

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PE110008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Urteil vom 18. August 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 3. März 2011; Proz. FO100085

Erwägungen:

I.

Dem vorliegenden Verfahren liegt ein von der Beklagten unterzeichneter Vertrag mit der Klägerin vom 19. Oktober 2008 über ein Dampfsaugegerät C._____ mit Sonderzubehör für Fr. 2'800.00 inklusive Mehrwertsteuer zugrunde (act. 4/1; vgl. auch act. 4/2).

Mit Eingabe vom 19. August 2010 machte die Klägerin durch Einreichung der Weisung des Friedensrichteramts D._____ vom 11. August 2010 bei der Vorinstanz eine Klage auf Erfüllung dieses Kaufvertrags hängig (act. 1 und act. 2). Am 4. Oktober 2010 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher die zuständige Einzelrichterin die Beweissätze bekanntgab und die Parteien abschliessend ihre Beweismittel bezeichneten (Prot. VI S. 3 ff., insbesondere S. 7 f.). Am 11. Oktober 2010 wurde den Parteien (im Wesentlichen) eine zehntägige Frist zur Sicherstellung der Kosten des Beweisverfahrens angesetzt, unter der Androhung, dass die Beweisabnahme bei Säumnis zum Nachteil der säumigen Partei unterbleibe (act. 8). Die Klägerin kam dieser Aufforderung fristgerecht nach (act. 12). Mit Schreiben vom 28. Oktober 2010 wies die Beklagte die Vorinstanz darauf hin, dass der Vertrag auf die E._____ AG laute. Da sie weder Vertragspartnerin noch Inhaberin dieser Firma sei, könne sie nicht gemeint sein (act. 13). Am 3. November 2010 wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme zu dieser Noveneingabe angesetzt (act. 14), die allerdings in der Folge nicht erstattet wurde. Daraufhin wurden der Zeuge sowie dessen Personalien ermittelt (act. 16 und act. 17) und am 7. Februar 2011 die Beweis- und Schlussverhandlung durchgeführt, in deren Verlauf der Postbote F._____ als Zeuge einvernommen wurde und die Parteien zum Beweisergebnis Stellung nahmen (Prot. VI S. 12 ff.). Mit Urteil vom 3. März 2011 verpflichtete die zuständige Einzelrichterin die Beklagte zur Zahlung von Fr. 2'800.00 nebst Zins zu 5% seit 16. Juni 2010 sowie Fr. 70.00 Betreibungskosten und hob den Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ..., Betrei-

bungsamt D._____, Zahlungsbefehl vom 21. Juni 2010 in diesem Umfang auf (act. 25 = act. 34/2 = act. 37).

Dagegen führte die Beklagte mit Eingabe vom 7. April 2011 Beschwerde (act. 32). Mit Verfügung vom 15. April 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beklagten Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 39). Der Vorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 41; vgl. auch act. 40). Am 18. Mai 2011 wurde der Klägerin Frist zur Beantwortung des Rechtsmittels gesetzt (act. 42). Mit Eingabe vom 20. Juni 2011 kam die Klägerin dieser Aufforderung nach Abweisung eines Fristerstreckungsgesuchs (act. 44 und act. 45) fristgerecht nach (act. 46; vgl. auch act. 43). Das in der Beschwerdeantwort gestellte Gesuch um Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels wurde mit Beschluss vom 23. Juni 2011 abgewiesen (act. 48).

II.

Am 1. Januar 2011 trat die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorinstanzliche Verfahren wurde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gemacht. Es richtete sich demnach weiterhin nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH) sowie denjenigen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG) vom 13. Juni 1976. Für die gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 3. März 2011 zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und damit vorliegend die schweizerische Zivilprozessordnung. Sobald die nationale Zivilprozessordnung anwendbar ist, gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010, OS 211.1) und die Gebührenverordnungen vom 8. September 2010 (GebV in OS 211.11 und AnwGebV in OS 215.3). Gleichviel welchen Regeln das Verfahren in der zweiten Instanz folgt, ist das Rechtsmittel daraufhin zu prüfen, ob die

Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden (alten) Normen richtig anwandte.

III.

1. Die Vorinstanz erwog in ihrem Urteil vom 3. März 2011 unter anderem, dass seitens der Beklagten kein Vorschuss für die von ihr genannten Beweismittel geleistet worden sei, weshalb deren Abnahme zu ihrem Nachteil unterblieben sei (act. 25 S. 3 = act. 25 S. 3 = act. 34/2 S. 3 = act. 37 S. 3). Als ersten Punkt bringt die Beklagte in ihrer Beschwerde nun vor, den mit Verfügung vom 11. Oktober 2010 einerlangten Barvorschuss von Fr. 300.00 mit Valuta 20. Oktober 2010 fristgerecht geleistet zu haben (act. 32 S. 3). Zum Beleg verweist sie im Wesentlichen auf eine Belastungsanzeige der G._____ vom 20. Oktober 2010 (act. 34/3) sowie zwei Schreiben der Vorinstanz vom 29. und 30. März 2011 (act. 34/5+6). In der Tat ergibt sich aus diesen Unterlagen, dass der ihr auferlegte Barvorschuss am 20. Oktober 2010 der Beklagten belastet und gleichentags der Bezirksgerichtskasse gutgeschrieben wurde. Da die Beklagte den Empfang der Verfügung betreffend Vorschuss vom 11. Oktober 2010 am 18. Oktober 2010 unterschriftlich bestätigte (act. 9/2), erfolgte die Zahlung zudem innert der angesetzten Zehntagesfrist (act. 8). Die Abnahme der von der Beklagten anlässlich der Verhandlung vom 4. Oktober 2010 offerierten Beweismittel (Prot. VI S. 7) hätte demnach nicht infolge fehlender Leistung des entsprechenden Barvorschlusses unterlassen werden dürfen. Eine umfassende Entscheidung in der Sache selbst ist daher heute nicht möglich. Der Prozess ist vielmehr aus den erwähnten Gründen zur Ergänzung des Verfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

2. Als weiteren Punkt rügt die Beklagte in der Beschwerde die Feststellungen der Vorinstanz, wonach die Parteien den Vertrag simuliert hätten und deren wirklicher Wille auf den Vertragsschluss unter sich gerichtet gewesen sei. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebe sich, dass die Parteien auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung hinzuweisen seien, wenn das Gericht seinem Entscheid einen Rechtsgrund zugrun-

de lege, auf den sie sich nicht berufen und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht hätten rechnen müssen. Die Simulation sei von keiner der Parteien behauptet worden und die Vorinstanz habe die Parteien nach der Noveneingabe der Beklagten vom 28. Oktober 2010, worin sie darauf hingewiesen habe, dass nicht sie sondern die E. _____ AG Vertragspartnerin der Klägerin sei, nicht dazu befragt, sondern der Klägerin lediglich Frist zur Stellungnahme angesetzt. In Ausübung der richterlichen Fragepflicht hätte dem Problem der Vertragspartner jedoch nachgegangen werden müssen, weil es für das Zustandekommen des Vertrags und die Passivlegitimation der Klage zentral sei. Dass die E. _____ AG Vertragspartnerin sei, gehe auch aus dem Vertragsformular hervor (act. 32 S. 7 f.).

Das ordentliche gerichtliche Verfahren durchläuft mehrere Phasen. In einem ersten solchen Abschnitt muss das Gericht in der Behauptungsphase durch die Parteien über die tatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreits ins Bild gesetzt werden. Die Parteien haben demnach anhand ihrer Behauptungslast das für den Entscheid über die Rechtsbegehren Notwendige vorzubringen, Beweismittel zu nennen und Urkunden einzureichen. Zur Behebung von Unklarheiten und zur Vervollständigung unvollständiger Vorbringen muss das Gericht in dieser Phase seine Fragepflicht ausüben. Nach Abschluss der Behauptungsphase muss in der Beweisphase über bestrittene und erhebliche tatsächliche Behauptungen Beweis abgenommen werden (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage 2006, S. 311 f.). Abzuklären sind damit im Beweisverfahren nur behauptete Tatsachen, die in der Behauptungsphase substantiiert aufgestellt wurden. Das Beweisverfahren ist nicht dazu da, ungenügende Sachdarstellungen zu vervollständigen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, § 113 N 5 und § 133 N 5). Nach der Eventualmaxime gemäss § 114 ZPO/ZH waren die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Ausgenommen davon waren insbesondere Anträge, die erst im Laufe des Prozesses veranlasst wurden, Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt, Tatsachen, die trotz angemessener

Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten oder die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat (§ 115 ZPO/ZH).

Weder in der Klageantwort noch in der Duplik (Prot. VI S. 3 ff. bzw. S. 6) wies die Beklagte darauf hin, dass gar nicht sie, sondern die E._____ AG Partei des Vertrags vom 19. Oktober 2008 sei. Damit brachte sie diese Tatsachenbehauptung nicht mit ihrem letzten Vortrag anlässlich der Verhandlung vom 4. Oktober 2010 sondern erst in ihrer späteren Eingabe vom 28. Oktober 2010 erstmals vor. In diesem Zeitpunkt befand sich das vorinstanzliche Verfahren allerdings - nach mündlicher Beweisaufgabe und Beweisantretung bzw. einer direkten Beweisabnahme im Sinne von § 141 ZPO/ZH (im Sinne der zweiten Variante; Prot. VI S. 7 f., vgl. insbesondere auch Protokollnotiz auf S. 8) - bereits in der Beweis- und nicht mehr in der Behauptungsphase. Das Vorbringen neuer tatsächlicher Behauptungen war zu diesem Zeitpunkt daher grundsätzlich nicht mehr zulässig.

Eine Ausnahme im Sinne von § 115 ZPO/ZH liegt ebenfalls nicht vor. Insbesondere ergibt sich die Richtigkeit der beklagten Behauptung nicht aus den Prozessakten (§ 115 Ziff. 2 ZPO). Entgegen der Begründung für die verspätete Tatsachenbehauptung in der Eingabe vom 28. Oktober 2010 (act. 13) lautet der Vertrag nicht eindeutig auf die E._____ AG. Zwar erwähnt das Dokument unter dem Titel "genaue Firmenbezeichnung" auch die E._____ AG. Allerdings ist als Bestellerin (und Inhaberin der erwähnten Firma) die Beklagte aufgeführt. Ihre Unterschrift befindet sich über der Bezeichnung "Unterschrift des Mitbestellers" (act. 4/1). Die Vorschrift von § 115 Ziff. 2 ZPO stellt für die Zulässigkeit von neuen Vorbringen nach Abschluss des Behauptungsverfahrens auf deren sofortige Beweisbarkeit und damit auf den Umstand ab, dass deren (nachträgliche) Berücksichtigung (wegen der Entbehrlichkeit beweismässiger Weiterungen) zu keiner Verfahrensverzögerung führt (FRANK/ STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 115 N 8; ZR 108 Nr. 63; KassGer ZH, AA090146 vom 15. Januar 2010; KassGer ZH, AA040128 vom 16. November 2004). Angesichts der Vagheit der Angaben zu den genauen Vertragsparteien auf dem Bestellformular vom 19. Oktober 2008 kann von einer sofortigen Beweisbarkeit der neuen Behauptungen mittels dieses Be-

legs nicht gesprochen werden. Die Bedeutung der Aufführung der E. _____ AG neben der Beklagten als Bestellerin ist nicht evident. Die nachträgliche Berücksichtigung der neuen beklaglichen Vorbringen würde vielmehr zu beweismässigen Weiterungen führen. Dies scheint auch die Beklagte in ihrem Rechtsmittel zu erkennen, indem sie darin rügt, die Einzelrichterin hätte der Problematik der Vertragspartnerschaft (durch Parteibefragungen) nachgehen müssen (act. 32 S. 8). Auch sie geht demnach nicht davon aus, dass die Antwort aus dem Vertragsformular ohne weiteres ersichtlich ist. Tatsächlich ergibt sich daraus nicht mit der von § 115 Ziff. 2 ZPO geforderten Klarheit bzw. Schlüssigkeit, dass die E. _____ AG und nicht die Beklagte Vertragspartei der Klägerin geworden ist. Damit fällt diese (erstmal nach dem Behauptungsverfahren erhobene und damit neue) beklagliche Behauptung jedoch nicht unter § 115 Ziff. 2 ZPO, weshalb deren Berücksichtigung auch nicht ausnahmsweise zulässig ist.

Auch die weiteren Ausnahmen von § 114 ZPO/ZH gemäss § 115 ZPO/ZH erweisen sich als nicht einschlägig. Insbesondere handelt es sich bei der sinngemäss geltend gemachten fehlenden Passivlegitimation nicht um eine von Amtes wegen zu berücksichtigende Tatsache. In gewöhnlichen Zivilprozessen, wie dem vorliegenden Verfahren, dürfen vielmehr die Parteien über den Streitgegenstand verfügen. Namentlich ist es der beklagten Partei daher im Grundsatz unbenommen, sich gegen die Inanspruchnahme aus einem bestimmten Vertrag nicht zur Wehr zu setzen. Opponiert mit anderen Worten eine beklagte Partei gegen eine Klage insoweit nicht, liegt ein entsprechender unstrittiger Sachverhalt vor. Einen derartigen Sachverhalt hat das Gericht seinem Entscheid insofern zugrunde zu legen, wie davon nur die Prozessparteien selber betroffen sind und keine am Verfahren nicht beteiligten Personen (vgl. z.B. OGer ZH, LB110025-O vom 25. Juli 2011). Die Beklagte widersetzte sich weder im Rahmen der Klageantwort noch in der Duplik (Prot. VI S. 3 ff. bzw. S. 6) gegen ihre Inanspruchnahme aus dem Vertrag vom 19. Oktober 2008 wegen fehlender Parteieigenschaft. Durch ihre fehlende Opposition im Behauptungsverfahren anerkannte sie den entsprechenden klägerischen Standpunkt. Diese Anerkennung wirkt nur für die Beklagte selbst und nicht für am Prozess unbeteiligte Personen. Zu einem Einschreiten von Amtes

wegen und einer Auslegung des Vertrages vom 19. Oktober 2008 hinsichtlich Passivlegitimation bestand demnach kein Anlass.

Ebenso wenig bestand Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO/ZH. Diese wird vielmehr erst ausgelöst, wenn ein Parteivorbringen unklar oder unvollständig bleibt (ZR 88 Nr. 46). Fehlende Behauptungen - wie vorliegend - lösen indes keine richterliche Fragepflicht aus (z.B. KassGer ZH, AA100041 vom 7. März 2011).

Zusammenfassend muss nach dem Gesagten die beklagte Noveneingabe vom 28. Oktober 2010 als nicht rechtzeitiges Vorbringen unberücksichtigt bleiben. Bezüglich Vertragspartnerschaft bzw. Passivlegitimation liegt daher eine unbestrittene klägerische Darstellung vor, welche einem neuerlichen Entscheid zugrunde zu legen sein wird.

3. Überdies rügt die Beklagte willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz, indem sie den Hauptbeweis der Klägerin, wonach der Beklagten das Dampfsaugegerät C._____ am 10. November 2008 per Post zugestellt und sie die Annahme verweigert habe, durch die Aussage des Paketboten F._____ als gelungen erachtete. Die Klägerin habe sich einzig auf den Paketboten F._____ als Zeugen und den roten Klebezettel sowie die Rücksendungsdokumente in act. 4/3 berufen. Derjenige Teil des Pakets, auf dem die Beklagte - wie es das Vorgehen des Paketboten bei Annahmeverweigerung geboten hätte - ihre Unterschrift und die Notiz "Annahme verweigert" angebracht haben soll, sei dagegen nicht ins Recht gelegt worden. Der Zeuge habe sich jedoch weder an das Paket noch an die behauptete Zustellung oder die angebliche Annahmeverweigerung und sein Ausfüllen des roten Postzettels erinnert. Da der eigentliche Beweis, die Schachtel des Pakets mit der bei Annahmeverweigerung anzubringenden Unterschrift und Bemerkung, fehle, habe der Beweis nicht erbracht werden können. Durch die Angaben des Zeugen könne nicht jeder erhebliche Zweifel ausgeschlossen werden, zumal Fehler bei Postzustellungen einfach passieren könnten (act. 32 S. 6 f.).

Gemäss § 148 ZPO hatte das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen. Zu berücksichtigen waren neben dem Inhalt von Aussagen deren

Überzeugungskraft und Glaubhaftigkeit. Die allgemeine Glaubwürdigkeit des Zeugen war zwar ebenfalls zu berücksichtigen; in erster Linie war allerdings für die Beurteilung einer konkreten Aussage deren Inhalt zu analysieren und kritisch zu würdigen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 148 N 3; BENDER, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 1985 S. 55 f.). Nach dem Regelbeweismass ist der Beweis für eine bestrittene Tatsachenbehauptung erbracht, wenn das Gericht aufgrund objektiver Gesichtspunkte von der Verwirklichung einer Tatsache überzeugt ist und allfällig vorhandene Zweifel nicht als erheblich erscheinen. Bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt demnach nicht. Verbleiben ernsthafte Zweifel, ist eine Behauptung vielmehr rechtlich nicht bewiesen, mag sie auch an sich plausibel, vielleicht sogar überwiegend wahrscheinlich sein (BSK ZGB I-SCHMID, Art. 8 N 17; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 148 N 3).

Das Bezirksgericht kam im angefochtenen Urteil zum Schluss, aus dem Postformular in act. 4/3 (S. 1) gehe hervor, dass die Annahme einer Zustellung an die Adresse "E. _____ AG, A. _____, ...strasse ..., D. _____" verweigert worden sei. Gemäss den weiteren Unterlagen der Post sei das Paket daraufhin der Klägerin am 11. November 2008 retourniert worden (act. 4/3 S. 3). Der von der Post als damals für D. _____ zuständig bezeichnete Paketbote F. _____ habe in seiner Einvernahme als Zeuge vom 7. Februar 2011 angegeben, er habe nach Angaben seines Chefs im November 2008 die Paketpost in D. _____ ausgeliefert. Auf Vorhalt von act. 4/3 habe er sein Kürzel erkannt und erklärt, er müsse annehmen, dass er das Formular betreffend Annahmeverweigerung ausgefüllt habe. Allerdings könne er sich nicht mehr daran erinnern. Auf Frage, nach wem er bei der Adresse "E. _____ AG, A. _____, ...strasse ..., D. _____" fragen würde, habe der Zeuge geantwortet: "Nach A. _____, weil sie dort wohnt". Dies wisse er aus früheren Postzustellungen. Er habe sich nicht mehr daran erinnern können, ob die Beklagte einmal die Annahme eines Paketes verweigert habe, weil er täglich etwa dreihundert Pakete zustelle. Den Ablauf einer Postzustellung mit Annahmeverweigerung habe er so geschildert, dass die Person in diesen Fällen den Vermerk "Annahme verweigert" auf dem Paket anbringe und ihre Unterschrift darunter setze. Daraufhin verseehe er das Paket mit einem roten Klebezettel, auf dem er den

Grund der fehlenden Entgegennahme ankreuze. Die Frage, ob es möglich sei, dass er act. 4/3 falsch ausgefüllt habe, habe der Zeuge verneint (act. 25 S. 5 f. = act. 25 S. 5 f. = act. 34/2 S. 5 f. = act. 37 S. 5 f.).

Entgegen der Vorbringen im Rechtsmittel ist diese Würdigung der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Gemäss den erstinstanzlich eingereichten Unterlagen der Post wurde am 10. November 2008 an der Adresse "E._____ AG, A._____, ...strasse ..., D._____" die Annahme einer Sendung von der Klägerin verweigert und daher umgehend an den Sender retourniert (act. 4/3). Der für diese Sendung zuständige Paketbote bestätigte in seiner Einvernahme als Zeuge, dass es sich bei der Unterschrift auf dem Formular mit dem angekreuzten Rücksendegrund "Annahme verweigert" um sein Kürzel handle (Prot. VI S. 14). Daraufhin schilderte er auf gerichtliche Aufforderung das Vorgehen bei Annahmeverweigerung derart, dass die verweigernde Person diese Tatsache auf dem Paket zu vermerken und dies zu unterzeichnen habe. Danach versehe er das Paket mit einem roten Klebezettel, worauf er das Kästchen "Annahme verweigert" ankreuze (Prot. VI S. 14). Der Zeuge glaubte nicht, dass er den Zettel falsch ausgefüllt habe (Prot. VI S. 15). Gestützt auf diese Unterlagen und Depositionen gelangt man ohne weiteres zur Überzeugung, dass am 10. November 2008 eine Sendung der Klägerin an die Beklagte zuzustellen versucht wurde. Allfällige Zweifel, wonach es sich um eine andere als die streitgegenständliche Sendung gehandelt haben oder bei der Ausfüllung des Rücksendebelegs ein Fehler passiert sein könnte, erscheinen nicht als erheblich. Es kann hierzu auf die Erwägungen der Vorinstanz in diesem Zusammenhang verwiesen werden (act. 25 S. 6 f. = act. 25 S. 6 f. = act. 34/2 S. 6 f. = act. 37 S. 6 f.). Ergänzend rechtfertigt sich zur behaupteten Fehlerhaftigkeit auch der Hinweis auf die zwanzigjährige Erfahrung des Zeugen als Postbeamter (Prot. VI S. 13). An der erwähnten Würdigung ändert auch nichts, dass sich der Zeuge F._____ bei rund dreihundert Paketzustellungen pro Tag nicht mehr an die konkrete Annahmeverweigerung erinnern konnte (Prot. VI S. 15). Vielmehr hätte die gegenteilige Angabe ohne Vorliegen besonderer Vorkommnisse Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen gegeben. Die Vorlage einer Unterschrift des verweigernden Empfängers war bei diesem Beweisergebnis nicht notwendig. Abschliessend ist nicht ersicht-

lich, weshalb der Zeuge seine Angaben wider besseres Wissen hätte deponieren sollen. Auf seine Glaubwürdigkeit Einfluss nehmende Verbindungen zu einer der Prozessparteien sind jedenfalls keine behauptet oder ersichtlich (Prot. VI S. 12 f.).

Damit ging die Vorinstanz zu Recht vom gelungenen Beweis für den vergeblichen Zustellversuch aus.

4. Bei diesem erstellten Sachverhalt und der nachgewiesenermassen versuchten Lieferung von Mitte November 2008 stossen die beklaglichen Vorbringen betreffend Verzug der Klägerin und Rücktritt der Beklagten ohne Nachfristansetzung sowie des behaupteten Aufhebungsvertrags aufgrund des eineinhalb Jahre dauernden Schweigens der Klägerin ins Leere. Von einer infolge Verzuges der Klägerin für die geplante Fensterreinigung der Beklagten im Frühjahr nutzlos gewordenen Leistung kann bei einer Lieferung noch im Winter, nota bene weniger als einen Monat nach Bestellung, nicht die Rede sein. Der sofortige Liefertermin wurde schliesslich lediglich unverbindlich festgelegt (act. 4/3; vgl. zu den Vorbringen act. 32 S. 9 f.).

IV.

Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens sind nach Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen. Für eine Entschädigung zu Lasten des Staates fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahrens des Bezirkes Meilen vom 3. März 2011 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'800.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. K. Findeisen

versandt am: