



Kass.-Nr. AA060140/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 4. September 2007

in Sachen

X. AG,

in A.,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B.

gegen

1. **C. D.,** geboren ..., von ...,

Whft. ...,

2. **E. D.,** geboren ..., von ...,

whft. ...,

Kläger, Appellaten und Beschwerdegegner

1-2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. F.

betreffend

Grundbuchberichtigung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juli 2006 (LB050084/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. G. H. (geboren am xx.xx.19xx; verstorben am xx.xx.2xxx) war in I. wohnhaft gewesen. In seiner im Juli 2xxx amtlich eröffneten letztwilligen Verfügung bestimmte er den Kläger K. L. zu seinem Willensvollstrecker; diesem wurde vom Einzelrichter des Bezirkes M. am 15. August 2000 eine entsprechende Bescheinigung ausgestellt (BG act. 3/5 und 3/6).

Die Beklagte X. AG in Volketswil befasst sich gemäss Handelsregisterauszug unter anderem mit der Planung und Realisierung von Bauprojekten. Einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident ist N. O. sen.; weitere Mitglieder des Verwaltungsrates sind dessen Sohn N. O. jun. und P. O. (BG act. 50).

G. H. war Eigentümer von Land in I. und erteilte zusammen mit seiner Frau am 4. Oktober 1996 an N. O. – unter ausdrücklicher Genehmigung der Mehrfachvertretung und Selbstkontrahierung – eine schriftliche Vollmacht mit Substitutionsbefugnis zur Veräusserung der Grundstücke Kat. Nr. XXXX und Kat. Nr. XXXY in der Gemeinde I. , "und zwar zum Preis von Fr. 250/m² (Franken zweihundertfünzig pro Quadratmeter) der Grundstücksfläche gemäss Grundbuchvermessung, zuzüglich Fr. 15'000.– (Franken fünfzehntausend) pauschal für das sog. Stöckli auf einem der erwähnten Grundstücke,... (BG act. 3/3)". Gleichentags beglaubigte die Notar-Stellvertreterin von Q. die Unterschriften der Vollmachtgeber. Am 27. Januar 1997 verkaufte N. O. als Bevollmächtigter das erwähnte Stöckli mit 263 m² Gebäudegrundfläche und Wiesen zum Preis von insgesamt Fr. 15'000.-- an die Beklagte, für welche er ebenfalls zeichnete (BG act. 3/4).

2. Mit Eingabe vom 1. Juni 2001 verlangte der Kläger als Willensvollstrecker im Nachlass von G. H. beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes M., dass er das Grundbuchamt M. anweise, beim Grundstück Neu Sub Grundbuch Ebl. yyyy Sub Kat. Nr. XXXY, das Eigentumsrecht der Erbengemeinschaft G. H., bestehend aus R. H. und S. H., sicherheitshalber als vorläufige Ein-

tragung im Sinne von Art. 961 Ziff. 1 ZGB vorzumerken (BG act. 4/1). Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, N. O. habe die ihm erteilte Verkaufsvollmacht überschritten, da er nur befugt gewesen wäre, den Speicher für pauschal Fr. 15'000.-- sowie (zusätzlich) das Land zum Preis von Fr. 250.-- pro Quadratmeter zu verkaufen, weshalb der Kaufvertrag unverbindlich und rechtmässige Eigentümerin am Stöckli samt 263 m² Land die Erbgemeinschaft G. H. sei. Nach vorsorglicher Anweisung des Grundbuchamtes M. durch Verfügung vom 6. Juni 2001, das verlangte Eigentumsrecht vorläufig einzutragen (BG act. 4/4), bestätigte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes M. nach erfolgter Einsprache die vorläufige Eintragung mit Verfügung vom 21. August 2001; dem Kläger wurde gleichzeitig Frist angesetzt, um eine Klage auf Feststellung des Eigentums/Berichtigung des Grundbuches anhängig zu machen (BG act. 4/10). Die Grundbuchberichtigungsklage wurde am 10. Dezember 2001 beim Bezirksgericht M. anhängig gemacht (BG act. 1 und 2). Mit Urteil vom 4. August 2005 stellte das Bezirksgericht M. in teilweiser Gutheissung der Klage fest, dass der Kaufvertrag vom 27. Januar 1997 zwischen G. H. und der Beklagten über die Liegenschaft sub. Grundbuch Ebl. yyyy sub. Kat.Nr. XXXY in I. , unverbindlich sei und stellte demzufolge fest, dass die Erbgemeinschaft G. H. rechtmässige Eigentümerin am Gebäude Nr. yyy mit 263 m² Land sei; im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. Das Grundbuchamt M. wurde angewiesen, die Mutation gemäss der Grundbuchanmeldung vom 27. Januar 1997 rückgängig zu machen (BG act. 51).

3. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich, mit welcher sie die Abweisung der Grundbuchberichtigungsklage verlangte (OG act. 61). Mit Urteil vom 28. Juli 2006 stellte die II. Zivilkammer des Obergerichts wiederum fest, dass der Kaufvertrag vom 27. Januar 1997 zwischen G. H. und der Beklagten unverbindlich sei und stellte demzufolge fest, dass die Erbgemeinschaft G. H. rechtmässige Eigentümerin am Gebäude Nr. yyy mit 263 m² Gebäudegrundfläche, Hofraum und Garten sei. Weiter wurde das Grundbuchamt M. angewiesen, den Vollzug der Mutation Nr. xxx gemäss Grundbuchanmeldung vom 27. Januar 1997 rückgängig zu machen (OG act. 86 = KG act. 2).

4. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Begehren, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, eventuell sei ein Teil der Urteilsbegründung zuhanden des Bundesgerichts zu streichen, unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (KG act. 1, S. 2). Die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution ging innert Frist ein (KG act. 8). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9). Der Beschwerdegegner liess mit Beschwerdeantwort vom 20. Oktober 2006 die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen (KG act. 10). Die Beschwerdeführerin verzichtete daraufhin auf eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort (KG act. 13). Am 18. Dezember 2006 teilte der Beschwerdegegner unter Einreichung einer Zessionsurkunde (KG act. 16) mit, er habe den Anspruch auf Grundbuchberichtigung an C. D. und E. D. abgetreten und beantragte, es sei vom Parteiwechsel Vormerk zu nehmen (KG act. 14). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2006 remonstrierte die Beschwerdeführerin gegen den Parteiwechsel (KG act. 19), woraufhin die beschwerdegegnerische Partei am 22. Januar 2007 Stellung nahm (KG act. 22) und auf Aufforderung des Kassationsgerichts hin am 1. Februar 2007 den Kaufvertrag über das streitgegenständliche Grundstück einreichte (KG act. 25 und 26). Am 26. Februar 2007 reichte die Beschwerdeführerin wiederum ihre Stellungnahme ein, wonach sie nach wie vor ihre Zustimmung zum Parteiwechsel verweigere (KG act. 32).

II.

Vorerst ist über die Frage der Zulassung des Parteiwechsels auf Seiten des Beschwerdegegners im Kassationsverfahren zu befinden. Wenn eine Partei durch Veräusserung das eingeklagte Recht einbüsst oder von der eingeklagten Verpflichtung befreit wird, ist gemäss § 49 Abs. 1 ZPO der Erwerber berechtigt, in den Prozess einzutreten. Der Kläger und Beschwerdegegner reichte mit Eingabe vom 1. Februar 2007 eine Kopie des Kaufvertrages vom 11. Dezember 2006 zwischen der Erbengemeinschaft G. H., vertreten durch den Willensvollstrecker und den Erwerbenden C. D. und E. D. über das Grundstück Kat. Nr. xxxx (früher offenbar Kat.Nr. yyyy; vgl. KG act. 26, S. 3, Ziff. 6) in der Gemeinde I. ein (KG act. 26). Die

Erwerber erklärten durch ihren Rechtsvertreter bereits mit Eingabe vom 18. Dezember 2006 und unter Beilage einer Zessionsurkunde (KG act. 16), dass der Willensvollstrecker ihnen seinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung abgetreten habe und sie ersuchten um Vormerknahme des Parteiwechsels. Gemäss § 49 Abs. 1 ZPO ist von diesem Parteiwechsel Vormerk zu nehmen, ohne dass die Gegenpartei diesem zustimmen hätte. Die Verweigerung der Zustimmung durch die Beschwerdeführerin (KG act. 19 und 32) bleibt damit unbeachtlich. Daran ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerin nichts, dass aus dem Kaufvertrag hervorgehe, dass der Kläger und frühere Beschwerdegegner K. L. gar nie Träger des eingeklagten Rechts und nie im Grundbuch eingetragen gewesen sei, obwohl er das Recht auf Grundbuchberichtigung im eigenen Namen geltend gemacht habe (KG act. 32, S. 1). K. L. hat klarerweise als Willensvollstrecker – also im Rahmen einer Prozesstandschaft für die Erbengemeinschaft und damit zu Recht im eigenen Namen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 69 zu §§ 27/28 ZPO) – den Prozess betreffend Grundbuchberichtigung anhängig gemacht. Selbst wenn sodann gemäss dem Einwand der Beschwerdeführerin der Anspruch auf Grundbuchberichtigung selbst nicht rechtsverkehrsfähig sein sollte und nicht für sich allein zediert werden könnte (so die Beschwerdeführerin in KG act. 19), wäre mit der Einreichung des Kaufvertrages vom 11. Dezember 2006 (KG act. 26) klar geworden, dass das gesamte Grundstück Kat. Nr. xxxx (vormals yyyy) in der Gemeinde I. an die Eheleute C. und E. D. veräussert worden ist. Schliesslich ist der weitere Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die beiden im Kaufvertrag aufgeführten Verkäufer die Erben der nachverstorbenen Witwe des Erblassers G. H. und beide im Nachlass von G. H. nicht erbberechtigt gewesen seien (KG act. 32), aktenwidrig: Einerseits geht aus dem Erbschein vom 26. September 2000 im Nachlass von G. H. (BG act. 3/6) hervor, dass dieser neben seiner Ehefrau R. H. als gesetzliche Erbin auch S. H. als Erben eingesetzt hat. Andererseits geht aus der Testamentsöffnungsverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes M. vom 6. Februar 2003 (BG act. 18) hervor, dass die am 11. Oktober 2002 verstorbene Ehefrau des Erblassers, R. H., als gesetzliche und eingesetzte Erbin ih-

re Tochter T. U. hinterlassen hat und diese damit im Nachlass von G. H. Erbeserin geworden ist.

III.

1.1 Die Vorinstanz führte vorerst aus, die Bevollmächtigung von N. O. durch G. H. zum Abschluss eines Kaufvertrages über zwei Grundstücke in der Gemeinde I. sei unbestritten; Uneinigkeit bestehe über den sachlichen Umfang der Vollmacht. So behaupte der Kläger, die Vollmacht habe einen Preis von Fr. 15'000.-- für den Speicher festgelegt und einen Quadratmeterpreis von Fr. 250.--, was bei einer Grundstückfläche von 263 m² einen Betrag von Fr. 65'750.-- ergebe, somit hätte der Kaufpreis gesamthaft Fr. 80'750.-- betragen sollen. Die Beklagte behaupte demgegenüber, es sei der wirkliche Wille von G. und R. H. gewesen, dass die Parzelle mit dem Speicher und 263 m² Land für pauschal Fr. 15'000.-- verkauft würden (KG act. 2, S. 6). Weiter erwog das Obergericht, zuerst sei zu klären, ob die Vollmachtgeber und N. O. tatsächlich einen übereinstimmenden wirklichen Willen gehabt hätten und vom selben Umfang der Vollmacht ausgegangen seien, womit die Vollmacht in diesem Umfang gelten würde. Erst wenn kein übereinstimmender Wille festgestellt werden könne, seien die Vollmacht bzw. die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, wie sie nach dem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Zu Recht habe damit die erste Instanz der Beklagten den Hauptbeweis dafür auferlegt, dass am 4. Oktober 1996, als beim Notariat Q. die Vollmacht unterzeichnet wurde, es der Wille von G. H. und N. O. gewesen sei, dass diesem als Bevollmächtigtem die Befugnis erteilt werde, aus dem Grundstück Kat. Nr. yyyy (Eigentümer G. H.) den Speicher Vers. Nr. yyy und 263 m² Land laut Mutationsplan (427) namens von G. H. zum Pauschalpreis von Fr. 15'000.-- an die Beklagte zu verkaufen (KG act. 2, S. 7). Die Beschwerdeführerin habe dazu verschiedene Beweise (Auftragsbestätigung vom 19. September 1996 für Grenzänderung; Zeugen V. und N. O.; Beizug eines Berichtes des Notariats Q.

und vom Notariatsinspektor) offeriert. Die erste Instanz habe den Beweis als gescheitert erachtet: die Aussagen der Notariats-Stellvertreterin V., wonach der in der Vollmacht erwähnte Quadratmeterpreis für die ganze Grundfläche gerechnet sei, das heisse inklusive Gebäudegrundfläche des Stöckli, und die Fr. 15'000.-- ein Pauschalpreis für den Gebäudewert des Stöckli gewesen seien, habe sie zu Recht als glaubwürdig und überzeugend gewertet; demgegenüber habe der Zeuge O. zurückhaltend und ausweichend geantwortet und dessen Aussagen seien nicht geeignet, die Aussagen der Zeugin V. in Frage zu stellen. Auf den Beizug der offerierten Berichte habe die erste Instanz nach der Einvernahme der Zeugin V. zum konkreten Geschehen verzichtet. Sodann habe die erste Instanz die Vollmacht nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt und sei zum Schluss gekommen, schon vom klaren Wortlaut her bleibe kein Spielraum, um in die Vollmacht irgend eine Unklarheit hinein zu interpretieren: in der Vollmacht heisse es ausdrücklich "zuzüglich" zum Quadratmeterpreis sei eine Pauschale von Fr. 15'000.-- zu bezahlen (KG act. 2, S. 7 f.).

1.2 Die Vorinstanz befasste sich sodann mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren und erwog, auch diese führten zu keinem anderen Ergebnis. Sie unterzog die beiden Zeugenaussagen einer erneuten eingehenden Würdigung und kam zum Schluss, selbst wenn auf die Aussagen der Zeugin V. nicht abgestellt werden könnte, wäre der Beweis mit der Aussage des Zeugen O. allein nicht erbracht. Indes sei die Darstellung der Zeugin V. glaubhaft und überzeugend (KG act. 2, S. 10 f.). Auch könnte sie nicht als unglaubhaft bezeichnet werden, weil es nach Darstellung der Beschwerdeführerin jeder Erfahrung im Landhandel widerspreche, dass für fest mit Grund und Boden verankerte Gebäude keine (recte wohl: eine) zusätzliche Entschädigung entrichtet werde: der Zeugin V. sei einerseits das Akzessionsprinzip bekannt gewesen, andererseits schliesse selbst eine entsprechende Erfahrung im Landhandel nicht aus, dass die Eheleute H. für das Stöckli (und nur für dieses) eine zusätzliche Pauschalentschädigung verlangen wollten. Auch die Tatsache, dass die Mutation yyy (Aufteilung in die Kat.Nr. XXXX und XXXY) am 4. Oktober 1996 noch nicht vollzogen gewesen sei, beeinträchtige die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugin V. nicht, da ihr diese Tatsache von den Beteiligten unbestrittenermassen nicht zur Kennt-

nis gebracht worden sei. Die Vorinstanz erwog sodann, der Beizug eines Berichtes des Notariatsinspektors bezüglich dem Sinngehalt des letzten Absatzes von BG act. 3/3 S. 1 könne unterbleiben, da nicht entscheidend sei, welchen Sinngehalt der Notariatsinspektor dem Absatz beimessen würde und ebenso wenig, ob dieser eine andere Formulierung als korrekter erachten würde oder weitere Informationen erfragt hätte (KG act. 2, S. 12).

1.3 Schliesslich befasste sich die Vorinstanz mit dem Vorwurf der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren, das Beweisverfahren vor erster Instanz sei rudimentär ausgefallen bzw. die erste Instanz habe das Auslegungsergebnis selber statt Tatsachenbehauptungen zum Beweis verstellt: sie hätte aber die erheblichen Tatsachen und Umstände, die den tatsächlichen Willen der damals Handelnden zum Ausdruck hätten bringen können, eruieren und den Indizien nachgehen müssen, soweit diese bestritten gewesen seien. Die Beschwerdeführerin berufe sich auf anlässlich der Stellungnahme zum Beweisergebnis neu eingereichte Urkunden und beantrage die Einvernahme von Notar W., Notar-Stellvertreterin V. und von Z. als Zeugen. Hierzu führt die Vorinstanz sodann aus, die mittelbare Beweisführung durch Indizien sei eine Frage der Beweismässigkeit. Die Stelle im Kommentar Frank/Sträuli/Messmer, wonach der Beweisführer in der Beweiseingabe Unterbeweissätze formulieren könne, wobei auch neu indizierende Tatsachen vorgebracht werden könnten, sei insofern potentiell missverständlich, als das Formulieren des Beweisthemas ausschliesslich Sache des Gerichts sei, da nicht zuletzt auch die Gegenpartei wissen müsse, wozu sie (vorsorglich) Gegenbeweismittel nennen solle. Immerhin könne es angezeigt sein, dass der Beweisführer, der zu einem Beweissatz zahlreiche Beweismittel anrufe, dabei präzisiere, welche Aspekte dieses Beweissatzes die einzelnen Beweismittel beweisen sollen; eine solche Präzisierung dürfe aber das Beweisthema nicht ausweiten (KG act. 2, S. 13). Die Vorinstanz erwog weiter, es sei richtig, dass vorliegend der Beweis über den tatsächlichen übereinstimmenden Willen von G. H. und N. O. bei der Vollmachterteilung mit Indizien geführt werden müsse. Damit sei auch ersichtlich, was mit dem Beweissatz der ersten Instanz zum Ausdruck gebracht sein wolle: der Komplex von je einzeln zu beweisenden Sachumständen, aus denen sich nach Auffassung der Beschwerdeführerin der Schluss auf den

wirklichen Willen der Beteiligten ergeben solle. Es wäre daher an der Beschwerdeführerin gelegen gewesen, in ihrer Beweiseingabe ihre Beweismittel zu nennen und gegebenenfalls zu präzisieren, welche Aspekte des Beweisthemas damit bewiesen werden sollten. Soweit sie dies nicht getan habe, habe sie dies selber zu vertreten und könne nicht der ersten Instanz den Vorwurf machen, diese sei den Indizien nicht nachgegangen. Die Anrufung von Beweismitteln erst in der Stellungnahme zum Beweisergebnis und teilweise ergänzende Beweismittel im Berufungsverfahren erfolge verspätet, zumal nicht dargetan oder ersichtlich sei, dass die Voraussetzungen gemäss § 115 ZPO gegeben seien. Weiter hat die Vorinstanz das von der Beschwerdeführerin mit der erstinstanzlichen Stellungnahme zum Beweisergebnis unter Einreichung neuer Urkunden geltend gemachte Novum – es sei offensichtlich, dass die Landabtretung mit der vollen Billigung von G. H. und somit gemäss der Vollmacht erfolgt sei – nicht als neue Tatsachenbehauptung angesehen, sondern als sinngemäss dem Beweisgegenstand entsprechend; die eingereichten Urkunden seien als verspätet eingereichte Beweismittel zu qualifizieren, welche den erforderlichen Beweis (auch nicht in Verbindung mit bereits abgenommenen Beweismitteln) nicht sofort zu erbringen vermöchten, sondern einer Beweiswürdigung bedürften (KG act. 2, S. 14). In der Folge ging die Vorinstanz gleichwohl kurz auf die neu eingereichten Beweismittel ein und erwog, diese vermöchten selbst bei deren Zulassung den geforderten Beweis bezüglich dem wirklichen Willen von G. H. und N. O. nicht zu erbringen (KG act. 2, S. 15 f.). Auch sei die im Berufungsverfahren zusätzlich beantragte Einvernahme von Notar W., Notarstellvertreterin V. und von Z. als Zeugen verspätet erfolgt und Notarstellvertreterin V. sei bereits von der ersten Instanz als Zeugin einvernommen worden. Im weiteren geht die Vorinstanz sodann auf die neu im Berufungsverfahren eingereichten Protokolle der Einvernahmen von Notarstellvertreterin V., von Notar W. und des Zeugen Z. im Strafverfahren ein, kam aber gleichwohl zum Schluss, der Beschwerdeführerin sei der ihr auferlegte Beweis dafür, dass es der Wille von G. H. und N. O. gewesen sei, dass diesem die Befugnis erteilt werde, den Speicher mit 263 m² Land zum Pauschalpreis von Fr. 15'000.-- an die Beschwerdeführerin zu verkaufen, nicht gelungen (KG act. 2, S. 19).

1.4 Schliesslich legte die Vorinstanz die Vollmacht nach dem Vertrauensprinzip aus, das heisst, wie diese nach ihrem Wortlaut und dem Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste. Dabei verwies sie vorerst auf die Begründung der ersten Instanz (KG act. 2, S. 19) und verwarf sodann die Argumentationen der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren. Insbesondere bezeichnete sie den Wortlaut der Vollmacht als klar (KG act. 2, S. 20 f.) und erwog weiter, über das Verhalten der Beteiligten nach Abschluss des Kaufvertrages bestünden keine beweismässig gesicherten Kenntnisse: so sei bestritten, dass der Kaufpreis an G. H. bezahlt worden sei und ebenso wenig sei bezüglich einer behaupteten Vereinbarung betreffend Renovationskosten bekannt. Weiter könnte der Beschwerdeführerin nicht darin zugestimmt werden, soweit sie die kaufmännische Betrachtungsweise der ersten Instanz in Zweifel ziehe: dass "der für dieses Mutationsland bezahlte Preis tatsächlich marktgerecht" gewesen wäre, treffe nicht zu und es sei auch nicht erwiesen, dass G. H. seinen alten Spycher erhalten habe sehen wollen und deshalb einen Vorzugspreis eingeräumt habe (KG act. 2, S. 22).

1.5 Die Vorinstanz schloss sodann, N. O. habe die Vollmacht als Vertreter des Verkäufers überschritten und die erste Instanz habe die sich daraus ergebenden Folgen zutreffend dargetan (unter Verweis auf OG act. 57, S. 13). Der Kaufvertrag sei nicht rechtsgültig zustande gekommen und die Eintragung der Beschwerdeführerin als Eigentümerin von 263 m² Land samt Stöckli sei mangels gültigem Grundgeschäft zu Unrecht erfolgt, was festzustellen sei. Ferner sei das Grundbuchamt M. anzuweisen, den Vollzug der Mutation Nr. yyy gemäss Grundbuchanmeldung vom 27. Januar 1997 rückgängig zu machen (KG act. 2, S. 22 f.).

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt in einem ersten Punkt, die Vorinstanz habe zu verschiedenen wesentlichen streitigen Tatsachen bezüglich dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Eheleute H. bzw. G. H. und N. O. sen. kein Beweisverfahren gemäss §§ 133 und 136 ZPO durchgeführt und damit klares materielles Recht verletzt. Die erste Instanz habe zwar einen Beweisaufgebefbeschluss erlassen, darin jedoch die folgenden erheblichen Tatsachen (unter Hinweis auf die Aktenstellen der Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren) nicht einge-

schlossen: der Erblasser habe noch im Haus gewohnt und die Bauarbeiten verfolgt, welche ab Spätherbst 1996 im Gang gewesen seien; der vereinbarte Kaufpreis von Fr. 15'000.-- sei dem Erblasser abgeliefert worden; es sei eine Beteiligung der Eheleute H. an den Renovationskosten des Stöcklis vereinbart worden; das Stöckli sei zwischenzeitlich wie vom Erblasser gewünscht renoviert worden; der Vollmachtgeber habe darauf vertraut, dass die Beschwerdeführerin die günstig erhaltenen 263 m² nicht als kommerzielles Bauland nutzen, sondern den 'Bauzeugen' erhalten werde, was mit einem Augenschein verifiziert werden könne (KG act. 1, S. 9 f.). Die Vorinstanz habe diese Themen explizit erwähnt und als bestritten bzw. nicht bewiesen angesehen (unter Verweis auf verschiedene Stellen des vorinstanzlichen Entscheides auf den Seiten 21 und 22). Sie habe damit zum Ausdruck gebracht, dass ihre Sachverhaltswürdigung anders hätte ausfallen können, wenn einzelne dieser Umstände oder gar alle im behaupteten Sinne einbezogen worden wären. Es hätte sich damit eine Indizienkette ergeben (Anliegen H.s, den Spycher zu erhalten; Bereitschaft O.s zur Erhaltung des Spychers; Arrondierung X-Land; unterschriftliche Bestätigung des entsprechenden Parzellierungsauftrages durch H. selber; Vollmachtserteilung mit Nennung der Nummern der Mutationsparzellen; sofortiger Baubeginn mit billiger Haltung H.s; Zustimmung zum nachträglichen Baugesuch; Barzahlung des Kaufpreises von Fr. 15'000.-- und Entgegennahme ohne Protest; unterschiedliche m²-Preis-Annahme auch für das Steuerverfahren gleich nach der Veräusserung; Orientierung über Baukostenstand an Treuhänder Z.; Fertigstellung der Renovation). Auch die Vorinstanz anerkenne zwar, dass der "Beweis durch Indizien" zugelassen werden müsse, wenn kein direkter Beweis möglich sei. Das Gericht selber habe sodann zu bestimmen, welche Tatsachen bestritten und zu beweisen sind und darüber ein förmliches Beweisverfahren zu eröffnen. Dieser Pflicht hätten die Vorinstanzen jedoch nicht nachgelebt, indem die erste Instanz nur die Rechtsfrage selber als Beweisthema formuliert habe und die Vorinstanz die detaillierten Beweisofferten im Berufungsverfahren nicht zum Anlass genommen habe, eine entsprechende Beweisverfügung zu treffen oder die Sache zurück zu weisen (KG act. 1, S. 9 - 12).

2.2 Die Vorinstanz führte aus, die erste Instanz habe mit ihrem Beweissatz nicht ein Auslegungsergebnis, sondern zutreffend eine innere Tatsache (Wollen von G. H. und N. O.) zum Beweis verstellt. Der Beweis dafür müsse mit Indizien geführt werden. Dementsprechend sei aber auch ersichtlich, was mit dem Beweissatz zum Ausdruck gebracht werden wolle: der Komplex von je einzeln zu beweisenden Sachumständen, aus denen sich nach Auffassung der Beschwerdeführerin der Schluss auf den wirklichen Willen der Beteiligten bei Abgabe der Erklärung (Vollmachtserteilung) ergeben solle. Es wäre daher an der Beschwerdeführerin gelegen, in ihrer Beweiseingabe ihre Beweismittel zu nennen und gegebenenfalls zu präzisieren, welche Aspekte des Beweisthemas damit bewiesen werden sollten. Soweit sie dies nicht getan habe, habe sie das selber zu vertreten und es könne nicht der ersten Instanz zu Vorwurf gemacht werden, diese sei den Indizien nicht nachgegangen. Die Anrufung entsprechender Beweismittel erst in der Stellungnahme zum Beweisergebnis sowie teilweise ergänzender Beweismittel im Berufungsverfahren sei verspätet und es sei weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern die Voraussetzungen gemäss § 115 ZPO gegeben sein sollten (KG act. 2, S. 14).

2.3 Das Bezirksgericht M. auferlegte der Beschwerdeführerin mit Beweisaufgabebeschluss vom 16. April 2003 den Hauptbeweis dafür, a) dass am 4. Oktober 1996, als beim Notariat Q. die Vollmacht unterzeichnet wurde, es der Wille von G. H. und N. O. gewesen sei, dass diesem als Bevollmächtigtem die Befugnis erteilt werde, aus dem Grundstück Kataster Nr. xxxx (Eigentümer G. H.) den Speicher Versicherungsnummer yyy mit 263 m² Land laut Mutationsplan (Mutationsplan yyy) namens von G. H. zum Pauschalpreis von Fr. 15'000.-- an die Beschwerdeführerin zu verkaufen, und b) dass der Text der Vollmacht vom 4. Oktober 1996 ([BG] act. 3/3) durch das Notariat Q. formuliert worden sei (BG Prot. S. 12). Damit hat die erste Instanz nicht ein Auslegungsergebnis oder eine Rechtsfrage, sondern grundsätzlich Tatsachen zum Beweis verstellt. Allerdings handelt es sich beim Willen der Beteiligten G. H. und N. O. um einen inneren Vorgang, welcher – zumindest beim verstorbenen G. H. – nicht (mehr) direkt nachweisbar ist. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, kann daher ein solcher Beweis indirekt, d.h. über Indizien geleistet werden, also über Tatsachen, die darauf

schliessen lassen, ob sich die unmittelbar rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat oder nicht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 133 ZPO). Ebenfalls führt die Vorinstanz an sich zu Recht aus, es wäre an der Beschwerdeführerin (als beweisbelasteten Partei) gelegen, in ihrer Beweiseingabe ihre Beweismittel zu nennen und gegebenenfalls zu präzisieren, welche Aspekte des Beweisthemas damit bewiesen werden sollten. Die Beschwerdeführerin war nämlich nicht verpflichtet (jedenfalls nicht unaufgefordert), bereits im Hauptverfahren die weiteren möglichen Begleitumstände oder Indizien zu nennen (vgl. dazu Kass.Nr. 117/84, Beschluss i.S. J.M. AG c. T. AG vom 19. Dezember 1984), aus denen sich allenfalls der Rückschluss auf die Absicht von G. H. ziehen liesse und hätte somit noch im Beweisverfahren indizierende Tatsachen nennen und dazu Beweismittel offerieren können. Hat die beweisbelastete Partei allerdings wie vorliegend bereits im Hauptverfahren solche Indizien genannt, hat das Gericht darüber zu entscheiden, ob diese Indizien für die unmittelbar zu beweisende Tatsache von rechtserheblicher Bedeutung sind und gegebenenfalls darüber Beweis zu erheben. Die Vorinstanz hat selbst ausgeführt, dass die Formulierung des Beweisthemas ausschliesslich Sache des Gerichts ist, da nicht zuletzt auch die Gegenpartei wissen muss, wozu sie allenfalls Gegenbeweismittel zu nennen hat (KG act. 2, S. 13). Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt (KG act. 1, S. 12), ist es somit Sache des Gerichts, aus den von den Parteien substantiierten Tatsachen diejenigen zu bezeichnen, die eines Beweises bedürfen, weil sie als rechtserheblich und bestritten angesehen werden. Werden wie hier die bereits im Hauptverfahren genannten Indizien nicht zum Beweis gestellt, kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass diese als nicht rechtserheblich im Hinblick auf die unmittelbar zu beweisende Tatsache angesehen wurden. Solches ist den Erwägungen der Vorinstanz allerdings nicht zu entnehmen. Vielmehr wird angenommen, es sei Sache der Partei selbst, angesichts des Hauptbeweissatzes bei der Nennung der Beweismittel auch jene für ihrer Auffassung nach zu beweisende Sachumstände, aus denen sich der Schluss auf den wirklichen Willen der Beteiligten bei Abgabe der umstrittenen Erklärung ergeben sollte, zu nennen und gegebenenfalls zu präzisieren, welche Aspekte des Beweisthemas damit bewiesen werden sollten (KG

act. 2, S. 14). Das von der Vorinstanz beschriebene Vorgehen birgt viel zu viele Ungewissheiten für die Parteien: so wäre für die Partei, welche den Hauptbeweis zu führen hätte, völlig unklar, ob das Gericht die bereits genannten Sachumstände und allfälligen Indizien allenfalls als rechtlich unerheblich betrachtete und deshalb nicht zum Beweis verstellte, und für die Gegenpartei wäre es praktisch verunmöglicht, in ihrer Beweiseingabe allfällige Gegenbeweismittel zu nennen, wenn sie erst mit dem Beweisabnahmebeschluss erfahren würde, zu welchen weiteren Sachumständen die andere Partei Beweismittel offeriert hat, welche abzunehmen seien. Sind wie vorliegend bereits im Hauptverfahren von den Parteien solche Sachumstände genannt und offenbar auch bestritten worden (vgl. KG act. 2, Erw. 4.3, S. 21), erscheint das oben beschriebene Vorgehen nicht mit § 133 ZPO vereinbar, wonach über erhebliche streitige Tatsachen Beweis zu erheben ist, und auch nicht mit § 136 ZPO, wonach in diesem Fall ein förmliches Beweisverfahren zu eröffnen ist. Es liegt somit eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO vor.

3.1 Weiter erscheint vorliegend auch die Rüge der Beschwerdeführerin berechtigt, wonach die Vorinstanz jedenfalls implizit zum Ausdruck gebracht habe, dass sie wesentliche Umstände, die im Hauptverfahren konkret behauptet worden waren, letztlich als unbeweisbar betrachtet und deshalb auf die Durchführung eines vollständigen Beweisverfahrens verzichtet habe. So sei die Vorinstanz von fehlenden "beweismässig gesicherten Kenntnissen" hinsichtlich des Verhaltens der Beteiligten nach Abschluss des Kaufvertrages ausgegangen und habe eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, ohne der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu eröffnen, ihre Beweisofferten abschliessend zu nennen (KG act. 1, S. 12 f.).

3.2 Im Rahmen der Auslegung der erteilten Vollmacht nach dem Vertrauensprinzip, d.h. wie diese nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste, hat die Vorinstanz angenommen, über das Verhalten der Beteiligten nach Abschluss des Kaufvertrages bestünden keine beweismässig gesicherten Kenntnisse. Es sei bestritten, dass der Kaufpreis an G. H. bezahlt worden sei. Es stehe auch nicht fest, dass eine

Reklamation ausgeblieben sei. Ebenso wenig sei eine behauptete Vereinbarung betreffend Renovationskosten bekannt (KG act. 2, S. 21 f.). Die Vorinstanz ging bezüglich dieser Sachumstände von der Unbewiesenheit aus, ohne dass darüber ein förmliches Beweisverfahren im Sinne von §§ 136 ff. ZPO eröffnet und den Parteien Gelegenheit geboten worden wäre, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Damit hat die Vorinstanz wiederum einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt.

4. Zusammengefasst ist daher das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juli 2006 aufzuheben und zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurück zu weisen.

Bei diesem Ergebnis muss somit nicht weiter auf die Rüge der Beschwerdeführerin eingegangen werden, wonach die Vorinstanz zu Unrecht von der Verspätung ihrer mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis eingereichten Urkunden und Beweismittelbezeichnungen ausgegangen sei (KG act. 1, S. 15), da den Parteien nach Rückweisung des Verfahrens ohnehin Gelegenheit gegeben werden muss, zu erheblichen bestrittenen Tatsachen ihre Beweismittel zu nennen. Auch die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung zu den Urkunden OG act. 49/1-6 (KG act. 1, S. 16) ist nicht weiter zu behandeln, da nach Durchführung des Beweisverfahrens eine neue Beweiswürdigung auf Grund aller abgenommenen Beweise getroffen werden muss.

Soweit die Beschwerdeführerin sodann rügt, das Urteil leide an einer unververtretbaren Auffassung, indem der üblichen Praxis im Grundstückverkehr jegliche Erheblichkeit abgesprochen werde (KG act. 1, Punkt 20, S. 14), kann darauf ohnehin nicht eingetreten werden. Die Rüge, ob bei der normativen Auslegung gemäss Art. 2 ZGB eine solche allfällige Praxis zu beachten wäre, hätte beim Bundesgericht mit eidgenössischer Berufung geltend gemacht werden können und ist somit der Prüfung durch das Kassationsgericht entzogen (§ 285 ZPO).

IV.

Ausgangsgemäss werden die neu in den Prozess eingetretenen Beschwerdegegner im Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO), nachdem deren Rechtsvorgänger die Abweisung der Beschwerde beantragt hatte (KG act. 10, S. 2)

Das Gericht beschliesst:

1. Vom Parteiwechsel auf Seiten des Klägers und Beschwerdegegners wird Vormerk genommen und im Rubrum werden anstelle von K. L., geb. ..., von ..., als Willensvollstrecker im Nachlass von G. H., gestorben am ..., whft. in I., neu als Beschwerdegegner aufgeführt:

*"1. **C. D.**, geboren..., von..., whft. ...,*

*2. **E. D.**, geboren..., von..., whft. ...,"*

1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt F.."

2. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juli 2006 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 559.-- Schreibgebühren,
Fr. 418.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdegegnern auferlegt.

5. Die Beschwerdegegner werden verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
6. 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. 80'750.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht M. (CG010038), sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: