



Kass.-Nr. AA040144/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 12. Dezember 2004

in Sachen

W. S. AG,

...,

Klägerin, Widerbeklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

M M.,

... ,

Beklagter, Widerkläger, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2004 (LB040024/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 10. Juli 1996 verkaufte der Beklagte der Klägerin eine 5 1/2-Zimmerwohnung und einen Garagenplatz in der Überbauung „Xi“ in Y für Fr. 1 Mio. Zur Tilgung dieses Betrags wurde festgehalten, dass die Klägerin Fr. 50'000.-- bereits bezahlt habe, dass sie sofort weitere Fr. 50'000.-- bezahle und dass sie die restlichen Fr. 900'000.-- bei der Eigentumsübertragung zu bezahlen habe (BG act. 2/6/2).

Die Eigentumsübertragung erfolgte nie. Am 25. Juni 1998 ging beim Bezirksgericht Bülach die Weisung des Friedensrichteramtes Bülach ein, womit die Klage auf Rückerstattung der bereits bezahlten Fr. 100'000.-- nebst Zins anhängig gemacht wurde (BG act. 2/2; Klagebegründung BG act. 2/5). Der Beklagte beantragte mit seiner Klageantwort Abweisung der Klage und erhob gleichzeitig Widerklage auf Fr. 75'187.50 nebst Zins aus Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages durch die Klägerin (BG act. 2/10). In der Klageduplik und Widerklagereplik bezifferte der Beklagte die Widerklage auf Fr. 80'187.50 nebst Zins (BG act. 2/20 S. 2).

Mit Urteil vom 18. Oktober 2000 wies das Bezirksgericht Bülach (I. Abteilung) die Klage ab und hiess die abgeänderte Widerklage (auf Fr. 80'187.50 nebst Zins) gut (BG 2/37 = OG LB000129 act. 42). Dagegen erhob die Klägerin Berufung. Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies die Sache mit Beschluss vom 13. Juni 2001 zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid zurück an das Bezirksgericht (OG LB000129 act. 60 = BG act. 1). Das Bezirksgericht führte in der Folge ein Beweisverfahren durch. In der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 13. Mai 2003 bezifferte der Beklagte die Widerklage neu auf Fr. 150'187.50 nebst Zins (BG act. 37 S. 2). Mit Urteil vom 17. Dezember 2003 wies das Bezirksgericht die Klage wiederum ab und hiess die Widerklage im abgeänderten Betrag von Fr. 150'187.50 nebst Zins gut (BG act. 45 = OG act. 50). Dagegen erhob die Klägerin wiederum Berufung (BG act. 47).

Mit Urteil vom 9. Juli 2004 bestätigte das Obergericht (II. Zivilkammer) das bezirksgerichtliche Urteil, wies also die Hauptklage ab und hiess die Widerklage im Betrag von Fr. 150'187.50 nebst Zins gut (OG act. 66 = KG act. 2). Gegen dieses Urteil führt die Klägerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin, es sei das obergerichtliche Urteil aufzuheben, die Klage gutzuheissen und die Widerklage abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 25). Der Beklagte beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Der Vizepräsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung und auferlegte der Klägerin eine Prozesskaution von Fr. 12'000.-- (Verfügung vom 24. September 2004, KG act. 6). Die Klägerin leistete die Kautionsfristgerecht (KG act. 9).

Das Obergericht entzog am ... 2004 lic. iur. N.N., Rechtsvertreter der Klägerin, das Recht zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes im Kanton Zürich (vgl. Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. x vom ... 2004). Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde datiert vom ... 2004 und wurde auch an diesem Tag der Post übergeben (KG act. 1). Sie erfolgte daher vor dem Patententzug, weshalb sie ohne weiteres entgegengenommen und behandelt werden kann. Jedoch ist der heutige Erledigungsentscheid der Klägerin direkt zuzustellen.

II.

1. Die vom Obergericht geschützte Schadenersatzforderung des Beschwerdeführers beruht auf der Annahme, die Beschwerdeführerin habe ungerechtfertigterweise nicht Hand zur Eigentumsübertragung der verkauften Wohnung geboten. Die Beschwerdeführerin hingegen hält dafür, es habe die Meinung bestanden, dass die besagte Wohnung weiterhin durch die Verkaufsbeauftragte des Be-

schwerdegegners, die M. AG, hätte verkauft werden sollen. Dieser Weiterverkaufsauftrag bilde zusammen mit dem Kaufvertrag eine Einheit, da er gleichzeitig mit der Reservationsvereinbarung vom 29. Februar 1996 zum Kauf der genannten Wohnung abgeschlossen worden sei. Nachdem die Beschwerdeführerin Kenntnis über die Verletzung des Weiterverkaufsauftrags erhalten habe, sei sie vom Kaufvertrag zurückgetreten und habe die Rückzahlung der Anzahlung verlangt. Das Obergericht hält das Vorliegen des Weiterverkaufsauftrags als nicht bewiesen. Die Beschwerdeführerin rügt, sowohl das Bezirksgericht wie das Obergericht hätten die in diesem Zusammenhang vom Bezirksgericht abgenommenen Zeugenaussagen von Sc, M, Sp und A willkürlich gewürdigt. Das angefochtene Urteil beruhe somit auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme und sei unter Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes zustande gekommen (vgl. KG act-. 1 S. 4 Ziff. 7 und 8).

2. Unter Ziffer 9 ihrer Beschwerdeschrift hält die Beschwerdeführerin dafür, sollte das Kassationsgericht feststellen, dass eine Weiterbeauftragung stattgefunden habe, sei die Sache an das Obergericht zurückzuweisen, um Beweise darüber abzunehmen, ob M, der sowohl Geschäftsführer bei der M. AG als auch Gesellschafter im Baukonsortium „Xi“ sei, bei der Entgegennahme des Weiterverkaufsauftrags auch das Baukonsortiums „Xi“ und solidarisch deren Gesellschafter verpflichtet habe. Dasselbe habe auch für die Frage der Einheit des Kaufvertrags mit dem Weiterverkaufsauftrag zu geschehen. Bezüglich beidem liege eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes vor, nämlich dass über behauptete Tatsachen ein Beweisverfahren durchzuführen und eine Beweiswürdigung stattzufinden habe (KG act. 1 S. 5 f.).

Es ist somit zunächst zu prüfen, ob die Annahmen des Obergerichts betreffend Bestand bzw. Nichtbestand eines Weiterverkaufsauftrags mit einem von der Beschwerdeführerin gerügten Nichtigkeitsgrund behaftet seien. Ist dies zu verneinen, so erübrigt sich die Frage, ob das Obergericht ein Beweisverfahren betreffend Vertretung sowie Einheit zwischen dem Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Kaufvertrag und dem behaupteten Weiterverkaufsauftrags durchzuführen habe. Wenn anzunehmen wäre, der behauptete Weiterverkaufsauftrag sei erteilt

worden, so stellte sich weiter die Frage, wie weit die aufgeworfenen Fragen der Vertretung und der Einheit der beiden Verträge bundesrechtlicher Art sind und wie weit es um Tatsachenfeststellungen geht. Eine Verletzung von Bundesrecht wäre mit Berufung beim Bundesgericht zu rügen, so dass diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen wäre (Art. 43 OG, § 285 ZPO). Welche tatsächlichen Behauptungen im Zusammenhang mit der Frage der Vertretung und der Einheit der beiden Verträge die Vorinstanzen zu Unrecht nicht zum Beweis verstellt haben sollen bzw. nicht Gegenstand einer Beweiswürdigung gebildet hätten, führt die Beschwerdeführerin nicht konkret auf, weshalb die diesbezügliche Rüge ungenügend ist. Auf die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes ist somit in jedem Fall nicht einzutreten.

3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Obergericht erachte das Vorliegen eines Weiterverkaufsauftrags im Zeitpunkt der Reservationsvereinbarung als nicht bewiesen, obwohl die Zeugen A und Sp ausgesagt hätten, es habe ein Weiterverkaufsauftrag bestanden. Das Obergericht begründe den nicht gelungenen Beweis damit, dass die Zeugen Sc und M ausgesagt hätten, es sei kein Weiterverkaufsauftrag erteilt worden, und wenn, dann hätten sie ihn schriftlich fixiert. Die Beschwerdeführerin rügt diese Gewichtung der genannten Zeugenaussagen und die Argumente des Obergerichts als willkürlich und nimmt in der Folge eine eigene Würdigung vor (KG act. 1 S. 6 ff., Ziff. 10).

Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81/1982 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288).

Die Beschwerdeführerin bezieht sich in diesem Zusammenhang auf Seite 14 des angefochtenen Urteils. An der gerügten Stelle gibt jedoch das Obergericht die Würdigung des Bezirksgerichts wieder. In der Folge befasst sich das Obergericht detailliert mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Berufungsbegründung und nimmt eine eigene Würdigung vor (KG act. 2 S. 14 - 26). Mit diesen Erwägungen des Obergericht setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht im einzelnen auseinander. Vielmehr stellt sie ihre eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Obergerichts. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin dreimal auf Stellen innerhalb der obergerichtlichen Würdigung verweist (KG act. 1 S. 6 unten lit. b und S. 7 lit. c).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin genügen somit den Anforderungen an eine Beschwerdebeurteilung nicht, weshalb auf sie nicht weiter einzugehen ist.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde gesamthaft nicht eingetreten werden kann.

III.

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

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 5000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 175.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.— (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, und das Bezirksgericht Bülach (I. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: