



Kass.-Nr. AA060051/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 14. Februar 2007

in Sachen

A,

...,

Kläger, Widerbeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwältin ...en

gegen

W,

...,

Beklagte, Widerklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2006 (LB050029/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Kläger vertrat als Rechtsanwalt die Interessen der Beklagten in einer Erbschaftssache. Er erhob am 20. August 2002 beim Bezirksgericht Klage mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 25'365.80 (für ausstehendes Anwaltshonorar) nebst Zins sowie Zahlungsbefehls- und Inkassokosten zu bezahlen (BG act. 2). Mit Eingabe vom 23. September 2002 stellte die Beklagte das Begehren, auf die Klage nicht einzutreten. Eventualiter erhob sie Widerklage mit dem Begehren, der Kläger sei zu verpflichten, ihr Fr. 114'626.50 nebst Zins zu bezahlen (BG act. 8). Das Bezirksgericht Zürich (2. Abteilung) wies die Unzuständigkeitseinrede mit Beschluss vom 12. November 2002 ab (BG act. 15). Am 12. März 2003 beauftragte der Kläger Rechtsanwalt Dr. S mit seiner Vertretung (BG act. 32/1). In der Folge wurde der Prozess sistiert, da die Parteien aussergerichtliche Vergleichsverhandlungen führten. Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 teilte Rechtsanwalt Dr. S dem Bezirksgericht mit, dass der Kläger die Verfahrensfortsetzung selbst übernehme, womit das Mandats- und Vertretungsverhältnis zwischen dem Kläger und Rechtsanwalt Dr. S beendet sei (BG act. 43).

Mit Eingabe vom 19. August 2003 (BG act. 44) liess die Beklagte durch ihren Rechtsvertreter dem Bezirksgericht mitteilen, dass die Parteien nach längeren Verhandlungen insbesondere zwischen den Rechtsvertretern einen Vergleich geschlossen hätten, und die Abschreibung des Verfahrens zufolge Vergleich beantragen. Unter anderem liess sie ausführen, am 4. Juli 2003 habe Rechtsanwalt Dr. S nach erfolgter Rücksprache Rechtsanwalt Dr. V, dem Rechtsvertreter der Beklagten, folgendes Vergleichsangebot telefonisch unterbreitet:

- "Der Kläger zieht seine Klage, die Beklagte die Widerklage zurück.
- Der Kläger bezahlt der Beklagten ohne Anerkennung einer Rechtspflicht 40 Tage nach rechtskräftiger Abschreibung des Falles beim Bezirksgericht Zürich Fr. 70'000.--.

- Die Gerichtskosten werden von den Parteien je zur Hälfte getragen; die ausseramtlichen Kosten werden wettgeschlagen.
- Mit diesem Vergleich sind die Parteien per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt."

Dieser Vorschlag sei von der Beklagten akzeptiert worden, was ihr Rechtsvertreter am 28. Juli 2003 telefonisch Rechtsanwalt Dr. S mitgeteilt habe. Da das Mandatsverhältnis zwischen dem Kläger und Rechtsanwalt Dr. S inzwischen aufgelöst worden sei, habe der Rechtsvertreter der Beklagten mit Schreiben vom 31. Juli 2003 dem Kläger direkt mitgeteilt, die Beklagte habe den Vergleichsvorschlag angenommen, womit der Vergleich als zustande gekommen zu betrachten sei. Mit seinem Antwortbrief habe der Kläger widersprochen, ein Vergleich sei "bis heute nicht zustande gekommen".

Das Bezirksgericht führte in der Folge ein Beweisverfahren durch und kam zum Schluss, der behauptete Vergleich sei zustande gekommen. Mit Urteil vom 20. Januar 2005 verpflichtete das Bezirksgericht den Kläger, der Beklagten Fr. 70'000.-- innert 40 Tagen seit Rechtskraft des Urteils zu bezahlen. Im Übrigen wies es Haupt- und Widerklage ab. Es auferlegte die Verfahrenskosten zu 3/5 dem Kläger und zu 2/5 der Beklagten und verpflichtete den Kläger, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen (BG act. 115 = OG act. 124; die Abweichung von der Kosten- und Entschädigungsregelung des Vergleichs begründete das Bezirksgericht damit, diese beruhe auf der Annahme einer Streitbeilegung ohne Weiterungen, und es rechtfertige sich, die Kosten des Beweisverfahrens dem Kläger aufzuerlegen und der Beklagten eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen).

Der Kläger erhob gegen das genannte Urteil des Bezirksgerichts Berufung an das Obergericht (OG act. 125). Das Obergericht (II. Zivilkammer) verpflichtete den Kläger mit Urteil vom 3. März 2006 wiederum zur Bezahlung von Fr. 70'000.-- an die Beklagte, wies im Übrigen Haupt- und Widerklage ab und bestätigte das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (OG act. 152 = KG act. 2)

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Kläger, es sei das genannte Urteil vom 3. März 2006 aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückzuweisen. Eventualiter sei durch das Kassationsgericht ein neuer Entscheid zu fällen (KG act. 1). Die Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9). Der Kläger nahm zur Beschwerdeantwort Stellung (KG act. 14); die Beklagte ihrerseits verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (KG act. 17).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung und verpflichtete den Kläger zur Bezahlung einer Prozesskaution (Verfügung vom 20. April 2006; KG act. 5). Der Kläger leistete die Kautionsfristgerecht (KG act. 11).

II.

1. In Ziffer 1 seiner Beschwerdeschrift macht der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf § 35 Abs. 2 ZPO geltend, zum Abschluss eines Vergleichs bedürfe es einer ausdrücklichen Ermächtigung. Die allgemeine Prozessvollmacht genüge hierfür nicht. Mit dem Thema der Sondervollmacht als Voraussetzung für einen Vergleich befasse sich das Obergericht im angefochtenen Entscheid nicht (KG act. 1 S. 6 - 8). In Ziffer 2 der Beschwerdeschrift weist der Beschwerdeführer auf § 144 GVG hin, wonach Vergleiche ins Protokoll aufzunehmen seien. Eine andere Möglichkeit sei, dass von den Parteien oder deren Vertreter unterzeichnete Vergleichsausfertigungen dem Gericht eingereicht würden. Weder die Zivilprozessordnung noch das Gerichtsverfassungsgesetz würden einen durch Parteivertreter telefonisch abgeschlossenen Vergleich kennen. Dies habe der Beschwerdeführer bereits vor Bezirksgericht und auch im Berufungsverfahren geltend gemacht. Darüber setze sich das Obergericht hinweg und beschäftige sich im Wesentlichen nur mit dem Thema "gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich". Verschiedenerorts stelle es fest, dass auch in einem gerichtlichen Verfahren ein aussergerichtlicher Vergleich möglich sei. Hierüber sei Beweis geführt worden, dessen Er-

gebnis zugunsten der Beschwerdegegnerin gelautet habe. Mit dem Thema der prozessual erforderlichen Formbedürftigkeit beschäftige sich das Obergericht nicht. Einen Anwalt als Zeugen in eigener Sache anzuhören ersetze kein Protokoll (KG act. 1 S. 8 - 11).

Der Beschwerdeführer verkennt, dass das Bezirksgericht und hernach das Obergericht den vorliegenden Prozess nicht infolge Vergleichs abgeschlossen haben, sondern den Beschwerdeführer durch Urteil verpflichtet haben, der Beschwerdegegnerin Fr. 70'000.-- zu bezahlen. Die Forderung, welche das Bezirksgericht und das Obergericht geschützt haben, steht wohl mit der ursprünglich widerklageweise geltend gemachten in engem Zusammenhang, ist jedoch nicht mit dieser identisch, sondern beruht auf einem Vertrag zwischen den Parteien, der nach Eingang von Klage und Widerklage ausserhalb des Gerichtsverfahrens geschlossen wurde und an die Stelle der ursprünglich eingeklagten gegenseitigen Ansprüche tritt. Ob Rechtsanwalt Dr. S auf Grund der ihm vom Beschwerdeführer erteilten Vertretungsvollmacht berechtigt war, mit der Beschwerdegegnerin bzw. deren Anwalt eine Vereinbarung über Regelung und Aufrechnung der gegenseitigen Ansprüche zu schliessen und welcher Form eine solche Vereinbarung zu ihrer Rechtsgültigkeit bedarf, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts und nicht des kantonalen Prozessrechts. Die Berufung des Beschwerdeführers auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes zu Parteivertretung und Protokollierung im Zivilprozess geht damit fehl.

Ebenfalls fehl geht die Rüge des Beschwerdeführers, die bezirksgerichtliche Prozesserledigung sei prozessordnungswidrig durch Urteil statt durch Beschluss ergangen und das Obergericht habe dies willkürlich geschützt (KG act. 1 S. 11 f. lit. b). Das Bezirksgericht hatte zu prüfen, ob ein Vertrag zwischen den Parteien, vertreten durch ihre Anwälte, über den Gegenstand des Rechtsstreits zustande gekommen sei. Dies war eine materielle und nicht bloss eine formelle Prüfung und führte zu einem Entscheid in der Sache selbst. Über die Sache selbst ist gemäss § 155 GVG ein Urteil zu erlassen.

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, wenn nach Auffassung des Obergerichts lediglich ein aussergerichtlicher Vergleich vorliege, könne dieser höchstens im

summarischen Verfahren Grundlage für eine provisorische Rechtsöffnung bilden und keinesfalls für einen materiellrechtlichen Entscheid im ordentlichen Verfahren. Dies gelte umso mehr, als der angebliche Vergleich wegen Willensmängeln angefochten worden sei (KG act. 1 S. 11 lit. a). Obwohl bereits vor Bezirksgericht und erneut vor Obergericht auf die Möglichkeit eines versteckten Dissenses im Zusammenhang mit dem angeblichen Vergleich hingewiesen worden sei und ob- schon der behauptete Vergleichsabschluss wegen Willensmängeln angefochten worden sei, beschäftige sich das Obergericht nicht hiermit. Es erfolge nur ein Hinweis auf § 161 GVG. Dabei seien die Ausführungen des Beschwerdeführers vor Bezirksgericht von diesem nicht bzw. nur willkürlich gewürdigt worden, was in der Berufungsschrift rechtsgenügend gerügt worden sei. Damit sei dem Be- schwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert worden. Allenfalls hätten die bei- den Vorinstanzen § 55 ZPO (richterliche Fragepflicht) verletzt (KG act. 1 S. 12 lit. c).

Das Obergericht hält fest, das Bezirksgericht habe sich mit dem Einwand des Be- schwerdeführers nach dem Vorliegen eines Willensmangels befasst und einen solchen verneint. Dem stelle der Beschwerdeführer in der Berufungsbegründung nur seine anderslautende Auffassung entgegen, ohne sich mit den überzeugen- den Erwägungen des Bezirksgericht, auf welche zur Vermeidung unnötiger Wie- derholungen verwiesen werden könne (§ 161 GVG), im Einzelnen auseinander zu setzen. Weitergehende Erwägungen seien entbehrlich (KG act. 2 S. 11 Erw. 3.5).

Der Beschwerdeführer verweist in der Beschwerdebegründung lediglich auf seine Ausführungen in der Berufungsbegründung, zeigt aber nicht auf, inwiefern diese eine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Bezirksgerichts enthalten. Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbrin- gen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidfin- dung 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 tatbestandlichen Behauptung und mit je-

dem 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). Indem das Obergericht festhält, der Beschwerdeführer stelle in der Berufungsbegründung lediglich seine anderslautende Auffassung den Erwägungen des Bezirksgericht entgegen, zeigt es, dass es von den Vorbringen des Beschwerdeführers Kenntnis genommen hat. Soweit die Rechtsmittelinstanz mit den Erwägungen der Vorinstanz einig geht, darf sie auf diese verweisen (§ 161 GVG). Das Obergericht bezeichnet die betreffenden Erwägungen des Bezirksgerichts als überzeugend. Ein Anlass für die Einholung einer weiteren Äusserung des Beschwerdeführers im Sinne der Ausübung der richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO) ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht aufgezeigt. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind unbegründet.

3. Der Beschwerdeführer rügt, trotz rechtsgenügendem Verschiebungsgesuch, belegt durch ein ärztliches Zeugnis, habe am 25. Juni 2004 die Beweisverhandlung vor Bezirksgericht stattgefunden. Dies sei in der Berufungsschrift gerügt worden. Damit habe sich das Obergericht nicht befasst, womit dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei. Überdies habe das Obergericht gegen die richterliche Begründungspflicht verstossen (KG act. 1 S. 12 lit. d).

Der Beschwerdeführer nahm an der Beweisverhandlung vom 25. Juni 2004 teil (vgl. BG-Prot. S. 17). Er macht in der Berufungsbegründung (OG act. 134 S. 34 f.) nicht geltend und begründet solches insbesondere nicht, er sei trotz Anwesenheit in der Beweisverhandlung nicht in der Lage gewesen, seine Interessen in genügendem Masse zu wahren. Entsprechend bestand für das Obergericht keine Veranlassung, im angefochtenen Urteil zu prüfen, ob das Bezirksgericht zu Recht das Verschiebungsgesuch des Beschwerdeführers abgewiesen habe und ob gegebenenfalls sich daraus eine Unverwertbarkeit der in dieser Verhandlung abgenom-

menen Beweise ergäbe. Entsprechend sind die Rügen der Gehörsverweigerung und des Verstosses gegen die richterliche Begründungspflicht unbegründet.

4. Das Obergericht hält fest, das Bezirksgericht habe den Einwand des Beschwerdeführers bezüglich der Berechtigung von Dr. S zum Abschluss eines Vergleichs eingehend geprüft und diese bejaht. Hierauf könne verwiesen werden. Mit diesen Erwägungen setze sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, sondern verweise ohne weitere Ausführungen auf die Schriften von Hünerwadel und anderen Autoren. Es bestehe bei dieser Sachlage kein Grund zu Ergänzungen oder Korrekturen (KG act. 2 S. 10 f. Erw. 3.4).

Der Beschwerdeführer rügt diese Feststellung als "aktenwidrig". Das Gegenteil sei der Fall. Hierzu verweist er auf Seite 27 seiner Berufungsbegründung (KG act. 1 S. 13).

Das Bezirksgericht hatte seinerseits dazu erwogen, dass Rechtsanwalt Dr. S gemäss der ihm vom Beschwerdeführer erteilten Anwaltsvollmacht (BG act. 32) (ausdrücklich) auch berechtigt gewesen sei, für den Beschwerdeführer Vergleiche abzuschliessen (OG act. 124 S. 10 Erw. 6).

Der betreffende Abschnitt in der Berufungsbegründung lautet: "Dass es für den Abschluss eines Vergleichs einer besonderen Vollmacht bedarf, wurde vom Kläger nicht nur behauptet, ohne jegliche Grundlage. Er konnte sich mit Fug und Recht sogar auf Hünerwadel und andere Autoren berufen." (OG act. 134 S. 27). Die Feststellung des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe sich lediglich auf Hünerwadel und andere Autoren berufen, sich jedoch mit den Erwägungen des Bezirksgerichts nicht weiter auseinandergesetzt, trifft somit zu. Ein Nichtigkeitsgrund ist nicht ersichtlich.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als vollumfänglich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

III.

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

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'300.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 283.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- 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. 3'300.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.

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 erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 70'000.--.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (2. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: