

ZH_KASSATIONSGERICHT AA100093 vom 23. November 2011

Zh Kassationsgericht, 2011-11-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA100093

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100093 du 23 novembre 2011

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100093 del 23 novembre 2011

Erwägungen

E. 3

Bezüglich sämtlicher vorinstanzlicher Erwägungen, welche die Beschwerdeführerin unter lit. C der Beschwerde KG act. 1 S. 6 - 16 Ziff. 11.a - 11.p als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet (vorstehend Erw. 2.2.), macht sie auch geltend, die Vorinstanz habe damit auch die Verhandlungsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO ZH verletzt. Diese (von der

- 15 - Beschwerdeführerin als solche bezeichneten) Tatsachen seien von der Beschwerdegegnerin nicht behauptet worden (KG act. 1 S. 16 - 18 lit. D). a) Bei den von der Beschwerdeführerin zitierten vorinstanzlichen Erwägungen handelt es sich ausnahmslos um (rechtliche) Schlussfolgerungen aus (als solchen nicht umstrittenen) Parteibehauptungen, um die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung oder um Rechtsanwendung (vorstehend Erw. 2.4). Das Recht wendet das Gericht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO ZH). Die Rechtsanwendung unterliegt mithin nicht der Verhandlungsmaxime. Auch allgemein bekannte Tatsachen und Erfahrungssätze können vom Gericht berücksichtigt werden, auch wenn sie nicht speziell behauptet worden sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 54; vgl. auch BGE 112 II 172, 181 Erw. I.2.c m.w.H., Kass.-Nr. AA060189 vom 5.10.2007 Erw. II.2.b.bb, Kass.-Nr. AA060092 vom 30.4.2007 Erw. II.6.c, Kass.-Nr. AA090162 vom 24.1.2011 Erw. II.4.1, Kass.-Nr. AA080048 vom 23.3.2009 Erw. III.1.1.2.c). Im Wesentlichen prüfte die Vorinstanz mit den angefochtenen Erwägungen die von der Beschwerdeführerin verwendeten Formulare und stellte dazu rechtliche Erwägungen an. Das war ihr nicht nur erlaubt, sondern das hatte sie gestützt auf § 57 ZPO ZH auch zu tun, ohne dass die Parteien selber entsprechende Überlegungen vorgetragen oder Behauptungen aufgestellt hätten. Die Rüge geht fehl. b) Die Rüge, die Vorinstanz hätte den Hinweis am Formularende, den Antrag mittels beigelegtem Antwortcouvert zu retournieren, nicht übergehen dürfen, da es sich um eine offenkundige Tatsache handle (KG act. 1 S. 18 Ziff. 14), betrifft nicht die Verhandlungsmaxime (die Vorinstanz erwog nicht etwa, dieser Hinweis sei wegen der Verhandlungsmaxime nicht zu beachten), sondern die Relevanz und damit die Rechtsanwendung. Auch darauf kann nicht eingetret werden.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, in dem Mass, wie die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt habe, sei sie ihrer richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ZH nicht nachgekommen. Soweit Tatsachenbehauptungen der Beschwerdegegnerin unvollständig geblieben seien, hätte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin zu befragen gehabt. Was die Vorinstanz zur Begründung

- 16 - ihres Urteils herangezogen habe, figuriere nicht im tatsächlichen, sondern im rechtlichen Teil der Klageschrift der Beschwerdegegnerin. Rechtliche Ausführungen einer Partei bedürften keiner Bestreitung, derweil das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe. Im Folgenden zitiert die Beschwerdeführerin wiederum die vorinstanzlichen Erwägungen, welche sie unter lit. C der Beschwerde als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet hat (KG act. 1 S. 18 - 20 f. lit. E). Die Rüge ist nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon, dass der Sinn des (zutreffenden) Hinweises, dass rechtliche Ausführungen einer Partei keiner Bestreitung bedürften und das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe, in diesem Zusammenhang nicht verständlich ist, wirkt die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ZH zugunsten derjenigen Partei, der demnach durch richterliche Befragung Gelegenheit zur Behebung eines Mangels zu geben ist. Eine Rüge einer beschwerdeführenden Partei, die Gegenpartei sei nicht im Sinne von § 55 ZPO ZH befragt worden, ist nicht zulässig. § 281 ZPO ZH setzt einen Nachteil des Nichtigkeitsklägers voraus. Ein solcher ist nicht vorhanden, wenn ein Verfahrensgrundsatz, dessen Anwendung sich zugunsten der Gegenpartei auswirken würde, nicht angewendet wurde.

E. 5

Dieselben vorinstanzlichen Erwägungen, welche sie unter lit. C der Beschwerde als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet (KG act. 1 S. 6 - 16) und bezüglich welcher sie eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 16 - 18) und der richterlichen Fragepflicht (KG act. 1 S. 18 - 20) gerügt hat, führt die Beschwerdeführerin zur Begründung der Rüge der "Verletzung des Grundsatzes des Beweisverfahrens" an (KG act. 1 S. 20 f.). Auch auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden: a) Art. 8 ZGB regelt für das Bundesprivatrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter unbewiesene Parteibehauptungen unbekümmert darum, dass sie von der Gegenseite bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen über-

- 17 - haupt nicht Beweis führen lässt. Demgegenüber verletzt nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis eine beschränkte Beweisabnahme Art. 8 ZGB nicht, soweit der Richter schon nach deren Ergebnis (in antizipierender Beweiswürdigung) von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält. Mit anderen Worten bestimmt Art. 8 ZGB dass, aber nicht wie bzw. in welchem Umfang die Partei zum Beweis zuzulassen ist. Auf kantonale Ebene wird nach § 133 ZPO ZH (unter anderem) Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Das damit angesprochene Recht auf Beweisführung stellt einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Es gibt der beweisbelasteten Partei ebenfalls einen Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht anbotener Beweise zu rechtlich erheblichen strittigen Behauptungen. Was das - hier im Hinblick auf die Zulässigkeit der Rüge massgebliche - Verhältnis von Art. 8 ZGB zu § 133 ZPO ZH betrifft, ist somit festzuhalten, dass Art. 8 ZGB immer (und in diesem Kontext nur dann) dann verletzt ist, wenn der kantonale Richter über eine für seinen Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung überhaupt keinen Beweis führen lässt und diese als richtig hinnimmt, während die Abnahme einzelner (aber nicht aller angerufenen) Beweise, d.h. die blosser Verkürzung der prozessualen Rechte, nicht unter Art. 8 ZGB fällt, sondern kantonales Recht bzw. Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2

BV) betrifft. Soweit sich die Bestimmung von § 133 ZPO ZH mit dem Gehalt von Art. 8 ZGB deckt, kommt ihr keine selbständige Bedeutung zu; die Verletzung des Beweisführungsanspruchs ist in diesem Fall als Verletzung von Art. 8 ZGB mit dem bundesrechtlichen Rechtsmittel vor Bundesgericht zu rügen, und auf die Rüge der Verletzung von § 133 ZPO ZH ist insoweit gemäss ständiger Rechtsprechung im kantonalen Beschwerdeverfahren mit Blick auf § 285 ZPO ZH nicht einzutreten (Kass.-Nr. AA090022 vom 5.7.2010 Erw. II.2.2.d mit zahlreichen weiteren Hinweisen; vgl. auch Kass.-Nr. AA090136 vom 20.12.2010 Erw. III.1.2.b.aa). b) Die Beschwerdeführerin macht nicht eine beschränkte Beweisabnahme geltend, sondern rügt, dass die Vorinstanz überhaupt kein Beweisverfahren durchgeführt habe. Auf diese Rüge ist nach dem Gesagten nicht einzutreten.

- 18 -

E. 6

Unter dem Titel "Verletzung des rechtlichen Gehörs" beanstandet die Beschwerdeführerin vorab wiederum, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt habe (KG act. 1 S. 22 Ziff. 18 und 19). Dazu ist auf die vorstehende Erwägung zu verweisen. Die Rüge kann beim Bundesgericht vorgebracht werden. Deshalb kann im vorliegenden Verfahren nicht darauf eingetreten werden, und zwar auch insoweit, als die Beschwerdeführerin die Unterlassung der Durchführung eines Beweisverfahrens auch als Verletzung ihres Gehörsanspruchs rügt (vgl. etwa Kass.-Nr. AA050128 vom 17.5.2006 Erw. II.3.2 und Kass.-Nr. AA050186 vom 20.10.2006 Erw. II.3.d).

E. 7

Ebenfalls als Verletzung ihres Gehörsanspruch beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz ihr nicht vor Erlass des Urteils Gelegenheit gegeben habe, zu den notorischen Annahmen und angewandten Erfahrungssätzen Stellung zu nehmen. Als solche zitiert die Beschwerdeführerin wiederum diejenigen, welche sie unter lit. C der Beschwerde als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet (KG act. 1 S. 6 - 16) und bezüglich welcher sie eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 16 - 18), der richterlichen Fragepflicht (KG act. 1 S. 18 - 20) und des Grundsatzes des Beweisverfahrens (KG act. 1 S. 20 f.) gerügt hat (KG act. 1 S. 22 - 24). a) Als notorische Tatsachen, bezüglich welcher ihr die Vorinstanz habe Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen, bezeichnet die Beschwerdeführerin solche im Sinne von § 133 Satz 2 ZPO ZH (KG act. 1 S. 22 Ziff. 20). Dabei handelt es sich um gerichtsnotorische Tatsachen, d.h. nicht allgemein bekannte, sondern einzelfallspezifische, welche dem einzelnen Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit (aus dem konkreten Verfahren oder aus andern Verfahren) bekannt sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 133) und über welche, hätte das Gericht davon nicht sichere Kenntnis, Beweis abzunehmen wäre. Davon zu unterscheiden sind allgemein (nicht nur spezielle, dem einzelnen Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit) bekannte Tatsachen als allgemeine Erfahrungsgrundsätze. Erstere (gerichtsnotorische Tatsachen) muss der Richter formell ins Verfahren einführen. Er muss den Parteien eröffnen, dass er Beweishebungen nicht für notwendig erachtet, weil er die betreffenden Tatsachen für

- 19 - gerichtskundig hält, und hat den Parteien Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern und allenfalls Zweifel an der Notorietät anzumelden oder den Beweis der Unrichtigkeit zu führen (Kass.-Nr. AA080111 vom 5.6.2009 Erw. III.3.a). Über weitere (allgemein

bekannte Tatsachen, Erfahrungstatsachen, Grundsätze der allgemeinen Lebenserfahrung) ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Beweis abzunehmen, weil sie gleichsam die Funktion von Normen übernehmen (Viktor Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 221 ff., 227). Derartige Erfahrungssätze werden vom Bundesgericht einer Rechtsnorm gleichgestellt. Sie brauchen nicht behauptet zu werden (Kass.-Nr. AA060092 vom 30.4.2007 Erw. II.6.3). b) Bei den von der Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Rüge der Verletzung ihres Gehörsanspruchs angeführten "Tatsachen" (KG act. 1 S. 23 f. lit. a - p) handelt es sich nicht um gerichtsnotorische Tatsachen im Sinne von § 133 zweiter Satz ZPO ZH. Vielmehr handelt es sich um eine rechtliche Interpretation von übereinstimmenden Parteibehauptungen (KG act. 1 S. 23 lit. a, vgl. dazu vorstehend Erw. 2.4.a) und in diesem Sinne um Rechtsanwendung bzw. um die rechtliche Prüfung der streitgegenständlichen Formulare der Beschwerdeführerin unter Verwendung allgemein bekannter Tatsachen (bzw. Tatsachen, welche von der Vorinstanz als allgemein bekannt vorausgesetzt werden) und unter Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung (KG act. 1 S. 23 f. lit. b - p) und auch in diesem Sinne um Rechtsanwendung. c) Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn das Gericht einen Entscheid mit einer völlig neuen Begründung, welche die Parteien in keiner Weise erwarten müssen, versehen will und wenn den dadurch möglicherweise Betroffenen keine Möglichkeit gegeben wird, sich vorgängig dazu zu äussern. Umgekehrt ist daraus ersichtlich, dass der Gehörsanspruch grundsätzlich keine Pflicht des Gerichts statuiert, den Parteien seine Rechtsauffassung vor der Urteilsfällung bekanntzugeben, zumindest wenn die Parteien aufgrund des Prozessstoffes und ihrer Vorbringen mit einer solchen Begründung rechnen müssen. Auf eine von den Parteien nicht vorgebrachte, vom Gericht aber als

- 20 - entscheidend betrachtete Rechtsauffassung müssen die Parteien nach kantonaler Praxis (nur) dann hingewiesen werden, wenn anzunehmen ist, sie könnten ihre Vorbringen im Hinblick darauf in tatsächlicher Hinsicht vervollständigen (Kass.-Nr. AA090012 vom 30.4.2010 Erw. II.8 mit weiteren Hinweisen; ZR 108 [2009] Nr. 32; ZR 90 [1991] Nr. 85 S. 282/283). Dies gilt auch für die Verwendung von Erfahrungstatsachen und die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung, welche das Bundesgericht funktionell Rechtsnormen gleichstellt. d) Davon, dass die Vorinstanz das angefochtene Urteil mit den von der Beschwerdeführerin zitierten Erwägungen mit einer Begründung versehen hätte, mit welcher die Beschwerdeführerin in keiner Weise hätte rechnen müssen und zu der sie sich nicht hätte äussern können, kann keine Rede sein. Vielmehr brachte bereits die Beschwerdegegnerin die wesentlichsten Aspekte der von der Beschwerdeführerin zitierten vorinstanzlichen Erwägungen im vorinstanzlichen Verfahren vor (vgl. insbes. HG act. 1 S. 5 f. Ziff. 13 - 18, S. 8 Ziff. 29, S. 11 Ziff. 42, S. 13 Ziff. 50 und 51, S. 15 Ziff. 58 und 62, HG act. 14 S. 2 ad 8, S. 4 ad 30 zweiter Absatz, S. 5 ad 35) und hatte die Beschwerdeführerin deshalb Gelegenheit und Anlass zur Stellungnahme. Abgesehen davon zeigte die Beschwerdeführerin nicht auf und ist auch nicht ersichtlich, dass und inwiefern sie ihre tatsächlichen Vorbringen hätte vervollständigen können, wenn sie vor dem Urteil Kenntnis von den vorinstanzlichen Erwägungen gehabt hätte. Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs geht fehl.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Begründungspflicht (KG act. 1 S. 21 Ziff. 17, S. 22 Ziff. 20 und S. 24 Ziff. 24). Diese Rüge ist im vorliegenden Verfahren bezüglich der Anwendung des Bundesrechts (mit der Verwendung von Erfahrungstatsachen und der Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung [vorstehend Erw. 7.c) unzulässig (§ 285 ZPO ZH; vgl. ZR 107 [2008] Nr. 79). Darauf ist nicht einzutreten.

E. 9

Auch auf die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 24 - 28) kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 2.1.a). Die Spezialbestimmung von § 285 ZPO ZH geht § 281 Ziff. 3 ZPO ZH

- 21 - vor (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA070068 [damit vereinigt Kass.-Nr. 070070] vom 25.3.2008 Erw. III.3.a).

E. 10

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV (KG act. 1 S. 28 Ziff. 28). Auch diese Frage prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG), und auch diese Frage ist damit von der Ausschlussbestimmung von § 285 ZPO ZH erfasst. Auch auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden.

E. 11

Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin mit den Rügen, welche im vorliegenden Verfahren geprüft werden können, keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens (die Beschwerdegegnerin obsiegt mit ihrem Antrag auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne) braucht auf die Beschwerdeantwort nicht einzeln eingegangen zu werden. IV. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Dementsprechend ist die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). Die vorinstanzliche Bestimmung des Streitwerts mit Fr. 100'000.-- (KG act. 2 S. 19 Erw. IV) wurde nicht angefochten. Davon ist auszugehen. Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.