



Kass.-Nr. AA070155/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 8. September 2008

in Sachen

X.,

...

...,

Kläger, Appellat und Beschwerdeführer

vertreten durch ...

gegen

Y.,

...

...,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2007 (LB060127/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer ist Fotograf; die Beschwerdegegnerin ist die deutsche Sektion der internationalen Vereinigung "...". Zwischen 1994 und 1996 wurden 23 grossformatige Portraits sowie sieben Textbilder des Beschwerdeführers zum Thema "Feindbilder/Flüchtlinge in Europa" zu einer Wanderausstellung zusammengefasst, die zunächst in der Schweiz und im benachbarten Ausland (zuletzt im Mai 1996 in Berlin, Palais Podewil) gezeigt wurde; gleichzeitig erschien dazu ein Fotoband. Auf Wunsch der Beschwerdegegnerin überliess ihr der Beschwerdeführer anschliessend an diese Ausstellung die Exponate kostenlos für eine weitere Ausstellung, die zwischen September 1996 und April 1998 in sechzehn deutschen Städten gezeigt wurde. Nach der letzten Station wurden die Exponate vereinbarungsgemäss nach Schlieren überführt und dort im Depot des Beschwerdeführers eingelagert. Nach Darstellung des Beschwerdeführers seien die Exponate (Bilder und Rahmen) dabei schwer beschädigt angekommen.

Mit Klageschrift vom 22. Oktober 2001 machte der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin haftbar für Beschädigungen an Bildern und Rahmen; er verlangte Schadenersatz für Minderwert von Fr. 185'500.--, dazu Fr. 5'130.-- Lagerkosten sowie Fr. 1'769.45 vorprozessuale Anwaltskosten, alles zuzüglich Zins. Nachdem ein erstes, die Klage vollumfänglich gutheissendes Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Juli 2005 auf Berufung der Beschwerdegegnerin hin vom Obergericht mit Beschluss vom 5. April 2006 aufgehoben und die Sache zur formellen Entscheidung über die Unzuständigkeitseinrede an die erste Instanz zurückgewiesen worden war, wies das Bezirksgericht Zürich diese Einrede mit Beschluss vom 21. Juni 2006 ab und verpflichtete mit Urteil vom 31. Oktober 2006 in Gutheissung der Klage die Beschwerdegegnerin erneut, dem Beschwerdeführer insgesamt Fr. 192'399.45 nebst Zins zu bezahlen. Dagegen appellierte die Beschwerdegegnerin wiederum an das Obergericht. Dieses verpflichtete die Beschwerdegegnerin mit Urteil vom 4. September 2007, dem Beschwerdeführer

Fr. 33'021.45 nebst Zins zu bezahlen; im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren wurden zu 5/6 dem Beschwerdeführer und zu 1/6 der Beschwerdegegnerin auferlegt, und der Beschwerdeführer wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Verfahren in beiden Instanzen eine Prozessentschädigung von Fr. 25'000.-- zu bezahlen (KG act. 2).

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, es seien Disp.-Ziff. 1, 4 und 5 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei im Sinne der ersten Instanz, d.h. durch vollumfängliche Gutheissung der Klage, zu entscheiden; eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 11); die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9).

3. Der Nichtigkeitsbeschwerde wurde hinsichtlich der Regelung der Nebenfolgen aufschiebende Wirkung verliehen.

II.

1. Soweit die Beschwerdegegnerin einleitend (KG act. 11 S. 3, Ziff. 1) geltend macht, die Beschwerde sei unzulässig, trifft dies nicht zu. Eine andere Frage ist es, ob im Lichte der den Beschwerdeführer treffenden Substanziierungslast (§ 288 Ziff. 3 ZPO) auf die einzelnen Rügen materiell eingetreten werden kann, was die Beschwerdegegnerin bestreitet. Darauf ist, soweit erforderlich, im Rahmen der Behandlung der einzelnen Rügen einzugehen.

2. Nachdem das Obergericht – in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht – zur Auffassung gelangte, das in Frage stehende Rechtsverhältnis beurteile sich nach schweizerischem Recht, und zwar nach den Bestimmungen über die Leihe gemäss Art. 305 ff. OR (Urteil S. 5 ff.), womit die Beschwerdegegnerin grundsätzlich für als Folge einer Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht eingetretene Schäden bei den Exponaten hafte, prüfte es anhand des von der ersten Instanz durchgeführten

Beweisverfahrens Fragen des Zustandes der Bilder, der Verursachung und des Verschuldens sowie der Schadenshöhe (Urteil S. 11 ff.). In diesem Zusammenhang erhebt der Beschwerdeführer verschiedene Rügen.

3. Die erste Rüge bezieht sich auf Feststellungen der Vorinstanz zum *Entstehungszeitraum der Schäden und die pauschale Zuordnung der Hälfte des Schadens an den Beschwerdeführer wegen angeblich vorbestandener Schäden* (Beschwerde Ziff. 1., S. 9 ff.).

3.1 Das Obergericht hat im hier interessierenden Zusammenhang zunächst festgestellt (Urteil S. 17):

"Alles in Allem ergibt sich ein differenzierendes, teilweise unscharfes Bild. Im Vordergrund steht das Problem, dass offenkundig verschiedene Betrachter verschiedene Optiken anwenden. Am Deutlichsten zeigt sich das bei der Verschmutzung durch Staub und den Blasen in den Bildern, was der gerichtliche Experte als erhebliche Probleme bewertet: die Staubschicht auf den Bildern hat sich mit Sicherheit nicht während der Lagerung in den Transportkisten seit dem April 1998 abgelagert, sondern während der Ausstellungen, und zwar vor und nach 'Berlin'. Gleichwohl hat damals niemand ein Wort verloren. (...) Auch die Blasen (...) sind dem Referenten des Gerichts entgangen. Von daher sind die unterschiedlichen Bewertungen, zwischen simplen 'ok' und 'Totalschaden' nicht mehr völlig unerklärlich."

In der Folge gelangt das Obergericht zu folgender Beurteilung (Urteil S. 18):

"Tatsächlich lässt sich nach dem Beweisverfahren nicht einzeln zuordnen, welche Kratzer oder welche Fingerabdrücke konkret noch vor der Übergabe an die Beklagte entstanden, und welche in der Zeit danach. Andererseits steht nach der Überzeugung des Gerichtes fest, dass während der langen Tournee der Beklagten, während der die Bilder sechzehn Mal von Nicht-Fachleuten eingepackt, transportiert und wieder aufgestellt wurden, Schäden entstanden. Unter diesen Umständen wäre es offenbar unbillig, das Prinzip der Beweislast so streng zu handhaben, dass überhaupt keine Schäden der Zeit zugeordnet würden, in welcher die Beklagte für die Bilder verantwortlich war. Immerhin bleibt es dabei, dass der Kläger die Beweislast trägt, und dass er es selber zu verantworten hat, dass vor der Übergabe an die Beklagte kein detailliertes Zustandsprotokoll aufgenommen wurde. Auch wenn die schriftlichen Stellungnahmen und die Aussagen des Zeugen Sch. für einen weitgehend guten Zustand sprechen, muss sich die verbleibende Unsicherheit zum grössten Teil zu Lasten des Klägers auswirken. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung erscheint es angemessen, von den heute bestehenden Mängeln pauschal die Hälfte der Zeit zuzuordnen, während der die Exponate auf der Tournee der Beklagten unterwegs waren".

3.2 Diese Feststellungen sind nach Ansicht des Beschwerdeführers falsch und führen in ihren Schlussfolgerungen zu einem unhaltbaren Ergebnis.

a) Hinsichtlich des *Zeitpunktes der Schädigungen* (bzw. deren Entstehung) verweist der Beschwerdeführer zunächst (Beschwerde Ziff. 1.2.2, S. 10 f.) auf die Feststellung im angefochtenen Urteil (S. 14), wonach davon auszugehen sei, dass sich die Bilder beim Augenschein durch das Bezirksgericht in dem Zustand befanden, in welchem sie durch die Beschwerdegegnerin nach Zürich (Schlieren) zurück speditiert worden waren. Damit stehe fest, dass eine Schädigung durch den Beschwerdeführer oder Dritte erst *nach* Rücksendung der Exponate durch die Beschwerdegegnerin nicht in Betracht falle.

"Nach vorne" (auf der Zeitachse), so der Beschwerdeführer weiter (Beschwerde Ziff. 1.2.3), halte ein Protokoll den Zustand der Bilder fest, nämlich das vom Obergericht (Urteil S. 14) erwähnte "Inventar der Ausstellung Feindbilder nach Podewil", aufgesetzt und unterschrieben am 15. Mai 1996 vom Beschwerdeführer und Sch. als Leiter der Berliner Kulturveranstaltungs-GmbH bzw. des Kulturzentrums Podewil (BG act. 3/7). Insofern existiere entgegen der Darstellung des Obergerichts durchaus ein detailliertes Zustandprotokoll, welches – genau wie die Aussagen des Zeugen Sch. – zweifelsfrei belege, dass sich die Exponate vor Übergabe an die Beschwerdegegnerin abgesehen von geringfügigen Spuren an drei Bildern und Rahmen in einem einwandfreien Zustand befanden. Dass es sich nicht um eine Übergabeprotokoll zwischen den Parteien handle, könne keine Rolle spielen. Es habe denn auch gerade wegen des Vorliegens des genannten Inventars aus Sicht des Beschwerdeführers keine Notwendigkeit mehr bestanden, nochmals ein Protokoll aufzusetzen; vielmehr wäre es in dieser Situation nach der allgemeinen Lebenserfahrung an der Beschwerdegegnerin gelegen, zur Absicherung ein solches zu verlangen, was im übrigen auch den Gepflogenheiten im Ausstellungswesen entspreche. Weiter sei festzuhalten, dass das vorliegende Zustandsprotokoll vom Beschwerdeführer und einem Kunstsachverständigen unterzeichnet wurde. Dabei habe der Beschwerdeführer keinerlei Interesse an einer Schönung gehabt, sondern hätte ganz im Gegenteil den Aussteller in die Pflicht genommen, wenn ein Bild beschädigt gewesen wäre (wie dies nach der Ausstel-

lung im Stadthaus Zürich zuvor bereits einmal der Fall gewesen sei). Den Einschätzungen des Kunstsachverständigen Sch. messe auch das Obergericht "durchaus Gewicht" bei (Urteil S. 17 unten), und es anerkenne auch, dass das Protokoll den Zustand der Bilder vor deren Übergabe an die Beschwerdegegnerin korrekt wiedergebe (Urteil S. 18).

Aus dem Gesagten folge, so der Beschwerdeführer, dass rechtsgenügend bewiesen sei, dass sich die Bilder vor Übergabe an die Beschwerdegegnerin in einem tadellosen Zustand befanden, d.h. unbeschädigt waren. Damit sei gleichzeitig erstellt, dass die vom Bezirksgericht anlässlich des Augenscheins festgestellten, massivsten Beschädigungen der Bilder zu der Zeit entstanden sein müssten, als die Beschwerdegegnerin sie in ihrer Obhut hatte. Bestätigt werde dies durch die Korrespondenz der Parteien, in der die Beschädigung der Exponate während der Wanderausstellung von der Beschwerdegegnerin selbst mehrfach erwähnt bzw. anerkannt werde, worauf auch das Obergericht Bezug nehme (Urteil S. 15/16).

b) Der Beschwerdeführer nimmt weiter Bezug auf die Ausführungen der Vorinstanz betreffend gutachterlich festgestellte *Verschmutzung der Bilder durch Staub und Blasen* (Beschwerde Ziff. 1.3, S. 13 ff.). Das Obergericht gehe dabei zu Unrecht davon aus, dass der Experte Urs Stahel in diesem Zusammenhang von "erheblichen Problemen" und davon gesprochen habe, dass es sich um vorbestehende Schäden handle. In Wirklichkeit habe zum Thema Staub einzig das vom Experten beigezogene Atelier für Foto-Restaurierung festgehalten, dass eine komplette Oberflächenreinigung den Fotografien auch gut tun würde, denn Staub könne Verschmutzungen binden und insofern über kurz oder lang weitere Schäden hervorrufen. Der Experte selber äussere sich zum Thema Staub überhaupt nicht. Insgesamt deckten sich die Feststellungen des Obergerichts zu diesem Punkt weder mit dem vermeintlich zitierten Gutachten noch mit irgendeiner anderen Prozessakte.

Auch hinsichtlich der festgestellten Blasen gehe – so der Beschwerdeführer (Beschwerde Ziff. 1.3.3, S. 14 ff.) – die Vorinstanz von unzutreffenden Annahmen aus. So spreche der Gutachter nur von vereinzelt bzw. wenigen (konkret drei)

Blasen, welche zudem für den vorliegenden Schadenfall unerheblich seien. Insofern bestehe keinerlei Unsicherheit, die das im übrigen eindeutige Beweisergebnis erschüttern und eine Zuordnung eines Teils des Schadens auf den Beschwerdeführer rechtfertigen könnte, zumal nicht in diesem Ausmass. Nachdem der Beschwerdeführer lediglich den Gegenwert von 23 (von insgesamt 30) Bildern eingeklagt und überdies nach der Feststellung, dass insgesamt 29 Bilder beschädigt seien, auf eine Klageerhöhung verzichtet habe, tangiere auch eine Zuordnung von drei durch Blasen beschädigten Bilder an den Beschwerdeführer die eingeklagte Forderung nicht. Zudem dürften auch die Blasen auf Eingriffe der Beschwerdegegnerin zurückzuführen sein, nachdem das erwähnte Atelier für Foto-Restaurierung davon ausgehe, dass die gefundenen Blasen und Rümpfe durch "späteres Niederlegen" durch die Beschwerdegegnerin entstanden seien, was in Übereinstimmung mit der Korrespondenz der Parteien stehe.

c) Zusammenfassend ergebe sich (Beschwerde Ziff. 1.4), dass der Beschwerdeführer den rechtsgenügenden Beweis dafür erbracht habe, dass die beim Augenschein und durch den Experten festgestellten Schäden in dem Zeitraum entstanden sein müssten, in dem die Beschwerdegegnerin die Exponate in ihrer Obhut hatte. Diesbezüglich bestehe aufgrund der Akten keine Unsicherheit, und es könne auch keine Rede davon sein, dass das Beweisverfahren aufgrund verschiedener Optiken ein "unscharfes Bild" ergebe. Vielmehr seien gestützt auf die vorliegenden Urkunden und Zeugenaussagen die festgestellten Schäden vollumfänglich der Beschwerdegegnerin zuzuordnen; die hälftige Zuordnung des Schadens gründe damit auf einer falschen Sachverhaltsannahme bzw. unrichtigen Würdigung der vorliegenden Beweise (Beschwerde S. 18 vor Ziff. 1.5). Konkret sei damit der Nichtigkeitsgrund der willkürlichen wie auch derjenigen der aktenwidrigen tatsächlichen Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO erfüllt. Überdies verletze die Vorinstanz den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 148 ZPO, indem sie das bei den Akten liegende Zustandsprotokoll nicht in die Beweiswürdigung einbeziehe und auf einem von der Beschwerdegegnerin unterzeichneten Protokoll beharre; insoweit liege auch der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO vor (Beschwerde Ziff. 1.5, S. 18 ff.).

3.3a) Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung rügt, wie er in § 148 ZPO statuiert wird, ist die Rüge unbegründet. Dieser Grundsatz, der bundesrechtlich nur in besonderen, hier nicht interessierenden Verfahren niedergelegt ist (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 148 N 3), besagt, dass das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise aufgrund seiner frei gebildeten Überzeugung darüber befindet, ob der Beweis geleistet oder gescheitert ist (MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 321). Verletzt ist der Grundsatz etwa dann, wenn der Richter stattdessen nach starren, nicht auf den konkreten Fall bezogenen Beweisregeln entscheidet, es sei denn, das Gesetz selbst stelle solche Beweisregeln auf (GULDENER, a.a.O., S. 323 f.).

Im vorliegenden Fall hat das Obergericht zwar den Umstand, dass vor der Übergabe der Exponate an die Beschwerdegegnerin kein detailliertes Zustandsprotokoll mit dieser aufgenommen wurde, zulasten des Beschwerdeführers gewürdigt. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, das Obergericht habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass generell nur ein solches, zwischen den Parteien aufgenommenes Protokoll Beweis bildend sein könne, wogegen dem vorliegenden Inventar vom 15. Mai 1996 von vornherein kein Beweiswert zukomme. Dies ergibt sich schon daraus, dass das Obergericht an dieser wie auch an anderer Stelle (Urteil S. 14) ausdrücklich auch auf dieses Inventar Bezug nimmt und es in die Beweiswürdigung einbezieht. Eine Verletzung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung liegt damit nicht vor. Somit kann sich allein fragen, ob das Obergericht bei der Beweiswürdigung in Willkür verfallen ist.

b) Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt 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).

Konkret geht es vorliegend darum, ob dem Beschwerdeführer der Nachweis dafür gelungen ist, dass die Exponate im Zeitpunkt der Übernahme durch die Beschwerdegegnerin – also nach Beendigung der ersten Tournee – mängelfrei waren, was bedeuten würde, dass die Entstehung der festgestellten Mängel in denjenigen Zeitraum fiel, in welchem sich die Exponate im Verantwortungsbereich der Beschwerdegegnerin befanden. Die Vorinstanz gelangte aufgrund der ihr vorliegenden Beweise zum Schluss (Urteil S. 18) , dass, nachdem während der langen Tournee die Exponate sechzehn Mal von Nicht-Fachleuten ein- und wieder ausgepackt wurden, Schäden entstanden seien; gleichzeitig müsse aber davon ausgegangen werden, dass die Exponate auch schon anlässlich der vorangehenden Wanderausstellung Schaden genommen hätten. Wenn die Vorinstanz im Rahmen ihrer Beweiswürdigung daher pauschal (lediglich) die Hälfte der schliesslich festgestellten Schäden dem Zeitraum zuordnete, in welchem sich die Exponate auf der Tournee der Beschwerdegegnerin befanden, ist sie nicht in Willkür verfallen. Zu beachten ist dabei, dass das Gericht auf die (mündlichen und schriftlichen) Äusserungen des Zeugen Sch. Bezug nimmt, welche zwar für einen "weitgehend guten Zustand" (im Zeitpunkt der Übernahme) sprächen, gleichwohl aber von einer "verbleibenden Unsicherheit" ausgingen. Diese Unsicherheit fusst darauf, dass im Zeitpunkt der Übergabe der Exponate an die Beschwerdegegnerin kein detailliertes Zustandsprotokoll aufgenommen wurde, was zutrifft. Namentlich ist es vertretbar, wenn die Vorinstanz dem Inventar vom 15. Mai 1996 nicht die gleiche Bedeutung beimisst wie der Beschwerdeführer; auch wenn dort 24 der 30 Objekte als "ok" bezeichnet worden seien, brauche dies nicht zu bedeuten, dass alle Objekte frei von irgendwelchen Gebrauchsspuren gewesen seien. So habe der Beschwerdeführer auch anlässlich des Augenscheins im Lager in Schlieren zahlreiche Exponate als "in Ordnung" bezeichnet, welche sich dann effektiv als mehr oder weniger beschädigt erwiesen. Zudem sei die Ausstellung nach eigener Darstellung des Beschwerdeführers vor Beginn der zweiten Tournee an verschiedenen Orten im deutschsprachigen Raum gezeigt worden, und dass immerhin 24 von 30 Bildern dies ohne jeden auch nur kleinsten Schaden überstanden hätten, sei schwer zu glauben. Für den Standpunkt der Beschwerdegegnerin sprächen zudem die vom Beschwerdeführer unterzeichneten Angaben im "Inventar",

wonach sechs Objekte immerhin "leichte" Fingerabdrücke, Schmutzspuren und Beschädigungen aufwiesen (Urteil S. 14).

Insgesamt erweist es sich als jedenfalls vertretbar, wenn die Vorinstanz davon ausging, die Exponate hätten bereits im Zeitpunkt der Übergabe an die Beschwerdegegnerin gewisse Schäden aufgewiesen, wobei sie den Anteil an den Schäden der Exponate nach Rückgabe durch die Beschwerdegegnerin zwischen den Parteien hälftig verteilte. Die Rüge ist unbegründet

4.1 Im Zusammenhang mit der Bemessung des Schadenersatzes hat die Vorinstanz erwogen, der festgestellte Schaden an den Exponaten sei unter dem Titel vorbestandene Schäden (wie vorstehend ausgeführt) zunächst auf die Hälfte zu reduzieren; darüber hinaus habe der Beschwerdeführer die Beschädigungen der Rahmen, welche von den Transportkisten herrührten, selber zu vertreten, und die Bestimmung der Bilder für eine Tournee über 16 Stationen bei gleichzeitiger besonderer Empfindlichkeit müsse ebenfalls bei der Höhe des Ersatzes bedacht werden. Alles in allem sei es angemessen, dem Beschwerdeführer vom Schaden (der sich gemäss vorinstanzlicher Berechnung insgesamt auf Fr. 73'000.-- beläuft) 40%, d.h. Fr. 29'200.--, zuzusprechen (Urteil S. 28, Ziff. 6.5).

4.2a) Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend (Beschwerde Ziff. 2, S. 20 ff., insbes. S. 24), es widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, die festgestellten Schäden als letztlich bei einer Wanderausstellung in Kauf zu nehmende Abnutzungserscheinungen bzw. als Folge der besonderen Empfindlichkeit der Exponate zu würdigen. Die Feststellungen der Vorinstanz verletzen überdies erneut das in § 148 ZPO festgehaltene Gebot der freien Beweiswürdigung und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz. Überdies handle es sich um eine unvertretbare und damit willkürliche bzw. aktenwidrige Würdigung der Akten.

b) Es wurde bereits ausgeführt, dass die Vorinstanz den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nicht verletzt hat, zumal sie sich auch im vorliegenden Zusammenhang nicht auf formelle Beweisregeln abgestützt hat. Ferner ist auf die Rüge, die angefochtenen Feststellungen verstießen gegen die allgemeine

Lebenserfahrung, im Hinblick auf § 285 ZPO nicht einzutreten, überprüft doch das Bundesgericht (auch) im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG solche Erfahrungssätze, die gewissermassen die Funktion von Normen haben, frei (BGE 126 III 10; vgl. jetzt BSK BGG-SCHOTT Art. 95 N 30 und Kass.-Nr. AA070061 v. 12. Februar 2008 i.S. L. AG, Erw. II.4.2 m.H.).

Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang (Beschwerde S. 25) verschiedene Umstände (z.B. die Tatsache, dass er in der ganzen Angelegenheit uneigennützig gehandelt habe) nennt, welche die Vorinstanz zu Unrecht bei der Schadensaufteilung unberücksichtigt gelassen habe, so handelt es sich dabei der Sache nach nicht um eine Kritik an der Sachverhaltsermittlung, sondern an der rechtlichen Würdigung. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO). Erst recht gilt dies, soweit der Beschwerdeführer ausdrücklich eine Verletzung klaren materiellen Rechts (etwa Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3, Art. 306 Abs. 1 und 3 OR) rügt (Beschwerde S. 26 f.).

5.1 Der Beschwerdeführer beanstandet weiter die Bewertung der Exponate durch die Vorinstanz (Ziff. 3 der Beschwerde, S. 27 ff.). Diesbezüglich – der Beschwerdeführer hatte den Marktwert der Exponate mit Fr. 8'000.-- pro Bild beziffert – erwog das Obergericht (Urteil Ziff. II.6, S. 21 ff.), die Bilder des Beschwerdeführers hätten keinen festen Preis; streng genommen liessen sich weder der Marktwert, die Kosten einer Restaurierung noch die Kosten der Herstellung von Ersatzstücken ziffernmässig genau beweisen; vielmehr müsse der Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden, wofür freilich die Beweiserhebungen wesentliche Anhaltspunkte liefern könnten und müssten.

Im Folgenden würdigt das Obergericht die Aussagen der als Zeugin befragten Pariser Galeristin W., nach deren Aussagen die Bilder einen Marktwert von Fr. 8'000.-- gehabt hätten. Das Obergericht hielt – entgegen der ersten Instanz – diese Schätzung jedoch für kaum realistisch; die "offenbare Begeisterung der Galeristin für die Werke des Klägers und der Umstand, dass eines der Bilder für Fr. 8'000.-- verkauft wurde", reiche nicht aus zum Beweis dafür, dass auch andere, geschweige denn alle Bilder zu diesem Preis hätten verkauft werden können. Dass die Galeristin ohne weiteres die Portraits und die Textbilder gleichsetze,

müsse stutzig machen; es sei mindestens möglich, dass bei ihrer Preisangabe mehr oder weniger auch der Wunsch (nach einem schönen Verkaufserfolg) der Vater des Gedankens (Marktwert von Fr. 8'000.--) gewesen sei. Bei laienhafter Betrachtung sei der eigenständige Wert eines Textbildes für einen Interessenten schwer zu sehen. Gewiss seien auch die Textbilder handwerklich einwandfrei hergestellte Fotografien, geschickt angeordnet und aufwändig gerahmt; offenkundig scheine aber, dass diese Texte weniger für sich allein als im Zusammenhang mit den eindrücklichen Portraits diverser Flüchtlinge auf den Betrachter wirkten. Es komme hinzu, dass auch die Portrait-Bilder als Ensemble wohl wesentlich stärker seien als je einzeln. Weder trete aber der Beschwerdeführer den Beweis an, noch ergäben sich Hinweise aus den Akten und aus dem Beweisverfahren, dass die Serie als Ganzes hätte verkauft werden können (Urteil S. 22).

Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen gelangt das Obergericht zum Schluss, ein eigentlicher Marktwert der Bilder lasse sich nicht feststellen und es *komme* angesichts der Tatsache, dass es sich gemäss eigenen Angaben des Beschwerdeführers selbst nicht um unersetzliche Unikate handle, *auf einen solchen auch gar nicht an* (Urteil S. 23; Hervorhebung durch Kassationsgericht). Massgeblicher Ausgangspunkt für die Berechnung des Schadenersatzes seien unter diesen Umständen vielmehr die Kosten für den Ersatz der Sache, allenfalls die Reparaturkosten (Urteil S. 24 ff.).

5.2 Nach Auffassung des Beschwerdeführers habe das Beweisverfahren demgegenüber den geltend gemachten Marktwert von Fr. 8'000.-- pro Fotografie einwandfrei bestätigt (Beschwerde S. 29). Die zu einem davon abweichenden Ergebnis führende Würdigung der Beweise sei von der Vorinstanz willkürlich vorgenommen worden; zudem liege Aktenwidrigkeit vor.

Nachdem, wie oben gezeigt, das Obergericht davon ausgeht, unter den gegebenen Umständen komme es von vornherein gar nicht auf den Marktwert der Bilder an, kann auf die Rüge, dieser sei willkürlich und unter Verletzung von Verfahrensgrundsätzen festgestellt worden, nicht einzutreten. Denn wenn der Marktwert nach Auffassung der Vorinstanz in der hier gegebenen Konstellation nicht mass-

geblich ist und stattdessen auf andere Kriterien abgestellt wird, ist der Beschwerdeführer insofern durch einen allfälligen Mangel nicht beschwert. Ob aber die Auffassung, dass es nicht auf den Marktwert ankommt, zutrifft, ist eine Rechtsfrage, auf welche im Hinblick auf § 285 ZPO nicht eingetreten werden kann (dazu auch nachfolgend Ziff. 6b).

5.3 Im Übrigen wäre die Rüge, der Marktwert sei von der Vorinstanz unter Setzung von Nichtigkeitsgründen eruiert worden, auch materiell unbegründet:

a) Zur Begründung der Rüge weist der Beschwerdeführer zunächst darauf hin, dass es sich bei ihm um einen international bekannten und anerkannten Werbefotografen handle, der dabei sei, sich auch im Kunstbereich einen Namen zu schaffen. Weiter versuche die Vorinstanz, die Aussagen der Zeugin W. herabzuwürdigen und entwürdige damit deren Kompetenz in unerträglicher Art und Weise. Diese führe nicht nur eine renommierte Galerie für Fotografie in Paris, sie werde auch vom französischen Kulturministerium als Autorität im Bereich Fotografie und ihrer Restaurierung geschätzt und zugezogen. Die Würdigung deren Aussagen durch die Vorinstanz sei unqualifiziert und nicht geeignet, einen Zweifel zu begründen.

Ebenso unqualifiziert seien – so der Beschwerdeführer weiter – die Feststellungen der Vorinstanz mit Bezug auf den angeblich minderen Wert der Textbilder sowie der Eindruck, wonach die Exponate nur im Ensemble zum fraglichen Preis zu verkaufen seien. Das Obergericht sei nicht fachkompetent, darüber zu entscheiden; diese Fragen könnten nur aufgrund von Fachwissen beurteilt werden. Es bestehe deshalb keine Veranlassung, von den Aussagen der Galeristin als Expertin abzuweichen, zumal auch der vom Gericht beigezogene Experte keinen Unterschied zwischen den Bildern mache.

b) Bei der Bestimmung des Marktwertes einer beschädigten und zu ersetzenden Sache (bei der es sich um eine Tatfrage handelt, vgl. BGE 102 II 10), die keinen festen Preis kennt, kommt dem Richter ein weites Ermessen zu. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Galeristin W. formell nicht als Sachverständige, sondern als Zeugin befragt worden war (BG act.

139/1), wobei sich materiell ihre Stellung wohl derjenigen einer sachverständigen Zeugin (§ 165 Ziff. 3 ZPO) näherte. So oder anders war die Vorinstanz indessen nicht gehalten, deren Aussagen zum Marktwert der Exponate unbesehen als richtig hinzunehmen; auch gegenüber dem Sachverständigengutachten hat der Richter die Pflicht zur (kritischen) Würdigung, und er darf von den Folgerungen des Gutachters abweichen, sofern er triftige Gründe dafür hat (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 181 N 5 ff.; vgl. ZR 88 Nr. 5, 91/92 Nr. 58 Erw. 4a/aa m.H.).

Die Vorinstanz hat mit nachvollziehbarer Begründung dargelegt, weshalb sie den Aussagen der Zeugin W. nicht folgte; es kann zumindest nicht gesagt werden, dass sie damit in Willkür verfiel. Erst recht durfte sie auch deshalb von einem tieferen Marktwert ausgehen, weil – worauf die Vorinstanz ausdrücklich Bezug nimmt – der Beschwerdeführer selbst den Wert der ganzen Serie noch im Mai 1996 mit Fr. 150'000.--, also mit Fr. 5'000.-- je Stück beziffert hatte.

c) Unbegründet ist in diesem Zusammenhang auch die weitere Rüge (Ziff. 3.3.2.3, Beschwerde S. 30 f.), das Obergericht stütze sich für die Feststellung, wonach die Bilder keinen festen Preis hätten, zu Unrecht auf die Aussagen des Experten Urs Stahel. Abgesehen davon, dass der Experte an der hier angesprochenen Stelle (Urteil S. 23 oben) von der Vorinstanz nicht so zitiert wird, hält das Obergericht gestützt auf dessen Feststellungen jedenfalls fest, die "ganz allgemeine Grössenordnung von Fr. 5'000.-- bis Fr. 10'000.-- für Bilder der heute streitigen Art" sage über den konkreten Marktwert von Werken des Beschwerdeführers wenig bis nichts aus, da der Experte keine konkreten Preise für diese Werke kenne. Diese Feststellung steht durchaus im Einklang mit der Feststellung in der Expertise Stahel, wonach es (mangels Einspielung eines Marktes) noch nicht möglich sei, eine genaue Angabe zum Marktwert dieser Werke zu geben (BG act. 160, S. 2 Ziff. 4).

5.4 Von vornherein nicht einzutreten ist in diesem Zusammenhang auf die ebenfalls erhobenen Rügen der Verletzung von Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 OR (§ 285 ZPO).

6. Zu den unter Ziff. 4 (Beschwerde S. 33 ff.) erhobenen Rügen, die sich thematisch teilweise mit den vorstehend behandelten Rügen überschneiden, ist folgendes festzuhalten:

a) Zunächst ist es irreführend, wenn der Beschwerdeführer davon ausgeht (Beschwerde Ziff. 4.2.2), es werde vom Obergericht "anerkannt", dass die Exponate nach Beendigung der Wanderausstellung in der Galerie W. in Paris hätten verkauft werden sollen, was durch den Schadenfall verunmöglicht worden sei, und ebenso werde "anerkannt", dass von jedem Bild drei Abzüge zu einem gestaffelten Verkaufspreis von Fr. 8'000.--, 9'000.-- bzw. 10'000.-- pro Objekt zum Verkauf gestanden wären. Das Obergericht hat in diesem Zusammenhang lediglich die Sachdarstellung der Zeugin W. wiedergegeben, ohne sich dazu zu äussern, ob es diese in allen Teilen als zutreffend erachte oder nicht. Von einer "Anerkennung" kann nicht gesprochen werden.

b) Nach Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde Ziff. 4.4.1) ist die Frage, welcher Schaden entstanden ist, Tatfrage und unterliegt damit der Überprüfung des Kassationsgerichts. Diese Betrachtungsweise gibt die Rechtslage etwas verkürzt wieder. Richtig ist, dass Bestand und Höhe des Schadens Tatfragen beschlagen, über die der kantonale Sachrichter grundsätzlich abschliessend befindet. Das Bundesgericht prüft hingegen (frei), ob der kantonale Richter den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder gegen Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verstossen hat (BGE 122 III 219 E. 3b, 128 III 271 E. 2b; vgl. auch ZR 105 Nr. 34 Erw. II.10a).

c) Soweit der Beschwerdeführer auf den Marktwert der Exponate Bezug nimmt (Beschwerde S. 35 oben) und überdies geltend macht (Beschwerde Ziff. 4.4.2), es verletze den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, wenn das Obergericht bei der Schadensberechnung statt auf den (nicht feststellbaren) Marktwert auf die Herstellungskosten abstellt, ist auf die Rüge nicht einzutreten. Dabei geht es um die Frage der richtigen Schadensberechnung, d.h. darum, welche Kriterien hierfür relevant sind. Wie bereits oben ausgeführt (Ziff. 5.2), betrifft dies die rechtliche Qualifikation und nicht die Beweiswürdigung (wovon im Übrigen der Beschwerdeführer selbst ausgeht, Beschwerde Ziff. 4.4.2).

d) Rechtsfrage und als solche im Lichte von § 285 ZPO im vorliegenden Verfahren nicht zu überprüfen ist ferner, wie der Richter bei der Berechnung des entgangenen Gewinns vorzugehen hat (zu Ziff. 4.3 der Beschwerde, S. 35 ff.). In diesem Zusammenhang stellt das Obergericht nirgends in Abrede, dass die Bilder – wären sie nicht beschädigt worden – aller Wahrscheinlichkeit nach in der Galerie W. verkauft worden wären (was als solches eine Tatfrage darstellt). Offen bleibt jedoch, welcher Preis dabei voraussichtlich erzielt worden wäre; wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 42 Abs. 2 (in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3) OR geltend macht, ist auch dies eine vorliegend nicht zu beurteilende Rechtsfrage.

Im gleichen Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer als "nachweislich falsch", wenn die Vorinstanz davon ausgeht, er habe "29 Bilder eingeklagt" (Beschwerde S. 36 oben). Der Beschwerdeführer hatte in seiner Klagereplik (auf welche sich die Vorinstanz stützt, Urteil S. 28) die Schäden an insgesamt 29 Bildern aufgelistet (BG act. 48 S.12 bis 24; 30 Bilder, wovon einzig Nr. 21 [Mahmood] nicht beschädigt sei), womit die angefochtene Feststellung insofern nicht zu beanstanden ist.

e) Insgesamt erweisen sich die hier erhobenen Rügen als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

7. Die abschliessende Rüge bezieht sich auf die Zuweisung eines Teils der Lagerkosten an den Beschwerdeführer (Beschwerde Ziff. 5, S. 38 ff.).

a) Das Obergericht hat erwogen (Urteil S. 29), die vom Beschwerdeführer geltend gemachten (und betragsmässig ausgewiesenen) Lagerkosten von Fr. 5'130.-- seien grundsätzlich Folge der entstandene Mängel (weil andernfalls die Bilder unmittelbar nach der Wanderausstellung für die Verkaufaufstellung nach Paris verbracht worden wären und nicht anzunehmen sei, dass dort Lagergebühren verrechnet worden wären). Der Beschwerdeführer habe – so die Vorinstanz weiter – die beschädigten Exemplare für die Begutachtung im Prozess zur Verfügung halten müssen, und insofern seien die Lagerkosten auch adäquate Folge der Mängel. Hingegen rechtfertige es sich nicht, sie im vollen Umfang der

Beschwerdegegnerin aufzubürden; richtig scheine, sie dem Beschwerdeführer zur selben Quote von 40% zuzusprechen wie den festgestellten Schaden, mithin Fr. 2'052.--.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist diese Aufteilung der Lagerkosten weder begründet noch nachvollziehbar und verletzt insbesondere wesentliche Verfahrensgrundsätze. Sodann sei zu berücksichtigen, dass die Lagerung der Bilder zur Feststellung des Schadens und der Verantwortlichkeit der Beschwerdegegnerin – die schliesslich selbst vom Obergericht zu 40% bejaht werde – in vollem Umfang geboten gewesen sei. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin gemäss angefochtenem Urteil sinngemäss für 40% des Schadens an *allen* Exponaten (und nicht nur an einem Teil davon) aufzukommen habe, begründe die Lagerkosten und rechtfertige damit deren (vollumfängliche) Auferlegung an die Beschwerdegegnerin.

b) Im vorliegenden Kontext geht es um die Schadensberechnung bzw. um die Schadenersatzbemessung. Nicht umstritten sind insofern die Höhe des eingetretenen Schadens (Lagerkosten) und der natürliche Kausalzusammenhang mit den Mängeln; streitig ist allein die Frage, welcher Anteil davon der Beschwerdegegnerin aufzubürden ist. Insofern liegt keine verbindliche tatsächliche Feststellung vor, an welche das Bundesgericht gebunden ist. Fragen kann sich damit nur, ob die Vorinstanz in diesem Zusammenhang Art. 42 oder 43 OR (in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR) richtig angewendet hat oder nicht. Auch auf diese Rüge ist nicht einzutreten.

8. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Sie ist insoweit abzuweisen.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 8'000.-- 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 insofern Fr. 160'000.-- (gerundet).

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 4. September 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, ferner an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die 2. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (Proz. CG060073), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: