu behandeln sind. Hielte das Bundesgericht die Frage der richtigen Aufklärung der Beschwerdeführerin entgegen der Vorinstanz für rechtserheblich, so könnte und müsste das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid aufheben und zur Ergänzung des Verfahrens zurückweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Das Kassationsgericht kann darauf gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO nicht eintreten.

3.1 Bei der zweiten Begründung geht die Beschwerdeführerin selber davon aus, dass es im Wesentlichen um Fragen des Bundesrechts geht, welche sie im Beschwerdeverfahren nicht zur Prüfung stellt bzw. zu denen sie keine Rügen erhebt.

Sie rügt jedoch als Verweigerung des rechtlichen Gehörs, dass die Vorinstanz auf S. 12/13 ihres Urteils (KG act. 2) festgestellt habe, der Beschwerdegegner habe das Quantitative (in Bezug auf die bei der "A."-Versicherung geltend gemachten und von dieser anerkannten Beträge) genügend substantiiert und diese Ausführungen seien unbestritten geblieben. Dabei habe sich die Vorinstanz insbesondere auf die Duplik des Beschwerdegegners vor Bezirksgericht (BG act. 28 S. 18) und die Beilagen 4a) und b) dazu (BG act. 29/4a+b) abgestützt. Zu diesen habe aber die Beschwerdeführerin gar keine Stellung nehmen können (KG act. 1 S. 6/7; s.a. KG act. 17 S. 2).

3.2 Es ist zunächst festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, dass das Bezirksgericht oder das Obergericht der Beschwerdeführerin die Duplik und die Beilagen dazu zur Stellungnahme zugestellt hätte (vgl. BG Prot. S. 4).

Andererseits ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin im obergerichtlichen Verfahren, insbesondere in der Berufungsbegründung, irgendetwas unternommen hätte, um zu den Akten BG act. 28 und 29/4a+b Stellung zu nehmen oder eine Bestreitung vorzunehmen.

3.3 Es stellt sich zunächst die Frage, ob das Schweigen der Beschwerdeführerin im obergerichtlichen Verfahren einen Verzicht auf Bestreitung darstellt. Dies ist indessen nach den konkreten Umständen zu verneinen: Nachdem das Bezirksgericht in keiner Weise auf die Duplik und die dort eingereichten Beilagen abstellte, bestand für die Beschwerdeführerin kein Anlass, hier – gewissermassen auf Vorrat – tätig zu werden. Wollte das Obergericht seinerseits für seinen Entscheid auf diese Akten abstellen, so durfte es dies nicht tun, ohne die Beschwerdeführerin zuvor zu einer Stellungnahme zu veranlassen. Wird auf irgendwelche tatsächliche Vorbringen oder Beweismittel abgestellt, ohne dass die Gegenpartei vorgängig zur Stellungnahme aufgefordert wurde oder im normalen Verfahrensgang dazu Veranlassung hatte, so bedeutet dies eine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör (§ 56 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV).

3.4 Unter diesen Umständen ist die Rüge begründet: Das Obergericht hat zu Unrecht die Vorbringen der Duplik und insbesondere in BG act. 29/4a+b als unbestritten bezeichnet.

Nachdem es sich aber nur um einen Einzelpunkt einer von zwei Begründungen handelt, die zahlreiche weitere Elemente aufweisen und über die ohnehin das Bundesgericht zu entscheiden hat, ist der vorinstanzliche Entscheid trotz des festgestellten Nichtigkeitsgrundes praxismässig nicht aufzuheben, sondern es ist aus der zweiten vorinstanzlichen Begründung nur der Teil zuhanden des Bundesgerichts zu streichen, der unter Verletzung des rechtlichen Gehörs zustande gekommen ist, nämlich der zweite Halbsatz in Zeile 7 S. 13 des vorinstanzlichen Urteils (die Worte "... und unbestritten geblieben.>").

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen und unterliegen die Parteien im Beschwerdeverfahren je mit einer Rüge, d.h. je ungefähr zur Hälfte. Die Kosten sind ihnen deshalb je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und es sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden aus der Begründung des Urteils der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. April 2005 auf S. 13 Zeile 7 die Worte "*... und unbestritten geblieben*" gestrichen.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 270.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (ad CG040051), sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: