



---

Kass.-Nr. AA060070/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

## **Zirkulationsbeschluss vom 14. Februar 2007**

in Sachen

A.,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch die Rechtsanwälte [...]

gegen

B.,

Beklagter, Appellant und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. April 2006 (LB040056/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beschwerdeführerin reichte am 8. August 2002 gegen den Beschwerdegegner Klage ein mit dem Antrag, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 48'392.45 zuzüglich Zins und Kosten zu bezahlen. Mit Beschluss und Urteil des Bezirksgerichts Uster, II. Abteilung vom 11. Mai 2004 merkte das Bezirksgericht Uster die Anerkennung der Klage im Umfang von Fr. 100.00 vor, verpflichtete den Beschwerdegegner, der Beschwerdeführerin Fr. 47'992.95 zuzüglich Zins zu bezahlen, und wies die Klage im Mehrbetrag ab. Auf Berufung des Beschwerdegegners merkte das Obergericht mit Beschluss vom 13. April 2006 vor, dass die Klageabweisung im Fr. 47'992.95 übersteigenden Betrag am 19. November 2004 rechtskräftig geworden sei, und erkannte mit Urteil vom gleichen Tag, dass die Klage im Betrage von Fr. 230.45 nebst Zins gutgeheissen, im Mehrbetrag jedoch abgewiesen werde.

Gegen dieses Urteil reichte die Beschwerdeführerin am 23. Mai 2006 fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde ein. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichtes vom 13. April 2006 sei aufzuheben (KG act. 1). Die Vorinstanz hat auf Vernehmung verzichtet (KG act. 9). Der Beschwerdegegner beantragte mit Beschwerdeantwort vom 22. Juni 2006 (KG act. 11) Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeantwort wurde am 26. Juni 2006 der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme zugestellt, die am 10. Juli 2006 eine Stellungnahme einreichte (KG act. 14). Der Beschwerdegegner reichte seinerseits dazu am 17. Juli 2006 eine Stellungnahme ein (KG act. 17).

Die ihr auferlegte Prozesskaution von Fr. 5'000 hat die Beschwerdeführerin fristgerecht geleistet.

2. Die Beschwerde bezieht sich ausdrücklich (nur) auf das Urteil vom 13. April 2006.

3. Das angefochtene Urteil vom 13. April 2006 hat die Klage im Betrag von Fr. 230.45 gutgeheissen. Aus dem vorinstanzlichen Urteil ergibt sich, dass es dabei um die Ablieferung eines Verkaufspreisrests ging aus einem Bilderverkauf, den der Beschwerdegegner für die Beschwerdeführerin getätigt hatte. Im übrigen geht es bei der Klage um einen andern Vorgang, nämlich die Rückerstattung des Kaufpreises für 4 T.-Bilder, welche die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner gekauft hatte, wobei die Beschwerdeführerin den Kaufvertrag für nichtig oder wegen Willensmangel wirksam angefochten hält. Die Frage der Ablieferung des Erlöses aus dem verkauften Bild wird in der Beschwerde mit keinem Wort erwähnt; angesichts der Interessenlage (die Beschwerdeführerin hatte in diesem Punkt obsiegt), ist auch nicht anzunehmen, dass dies beabsichtigt war. Die Zuspriechung der Fr. 230.45 nebst Zins gemäss Dispositiv Ziff. 1 Abs. 1 des angefochtenen Urteils hat deshalb als unangefochten zu gelten, und es braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden.

Aus der Begründung der Beschwerde geht andererseits hervor, dass die Beschwerdeführerin nicht bloss die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, sondern ein weiteres Verfahren und, wenn möglich, die substantielle Gutheissung der Klage im Betrag von über Fr. 47'000.00 anstrebt. Sinngemäss muss deshalb der Antrag der Beschwerde so verstanden werden, wie wenn er nicht allein auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, sondern auch auf Rückweisung des Falls an die Vorinstanz zu weiterem Verfahren lauten würde.

## II.

1. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin in den Jahren 1997 und 1999 vier Radierungen oder Lithographien des spanischen Künstler T. (von der Erstinstanz Bild A) bis Bild D) genannt), verkaufte und zwar Bild A) für Fr. 8'300.00, Bild B) für Fr. 14'500.00, Bild C) für Fr. 16'250.00 und Bild D) für Fr. 5'500.00. Der Gesamtpreis für diese Bilder (und fünf Bilderrahmen) belief sich insgesamt auf Fr. 48'062.00. Im September 2001 teilte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner mit, der Beschwerdegegner habe ihr

die Bilder zu einem stark übersetzten Preis verkauft, und sie wolle dem Beschwerdegegner die Bilder gegen Erstattung des bezahlten Preises zurückgeben. In der darauf angehobenen Klage machte die Beschwerdeführerin insbesondere geltend, zwei Galeristen hätten die von ihr gekauften Bilder begutachtet und seien zum Ergebnis gelangt, dass die Bilder bestenfalls zwischen Fr. 2'000.00 und Fr. 3'000.00 per Stück wert seien. Dementsprechend legte das Bezirksgericht im Beweissatz I 2 des Beweisaufgebesschlusses vom 25. September 2003 (BG act. 33) der Beschwerdeführerin den Hauptbeweis dafür auf, dass die fraglichen Bilder nur je Fr. 2'000.00 bis Fr. 3'000.00 wert seien. Die Beschwerdeführerin bezeichnete in der Beweisantretungsschrift vom 10. Oktober 2003 (BG act. 38) dafür als Zeugen die Galeristen W. und H. Eine Expertise rief die Beschwerdeführerin zu diesem Beweissatz nicht an, obwohl sie in der Replik sich eine solche noch vorbehalten hatte.

Das Bezirksgericht vernahm am 20. Januar 2004 die beiden Zeugen ein (BG Prot. S. 13 bis S. 26). In seinem Urteil vom 11. Mai 2004 nahm das Bezirksgericht an, durch diese Zeugeneinvernahmen sei erstellt, dass der durchschnittliche Marktwert der betreffenden Bilder im Erwerbszeitpunkt Fr. 3'000.00 betrage und dass deshalb die Preise für die Bilder A) bis D) zwischen 83% und 452% betragen hätten und damit übersetzt gewesen seien.

2. Das Obergericht kam zum gegenteiligen Schluss: Zunächst hielt es dafür, dass die beiden Galeristen nicht als Zeugen, sondern als Gutachter hätten einvernommen werden sollen. Zu Gutachtern hätten sie aber wegen Vorbefassung nicht ernannt werden können: Sie waren beide schon vorprozessual für die Beschwerdeführerin als fachkundige Auskunftspersonen tätig gewesen (vorinstanzliches Urteil KG act. 2, Erw. II 4 a - m, S. 12 bis S. 21). Sodann hielt das Obergericht aber auch fest, dass die Aussagen der beiden Zeugen teilweise unklar, unvollständig und widersprüchlich seien. Es kam zum Schluss, die Vorinstanz habe die von ihr abgenommenen Beweise auch unzutreffend gewürdigt. Allein aufgrund der Aussage von W. und H. könne der im Beweissatz Ziff. 2 umschriebene Sachverhalt nicht als erstellt gelten (vorinstanzliches Urteil KG act. 2 Erw. II 4 o bis q und r a.E., S. 21 bis S. 26).

3. Das Obergericht hat somit für den Schluss *"auf die beiden Zeugenaussagen könne nicht abgestellt werden bzw. sie erbrächten den Beweis für einen Marktwert der fraglichen Bilder von durchschnittlich FR. 3'000 pro Bild im Erwerbszeitpunkt nicht"* auf zwei selbstständig tragende Alternativbegründungen abgestellt, die den entsprechenden Schluss je allein tragen und der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde unterliegen. Unter diesen Umständen könnte die Beschwerde nur dann Erfolg haben, wenn jede dieser Begründungen an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Damit auf die Beschwerde eingetreten werden könnte, müssten beide Begründungen angefochten sein. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin jedoch die zweite Argumentation der Vorinstanz, dass nämlich die Zeugenaussagen W. und H. den Beweis für einen Marktwert der fraglichen Bilder inhaltlich nicht erbrächten, gar nicht angefochten. In der Beschwerdeschrift werden entsprechende Rügen zur Beweismündigung nicht erhoben. Unter diesen Umständen ist aber auch auf die Rügen, die die Beschwerdeführerin gegenüber der ersten Begründung erhebt (Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde Abschnitt I. - KG act. 1 S. 3 - 6) nicht einzutreten. Es ist mit andern Worten nicht zu prüfen, ob die Argumentation des Obergerichtes zur Einvernahme als Zeuge oder Sachverständiger und die Frage, was eine Vorbefassung zur Folge hätte, zutrifft oder nicht.

4. Die Beschwerdeführerin rügt weiter Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch nicht vollständige Zeugenbefragung; das Obergericht habe auf S. 23 des Urteils "ganz überraschend" festgestellt, die Zeugeneinvernahmen (richtig: die Zeugenaussagen [KG act. 2 S. 23, 3. Abschnitt a.A.]) seien unvollständig und unklar; dies sei für die Beschwerdeführerin vorher gar nicht ersichtlich gewesen. Das Obergericht hätte der Beschwerdeführerin Gelegenheit geben müssen, die Zeugen erneut auf Ergänzungen hin zu befragen oder das Obergericht hätte dies selbst vornehmen oder damit die Vorinstanz betrauen müssen (KG act. 1 S. 6).

Die Rüge ist unbegründet. Vom Moment an, wo im erstinstanzlichen Verfahren die in der Beweisantragungsschrift von einer Partei benannten Beweismittel abgenommen sind, geht es nur noch um die Beweismündigung, welche das Gericht trifft und die mit dem Schluss endet, dass der Beweis erbracht ist oder eben

nicht. So wenig wie später grundsätzlich neue Beweismittel angerufen werden, besteht ein Anspruch darauf, bereits abgenommene Beweismittel, insbesondere Zeugen weiter befragen zu lassen, wenn dies in der Beweisverhandlung unterlassen wurde.

Sodann trifft es zu, wie der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort geltend macht, dass die Beweiswürdigung des Bezirksgerichts in der Berufungsschrift und in der Berufungsantwortsschrift ausführlich diskutiert wurde. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, sie hätte schon vor Obergericht eine Ergänzung des Beweisverfahrens verlangt, etwa durch Ergänzung der Zeugeneinvernahmen.

Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

5. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das Obergericht hätte, nachdem es zum Schluss gekommen war, die Befragung der Zeugen H. und W. sei unzulässig gewesen bzw. hätte als Expertenbefragung durchgeführt werden müssen, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Vervollständigung ihres Vorbringens und zu Beweisergänzungsanträgen geben müssen. Allfällig hätte das Gericht von Amtes wegen eine Expertise anordnen müssen (KG act. 1 S. 8/9). Auch diese Rüge geht fehl. Das Recht auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit Beweismitteln erschöpft sich darin, im vorgesehenen Moment, nämlich mit der Beweisantretungsschrift, die Beweismittel zu nennen und zwar, entsprechend der Eventualmaxime (§ 138 ZPO). Nachträgliche Nennung von Beweismitteln ist nur unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO möglich (vgl. § 138 ZPO). Dazu genügt es nicht, dass das Gericht ein Beweismittel als unzulässig oder auch nur als nicht beweisbildend ansieht. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor. Einen Anspruch einer Partei darauf, dass das Gericht von Amtes wegen einen Experten bestellt, gibt es ebenfalls nicht. Das Gericht hat die Möglichkeit, aber nicht die Pflicht, von sich aus einen Experten zu bestellen (so der klare Wortlaut von § 142 Abs. 2 ZPO). Unterlässt es dies, ergibt sich daraus kein Nichtigkeitsgrund.

6. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von § 115 Ziff. 2 ZPO dadurch, dass das Obergericht auf S. 25 seines Urteils massgeblich auf eine

Preisliste der Galerie X. in Zürich abgestellt habe, die als Beilage zur Berufungsschrift vom Beschwerdegegner eingereicht worden war (OG act.66/2).

Die Zulässigkeit von OG act. 66/2 war schon vor der Vorinstanz umstritten und wird auch im angefochtenen Urteil auf S. 25 differenziert diskutiert. Das Obergericht nahm an, es treffe zu, dass das fragliche Dokument den Marktwert der fraglichen Bilder im Zeitpunkt des Kaufs nicht beweisen könne. Dagegen könne die Preisliste belegen, dass Graphiken des Künstlers T., jedenfalls in einem konkreten Fall, erstens zu ganz unterschiedlichen und zweitens zu weit höheren als dem von der Vorinstanz angenommenen relevanten Preis von rund FR. 3'000 angepriesen würden. Es kam zum Schluss, die undatierte Preisliste verstärke im Ergebnis doch die Zweifel an der Schlüssigkeit und Vollständigkeit der Aussagen von W. und H. Damit ist das Obergericht in der Würdigung der Preisliste nicht über das hinausgegangen, was das Dokument selbst sagt. Dass die Vorinstanz das Dokument in diesem Rahmen als zusätzliches Indiz verwendet hat, verstösst nicht gegen § 115 Ziff. 2 ZPO. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Heranziehung eines zusätzlichen Indizes dafür, dass ein Beweis gescheitert sei, die beweisbelastete Partei wirklich beschwert, wenn das Gericht (wie hier) den Beweis auch ohne dieses Indiz als nicht geleistet ansieht (vgl. KG act. 2 S. 26, E. II/4/r a.E.), und somit das fragliche Indiz für den fraglichen Beweis keine entscheidende oder mitentscheidende Rolle spielt.

Ein Kassationsgrund liegt nicht vor.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass, soweit überhaupt auf die Beschwerde einzutreten ist, ein Nichtigkeitsgrund nicht nachgewiesen wird. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. §§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'900.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 260.-- Schreibgebühren,  
Fr. 247.-- 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. 2'800.– (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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 47'992.45.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) und das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: