



---

Kass.-Nr. AA080182/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

## **Zirkulationsbeschluss vom 30. Oktober 2009**

in Sachen

A.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt [...]

gegen

B.,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Oktober 2008 (NE080015/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. A. (Kläger) liess mit Eingabe vom 11. Dezember 2001 beim Friedensrichter der Zürcher Stadtkreise 3 und 9 gegen B. und R.A. (Beklagte) ein Sühnebegehren stellen mit dem Antrag, die Beklagten seien zu verpflichten, dem Kläger anzuerkennen und zu bezahlen den Betrag von Fr. 40'680.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Mai 2001. Anlässlich der Sühneverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich mit folgendem Wortlaut:

"1. Der Kläger reduziert die eingeklagte Forderung auf den Betrag von Fr. 30'000.– und verzichtet auf die Geltendmachung des Mehrbetrages.

2. In diesem Betrag sind auch die Forderungen des Vereins 'R.Z.V. Zürich' inbegriffen.

3. Die Beklagten anerkennen die Forderung in diesem Umfange.

4. [Saldoklausel]

5. [Kosten]."

Der Friedensrichter schrieb das Verfahren mit Verfügung vom 21. Januar 2002 als durch diesen Vergleich erledigt ab.

Die Beklagte B. bezahlte dem Kläger den Betrag von Fr. 15'000.–.

2. Der Kläger verlangte in der Folge von der Beklagten auch die andere Hälfte der Fr. 30'000.– mit dem Argument, dass sie sich im Vergleich mit R.A. solidarisch zur Bezahlung des ganzen Betrages verpflichtet habe.

Die Einzelrichterin für Zivil- und Strafsachen des Bezirks Zürich wies die entsprechende Klage nach Durchführung eines Beweisverfahrens mit Urteil vom 18. April 2008 ab (BG act. 91 = OG act 96).

3. Auf Berufung des Klägers hin wies die II. Zivilkammer des Obergerichts mit Urteil vom 24. Oktober 2008 die Klage erneut ab (OG act. 114 = KG act. 2).

4. Mit Eingabe vom 26. November 2008 legte der Kläger (nachstehend: Beschwerdeführer) gegen das obergerichtliche Urteil rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem (Haupt-)Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 6). Die Beklagte (nachstehend: Beschwerdegegnerin) reichte innert erstreckter Frist eine Beschwerdeantwort ein mit dem Antrag auf Abweisung (KG act. 13). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 14).

## II.

1. a) Der Beschwerdeführer wendet ein, er habe in der Berufungsbegründung (u.a.) geltend gemacht, dass die Beschwerdegegnerin und R.A. bei der Unterzeichnung des Vergleichs vor dem Friedensrichter im Dezember 2001 eine einfache Gesellschaft gebildet hätte. Er habe sich für die Begründung seines Anspruchs auf die aktuellen Verhältnisse und Hintergründe im Zeitpunkt des Vergleichs im Dezember 2001 bezogen. Der den Parteien bekannte Hintergrund beim Abschluss des Vergleichs habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt. Insbesondere sei die Vorinstanz unter Verletzung seines Gehöranspruches nicht auf seine in der Berufungsbegründung ("act. 100, S. 4 Mitte") angeführten Argumente eingegangen (vgl. KG act. 1 S. 5f, Ziff. 7; S. 6, Ziff. 8).

b) Vorauszuschicken ist, dass nach § 285 Abs. 1 und 2 ZPO die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt. Das vorinstanzliche Urteil unterliegt mangels Erreichen des erforderlichen Streitwertes von Fr. 30'000.– nicht der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72ff. BGG (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. a und b BGG). Das bedeutet für das vorliegende Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, dass die in § 285 ZPO getroffene Regelung der Kompetenzausscheidung zwischen der Beschwerde in Zivilsachen und der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht greift und folglich insbesondere die Rüge der Verletzung von Bundesrecht grundsätzlich zulässig ist. (Allerdings überprüft

das Kassationsgericht in solcherart Fällen Bundesrecht nur unter dem eingeschränkten Blickwinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO, d.h. auf die Verletzung von klarem materiellem Recht hin.)

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 Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Die Entscheidungsmotivation soll den Betroffenen ausserdem in die Lage versetzen, die Tragweite der Entscheidung und die Überlegungen, von denen sich die entscheidende Behörde leiten liess, zu erkennen und sich gegen den betreffenden Entscheid zur Wehr zu setzen bzw. diesen bei der Rechtsmittelinstanz sachgerecht (und mit der Möglichkeit, die Erfolgchancen zu beurteilen) anzufechten. Für Letztere ist eine nachvollziehbare Begründung überdies unabdingbare Voraussetzung einer wirksamen Rechtmässigkeitsprüfung. 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; ZR 81 Nr. 88 E. 2). Immerhin erhöhen sich die Anforderungen an die Begründungsdichte (u.a.), je komplexer die zu beurteilenden Sach- und Rechtsfragen sind, je weiter der der entscheidenden Behörde zukommende Ermessens- oder Beurteilungsspielraum ist oder je stärker der Entscheid vom bisher Üblichen oder von einer gefestigten Rechtsprechung abweicht (vgl. ZR 106 Nr. 78 E. II/2/2/c m.w.H.; ZR 100 Nr. 7 m.w.H.).

c) Der Beschwerdeführer argumentierte in der Berufungsbegründung hauptsächlich unter Hinweis auf die aktuellen Verhältnisse und Hintergründe im Zeitpunkt des Vergleichs im Dezember 2001 (vgl. OG act. 100 S. 3ff.). Seiner Ansicht

nach verfolgten die Beschwerdegegnerin und R.A. mit der gemeinsamen Anerkennung der Forderungen vor dem Friedensrichter einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln. Sie hätten daher (im Zeitpunkt des Vergleichs) eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR gebildet bzw. als solche gehandelt, zumindest habe der Beschwerdeführer davon nach Treu und Glauben ausgehen dürfen (vgl. OG act. 100 S. 4/5, S. 6). Auf S. 4 seiner Berufungsbegründung konkretisierte er seine dahingehende Argumentation wie folgt: "Ausserdem wäre das Ziel der [Beschwerdegegnerin] und R.A.s in diesem Fall gewesen, eine spätere Klage des [Beschwerdeführers] gegen die M. GmbH abzuwenden. Die Mittel zur Zahlung der anerkannten Forderungen entnahmen sie aus ihrer gemeinsam besessenen M. GmbH (act. 52). Sie hätten also auch dann mit einem gemeinsamen Zweck gehandelt, den sie mit gemeinsamen Mitteln erreichen wollten, wenn sie gemeinsam eine Forderung anerkannt hatten, die ihrer Ansicht nach eigentlich die M. GmbH hätte bezahlen müssen. Irrelevant ist, ob ihnen bewusst war, dass sie als einfache Gesellschaft handelten, denn ob eine einfache Gesellschaft im Zeitpunkt des Vergleichs [vor dem] Friedensrichter vorlag, ist eine Rechtsfrage."

Der Beschwerdeführer hat damit im vorinstanzlichen Verfahren substantiiert geltend gemacht, weshalb seiner Ansicht nach die Beschwerdegegnerin und R.A. im Zeitpunkt der Sühneverhandlung eine einfache Gesellschaft gebildet hätten. Die Vorinstanz hat sich mit dieser Argumentation nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. In Anbetracht der obergerichtlichen Entscheidungsgründe sind auch keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich, welche die Annahme erlaubten, die Vorinstanz habe die fragliche Argumentation stillschweigend oder implizit als nicht stichhaltig verworfen. Die Einwände in der Berufungsbegründung hätten jedenfalls insoweit einer Auseinandersetzung bedurft, als dass für den Beschwerdeführer in nachvollziehbarer (und somit in überprüf- und anfechtbarer) Weise ersichtlich geworden wäre, weshalb die Vorinstanz der Argumentation die Entscheiderheblichkeit absprach. Die Rüge der Verletzung der aus dem Gehörsanspruch fliessenden Begründungspflicht erweist sich als begründet.

2. a) Die Begründetheit der Rüge führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

b) Von den weiteren, im vorliegenden Beschwerdeverfahren erhobenen Rügen sind im Hinblick auf die Neuurteilung durch die Vorinstanz noch die folgenden zu behandeln.

3. a) Unter Ziffer 8.1 der Beschwerdebegründung wendet der Beschwerdeführer ein, die Vorinstanz habe eine Formulierung in act. 100 S. 3 (Berufungsbegründung) falsch verstanden. Die Vorinstanz halte unter Bezugnahme auf diese Aktenstelle auf S. 4 und 8 ihres Urteils fest, der Beschwerdeführer habe eingeräumt, dass die Beschwerdegegnerin und R.A. vor dem Friedensrichter eine solidarische Haftung bestritten hätten. Richtigerweise habe er aber ausgeführt: "Die [Beschwerdegegnerin] und R.A. waren damals beim Friedensrichter zwar möglicherweise der Ansicht, dass sie zu Unrecht als einfache Gesellschafter eingeklagt worden waren, weil sie die von ihnen zu je 50% gehaltene M. GmbH als Schuldnerin des [Beschwerdeführers] betrachteten." Die Vorinstanz handle willkürlich, wenn sie diese Formulierung so verstehe, dass die Beschwerdegegnerin und R.A. eine Solidarhaftung vor Friedensrichter bestritten hätten. Einerseits wäre ein solches Einverständnis keineswegs naheliegend und es entstünde dadurch ein krasser und völlig unnötiger Widerspruch zum Klagefundament. Mit dieser Formulierung habe er (der unterzeichnende Rechtsanwalt) offensichtlich nur darüber spekuliert, was die Beschwerdegegnerin und R.A. möglicherweise gedacht hätten (vgl. KG act. 1 S. 7).

b) Der Sache nach geht es um eine Interpretation des Sinnes und Inhaltes der beschwerdeführerischen Vorbringen in der Berufungsbegründung. Dabei ist die Frage nach der richterlichen Auslegung von Parteierklärungen als eine Vorfrage zum Thema, ob der Vorinstanz ein Verfahrensfehler unterlaufen ist, vom Kassationsgericht in freier Kognition zu prüfen. Vorliegend käme eine Gehörsverletzung oder eine Missachtung der in § 54 Abs. 1 ZPO statuierten Verhandlungsmaxime in Frage (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 35 und 37 zu § 281, N 2 zu § 54 ZPO; RB 1987 Nr. 47, vgl. zuletzt: Kass.-Nr. AA060026, Beschluss vom 25. April 2007, in Sachen A., E. II/3/a; Kass.-Nr. 99/160Z, Beschluss vom 30. Juli 2000, in Sachen E., III/7/b).

c) Der Beschwerdeführer führte an der fraglichen Stelle der Berufungsbegründung aus: "Die [Beschwerdegegnerin] und R.A. waren damals beim Friedensrichter zwar

möglicherweise der Ansicht, dass sie zu Unrecht als einfache Gesellschafter eingeklagt worden waren, weil sie die von ihnen zu je 50% gehaltene M. GmbH als Schuldnerin des [Beschwerdeführers] betrachteten." Effektiv stellte der Beschwerdeführer somit nur eine Vermutung darüber an, was die Beschwerdegegnerin und R.A. möglicherweise dachten, weil sie die M. GmbH als Schuldnerin des Beschwerdeführers betrachteten. Die Vorinstanz gab diese Formulierung verkürzt und verzerrt wieder, wenn sie auf S. 4 und 8 ihres Urteils festhält, in der Berufungsbegründung sei eingeräumt worden, dass die Beschwerdegegnerin und R.A. vor Friedensrichter eine solidarische Haftung bestritten hätten. Die Rüge ist begründet.

4. a) Der Beschwerdeführer nimmt unter Ziffer 8.3 der Beschwerdebegründung auf eine Erwägung auf S. 12 des Urteils Bezug. Die Vorinstanz gehe an der angegebenen Stelle davon aus, dass die Forderung von Fr. 25'000.–, welche die M. GmbH in ihrer Buchhaltung zu Gunsten des Beschwerdeführers gebucht habe, von beschränktem Wert sei, weil M. T., der diese Buchung vorgenommen habe, bei der Zeugeneinvernahme einen ziemlich zweifelhaften Eindruck bezüglich Sorgfalt und Zuverlässigkeit gemacht habe. Nach Ansicht des Beschwerdeführers beruhe diese Feststellung auf einer Aktenwidrigkeit, weil nicht M. T. diese Buchung gemacht habe, sondern R. N. (vgl. KG act. 1 S. 9).

b) Tatsächlich ergibt sich aus den Akten, dass die fraglichen Buchungen vom 1. Juni/12. Juli 2001 nicht durch M. T., sondern durch R. N. vorgenommen worden sein mussten. M. T. machte die Buchhaltung nur bis März/April 2001, bevor das Restaurant E. in die M. GmbH überführt wurde (vgl. OG act. 96 S. 24 i.V.m. BG Prot. S. 82). Nach diesem Zeitpunkt übernahm R. N. die Buchhaltung der M. GmbH und er veranlasste auch deren Eintragung in das Handelsregister des Kantons Zürich vom 8. Mai 2001 (vgl. BG Protokoll S. 45, BG act. 4/10). Die Vorinstanz ging folglich aktenwidrig davon aus, dass M. T. die fraglichen Buchungen vorgenommen hatte. Die Rüge ist begründet.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der mit ihren Anträgen unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Weiter ist sie zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 68 Abs. 1, 69 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 15'000.–.

Dem Beschwerdeführer wurde in den vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung gewährt (BG act. 35 und 38, OG act. 2 S. 14). Im vorliegenden Verfahren besteht kein Anlass für einen anderslautenden Entscheid (vgl. § 90 Abs. 2, § 91 ZPO). Die Prozessentschädigung ist somit direkt dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zuzusprechen (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO).

Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 GGebVO auf Fr. 2'450.– und die Prozessentschädigung in Anwendung von § 3 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und § 16 AnwGebVO auf Fr. 1'800.– festzusetzen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Oktober 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'450.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auf-erlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.– (inkl. MWST) zu entrichten.
5. 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 15'000.–.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an die Einzelrichterin für Zivil- und Strafsachen des Bezirkes Zürich (Proz. FO060135), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: