



Kass.-Nr. AA060015/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 19. März 2007

in Sachen

X.,

Zustelladresse: c/o Rechtsanwalt Dr. _____

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Dr. iur. _____

gegen

Y.,

Dr. iur.,

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2005 (LB040070/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) hatte in Novigrad (Kroatien) ein Boot stationiert, das am 10./11. August 1999 durch unbekannte Täterschaft beschädigt wurde. Er beauftragte im Juni 2001 den Beklagten und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) mit der Wahrung seiner Interessen aus einer Vollkaskoversicherung gegenüber der Versicherungsgesellschaft U. Versicherungen (nachfolgend "U.") (BG act. 2/5/5). Der Beschwerdegegner machte namens des Beschwerdeführers einen Schadensbetrag von ATS 352'456.— gegenüber der U. geltend (BG act. 2/5/6). Die U. berief sich mit Schreiben vom 17. Dezember 2001 auf Verjährung des Versicherungsanspruchs (BG act. 2/5/8), zeigte sich aber anschliessend gleichwohl bereit, eine Entschädigung in Höhe von ATS 60'000.— zu zahlen (vgl. BG act. 9 S. 7; act. 11/7). Eine Annahme dieses Angebots erfolgte nicht (vgl. BG act. 17 S. 8). Der Beschwerdeführer warf dem Beschwerdegegner in der Folge vor, den an ihn erteilten Auftrag unsorgfältig erfüllt zu haben, indem der Beschwerdegegner die Verjährungsfrist in Art. 46 VVG nicht beachtet habe, worauf sich die U. auf die Verjährung berufen und ihm lediglich noch ein ungenügendes Angebot zur Erledigung der Streitsache unterbreitet habe. Der Beschwerdegegner bestreitet, eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen zu haben. Am 9. Oktober 2002 erhob der Beschwerdeführer gegen den Beschwerdegegner beim Bezirksgericht A. Klage auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von CHF 33'440.60 nebst Zins (BG act. 2/3). Auf Unzuständigkeitseinrede des Beschwerdegegners hin wurde der Prozess an das Bezirksgericht B. (Erstinstanz) überwiesen (BG act. 2/12). Am 25. Februar 2004 erliess die Erstinstanz einen Beweisauflegebeschluss. Darin wurden die Parteien aufgefordert, innert Frist ihre Beweismittel zu nennen, und zwar auch soweit sie im Hauptverfahren bereits bezeichnet worden seien und unter genauer Verweisung auf die einzelnen Beweissätze (BG act. 38). Einen Tag nach Ablauf der ihm erstreckten Frist reichte der Beschwerdeführer durch seinen Vertreter am 1. April 2004 eine Eingabe ein, worin er darauf hinwies, seine Beweismittel bereits

im Hauptverfahren genannt bzw. eingereicht zu haben. Falls dies nicht als hinreichend betrachtet werde, sei seine Eingabe als Fristwiederherstellungsgesuch zu betrachten (BG act. 52). Das Bezirksgericht B. teilte dem Vertreter des Beschwerdeführers hierauf mit, es werde um eine § 199 GVG genügende Gesuchstellung ersucht, falls er der Auffassung sei, die Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung würden vorliegen (BG act. 53). Mit Eingabe vom 13. April 2004 stellte der Beschwerdeführer ein ausführlicheres Wiederherstellungsgesuch und nannte zudem seine Beweismittel (BG act. 54). Mit Urteil vom 20. Juli 2004 wies das Bezirksgericht B. die Klage ab, wobei es mit separat gefasstem Beschluss vom gleichen Tage auf das Gesuch vom 1. April 2004 um Wiederherstellung der Frist nicht eintrat (BG act. 56). Der Beschwerdeführer erhob gegen das Urteil beim Obergericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) Berufung (OG act. 62). Das Obergericht wies die Berufung und damit auch die Klage mit Urteil vom 12. Dezember 2005 ab (OG act. 89 bzw. KG act. 2).

2. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen das Urteil des Obergerichts. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, dem Beschwerdeführer den eingeklagten Betrag samt Zins zu bezahlen. Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur Beweisabnahme und Neuurteilung zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 2'500.-- (KG act. 5) ging fristgemäss ein (KG act. 10, 8/1). Der Beschwerdegegner beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 12, 13/1).

3. Der Beschwerdeführer hat gegen das angefochtene Urteil auch eidgenössische Berufung eingereicht (KG act. 3).

II.

1. Der Beschwerdeführer rügt als erstes eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze.

1.1 Er macht geltend, die Vorinstanz sei ebenso wie die Erstinstanz davon ausgegangen, dass die Höhe des Schadens beweisbedürftig sei. Dies sei nicht der Fall. Der Beschwerdegegner habe in zwei Schreiben vom 27. Juli 2001 und 14. Dezember 2001 den Schaden mit ATS 352'456.— beziffert (BG act. 5/6 und 5/7). Damit sei die Schadenshöhe nicht mehr beweisbedürftig. Es liege diesbezüglich ein aussergerichtliches Geständnis eines Anwalts vor, welches ihm entgegenzuhalten sei. Die Vorinstanz habe dementsprechend wie die erste Instanz gegen § 133 ZPO verstossen. Gemäss dieser Bestimmung sei nur über erhebliche streitige Tatsachen Beweis abzunehmen. Eine Beweisabnahme sei nicht erforderlich, wenn eine Tatsache von einer Partei aussergerichtlich zugestanden worden sei (Beschwerde Ziff. 1a, S. 5 f.).

Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist einzig, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund leide. Der behauptete Nichtigkeitsgrund ist in der Beschwerdeschrift selbst nachzuweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Insbesondere sind in der Beschwerdebegründung die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen anzugeben, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. dazu von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

Der Beschwerdeführer unterlässt bei seiner Rüge jeden Hinweis, auf welche Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid er sich bei seinen Darlegungen bezieht. Auch setzt er sich an dieser Stelle nicht mit der Argumentation der Vorinstanz auseinander. Auf die Rüge ist dementsprechend nicht einzutreten. Was die vorinstanzliche Beweiswürdigung im Zusammenhang mit den beiden Schreiben des Beschwerdegegners vom 27. Juli 2001 und 14. Dezember 2001 anbetrifft, kann im Übrigen auch auf die nachstehenden Ausführungen in Ziffer 2.1 verwiesen werden.

1.2 Der Beschwerdeführer erblickt sodann eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze darin, dass die Vorinstanz ebenso wie die erste Instanz dem Umstand nicht Rechnung getragen habe, dass er in der Klage und Replik (implizit) Ausführungen über die Schadenshöhe gemacht und entsprechende Beweisanträge gestellt habe. So sei z.B. in der Klage wie auch in der Replik eine Expertise beantragt worden. Es treffe zu, dass eine Partei gemäss § 137 ZPO gehalten sei, die Beweise im Einzelnen zu nennen. Wenn diese aber schon in den Klageschriften angeboten worden seien, stelle es überspitzten Formalismus dar, wenn das Bezirksgericht wie das Obergericht davon ausgegangen seien, dass es der Beschwerdeführer versäumt habe, die Beweismittel in einer gesonderten Beweismittleingabe zu erneuern (Beschwerde Ziff 1b, S. 6).

Der Beschwerdeführer führt auch in diesem Zusammenhang keine Aktenstellen im angefochtenen Entscheid (oder im erstinstanzlichen Urteil) und in seinen eigenen Rechtsschriften vor der Erstinstanz an, auf die er seine Ausführungen bezogen haben will. Auf die Rüge ist somit nicht einzutreten. Sie wäre im Übrigen auch unbegründet. Beweismittel sind in der Beweisantretungsschrift zu nennen und den einzelnen Beweissätzen zuzuordnen, auch wenn sie schon im Hauptverfahren genannt worden sind. Lediglich soweit Beweismittel schon zu den Akten erhoben worden sind, kann nach Treu und Glauben nicht Verzicht angenommen werden, wenn sie nicht neuerlich angerufen werden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 zu § 137). Im Beweisaufgabebeschluss vom 25. Februar 2004 hat die Erstinstanz denn auch ausdrücklich auf das Erfordernis der erneuten Benennung der Beweismittel hingewiesen (BG act. 38 Ziff. III, S. 3). Es liegt kein überspitzter Formalismus vor.

1.3 Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, es liege ein Verstoss gegen § 115 ZPO vor. Es sei ohne weiteres zu Gunsten des Beschwerdegegners angenommen worden, dass die U. bereit gewesen sei, auch nach Eintritt der Verjährung noch einen Betrag von ATS 60'000.-- zu bezahlen. Es sei ausser Acht gelassen worden, dass die Gegenseite kein Schreiben der U. habe vorlegen können, welches dies belegt hätte. Es handle sich somit um eine unbewiesene Behauptung des Beschwerdegegners. Mit dieser Annahme sei dem Beschwerdefüh-

rer der Vorwurf gemacht worden, er habe sich nicht gehörig um die Schadensminderung gekümmert. Dieser Vorwurf sei unbegründet und zudem aktenwidrig. Es stehe fest, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers selbst dem Beschwerdegegner am 28. Mai 2002 erklärt habe, dass der Beschwerdeführer bereit sei, den Betrag von ATS 60'000.-- entgegenzunehmen, wenn die Entgegennahme nicht mit einem Verzicht auf die Geltendmachung des weiteren Schadens verbunden sei. Es sei ein Verstoss gegen § 115 Ziff. 2 ZPO gegeben, indem das Obergericht das Schreiben der U. unberücksichtigt gelassen habe, wonach die U. wegen der Verjährung nicht bereit gewesen sei, dem Beschwerdeführer aus dem Versicherungsvertrag eine Leistung zu erbringen. Das Schreiben der U. (OG act. 66/19) hätte somit berücksichtigt werden müssen (Beschwerde Ziff.1c, S. 7).

Im Wesentlichen dieselbe Rüge erhebt der Beschwerdeführer auch an anderer Stelle der Beschwerdebegründung: Die Annahme, dass die U. noch bereit gewesen sei, einen Betrag von ATS 60'000.-- zu bezahlen, sei aktenwidrig. Aufgrund des Schreibens vom 22. September 2004 sei ausgewiesen, dass die U. nicht mehr bereit sei, eine Leistung zu erbringen, nachdem die Verjährung eingetreten sei. Diese Schreiben beweise schlüssig und sofort das Gegenteil der getroffenen Annahme. Indem das Obergericht die klägerische Urkunde 19 (OG act. 66/19) nicht berücksichtigt habe, sei ein Verstoss sowohl gegen § 115 Ziff. 2 ZPO als auch gegen § 281 Ziff. 2 ZPO gegeben (Beschwerde Ziff. 2b, S. 9).

Der Beschwerdeführer gibt nicht an, auf welche Stellen im obergerichtlichen Urteil sich seine Ausführungen beziehen. Und er setzt sich insbesondere nicht mit den Argumenten auseinander, mit denen das Obergericht begründet hat, warum die vom Beschwerdeführer im Berufungsverfahren neu vorgelegten Urkunden bzw. die darauf gestützten neuen Behauptungen im Lichte von § 115 Ziff. 1 und 2 ZPO nicht zuzulassen seien (KG act. 2 S. 4 f.). Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz aktenwidrige oder willkürliche Feststellungen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO vor.

2.1 Er bringt vor, das Obergericht gehe davon aus, der Schaden sei nicht nachgewiesen. Auch wenn der Beschwerdegegner in der Korrespondenz wieder-

holt von einem Schaden von ATS 352'456.-- gesprochen habe, könne man ihn – so die Vorinstanz – bei diesen Ausführungen nicht behaften. Diese Behauptung sei aktenwidrig. Aus den Schreiben des Beschwerdegegners vom 27. Juli 2001 und 14. Dezember 2001 gehe klar hervor, dass er von einem Schaden von ATS 352'456.-- gesprochen habe. Es sei davon auszugehen, dass beiden Schreiben eine seriöse Abklärung des Anwalts zugrundegelegt habe. Die Gegenpartei habe damit selbst zugegeben, dass sich der Schaden auf ATS 352'456.-- belaufe. Es liege somit ein aussergerichtliches Geständnis vor, das hätte berücksichtigt werden müssen. Die Annahme des Obergerichts, dass der Schaden nicht nachgewiesen sei, stehe somit in klarem Widerspruch zu den Äusserungen des Beschwerdegegners in den genannten Schreiben. Die Feststellung, der Schaden sei nicht nachgewiesen, sei auch willkürlich (Beschwerde Ziff. 2a, S. 7 f.).

Die Vorinstanz hielt in diesem Punkt fest, in der Eingabe vom 27. Juli 2001 an den Versicherer habe der Beschwerdegegner bloss erklärt, welchen Schadensbetrag der Beschwerdeführer geltend mache ("Mein Mandant beziffert den Schaden wie folgt"), und habe die Adressatin um entsprechende Regulierung des Falls ersucht. Nicht anders präsentiere sich die Sache aufgrund des Schreibens vom 14. Dezember 2001, worin der Beschwerdegegner, gestützt auf die Ermächtigung des Beschwerdeführers, einen Vergleich über die Hälfte des behaupteten – und offensichtlich schon damals bestrittenen – Schadens offeriert habe. Damit lasse sich jedenfalls nicht eine Anerkennung des Schadens durch den Beschwerdegegner im vorliegenden Prozess konstruieren. Ganz allgemein sei festzuhalten, dass der Anwalt, der im Streitfall die Darstellung seines Klienten vertrete, sich diese nicht persönlich zu eigen mache, und er auch nicht darauf behaftet werden könne. Dies gelte umso mehr, wenn er der Gegenpartei lediglich mitteile, was sein Mandant fordere (KG act. 2, S. 6)

Der Beschwerdeführer, der in den beiden genannten Schreiben ein aussergerichtliches Geständnis des Beschwerdegegners hinsichtlich Schadenshöhe erblicken will, setzt sich mit der gegenteiligen Argumentation des Obergerichts nicht auseinander. Die angeführten vorinstanzlichen Darlegungen überzeugen in allen Punkten. Die Rüge des Beschwerdeführers ist abzuweisen, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden kann.

2.2 Der Beschwerdeführer hält sodann die Annahme für aktenwidrig, dass die Verjährung am 14. Dezember 2001 noch nicht eingetreten sei. Es stehe fest, dass die Verjährung und der Schaden spätestens am 15. August 2001 eingetreten seien. Auf Grund des Schreibens der U. vom 17. Dezember 2001 stehe fest, dass sich die Versicherung auf Verjährung berufen habe. Im selben Zusammenhang führt der Beschwerdeführer unter Berufung auf Art. 46 VVG auch den Beschwerdegrund der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO an (Beschwerde Ziff. 2c, S. 9 f.).

Bei der Frage, ob und wann vorliegend die Verjährung des Versicherungsanspruchs eingetreten ist, handelt es sich um eine solche des Bundesrechts (Art. 46 VVG), die der Überprüfung durch das Bundesgericht im bundesrechtlichen Berufungsverfahren unterliegt. Eine Überprüfung durch das Kassationsgericht ist ausgeschlossen (§ 286 ZPO). Der Beschwerdeführer hält in diesem Zusammenhang selbst fest, dass er die behauptete Verletzung von Art. 46 VVG mittels Berufung an das Bundesgericht gerügt habe (Beschwerde, Ziff. 2.6, S. 10). Auf die Beschwerde ist somit auch in diesem Punkt nicht einzutreten.

3. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit überhaupt auf sie einzutreten ist.

III.

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

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 249.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 1'000.— zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Obergericht des Kantons Zürich, das Bezirksgericht B. (I. Abteilung) sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.
6. 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 Fr. 33'440.60.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
die juristische Sekretärin