

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180041-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 13. November 2018

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
17. Juli 2018; Proz. CG170001**

Rechtsbegehren:

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 196'402.60 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Juni 2016 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Juli 2018:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'600.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 15'770.-- (zuzüglich 8% MwSt.) sowie Fr. 3'150.-- (zuzüglich 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Klägerin (act. 46):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes des Kantons Zürich vom 17. Juni 2018 im Verfahren CG170001-L/U aufzuheben und die Klage der Klägerin bzw. der Berufungsklägerin vollumfänglich gutzuheissen.

2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichtes des Kantons Zürich vom 17. Juni 2018 im Verfahren CG170001-L/U aufzuheben und die Klage zur Durchführung eines Beweisverfahrens sowie zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten bzw. des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I. Sachverhalt

Der Beklagte vertrat die Klägerin in einem Verfahren vor dem Handelsgericht Zürich und vor dem Bundesgericht. Vor beiden Instanzen unterlag die Klägerin. Sie verlangt nun vom Beklagten die Bezahlung des oben im Rechtsbegehren wiedergegebenen Betrages wegen Schlechterfüllung seiner anwaltlicher Leistungen in den genannten Verfahren bzw. wegen unsorgfältiger Prozessführung. Der verlangte Betrag beinhaltet zum einen die von der Klägerin in den beiden verloren gegangenen Verfahren eingeklagte Forderungssumme und zum anderen weitere Schadenspositionen.

Anlass für die seinerzeit vom Beklagten für die Klägerin geführten Prozesse war ein am 9. August 2011 von der Klägerin getätigter Kauf eines Autos, von dem sich in der Folge herausstellte, dass es sich um ein Leasingfahrzeug handelte, welches im Eigentum der C._____ AG stand. Die Klägerin klagte auf Feststellung, dass sie unbeschwerte Eigentümerin des fraglichen Fahrzeuges geworden sei. Sowohl das Handelsgericht des Kantons Zürich als auch das Bundesgericht verwarfen die Klage, weil die Klägerin beim Erwerb des Fahrzeuges jene Aufmerksamkeit habe vermissen lassen, die von ihr nach den Umständen habe verlangt werden dürfen.

II. Verfahrensverlauf

1. Für den Verfahrensgang vor Vorinstanz kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 48 S. 2 E. I).

2. Gegen das Urteil vom 17. Juli 2018 (act. 48) erhebt die Klägerin mit Eingabe vom 14. September 2018 (act. 46) rechtzeitig Berufung. Der von der Klägerin einverlangte Kostenvorschuss (act. 49) ist fristgerecht geleistet worden (act. 51).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif; Weiterungen sind nicht erforderlich.

III. vorinstanzlicher Entscheid

Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid zunächst die Anspruchsgrundlagen – Haftungsvoraussetzungen, Sorgfaltspflichtverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden – dar und prüfte alsdann, ob sich der Beklagte sorgfaltswidrig verhalten habe. Dabei hielt sie fest, es fehle letztlich an der Kausalität zwischen der allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung und dem Prozessverlust (act. 48 S. 23 E. 2.4.8.). Im weiteren prüfte die Vorinstanz die einzelnen Schadenspositionen und erwog, selbst wenn von einer kausalen Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten auszugehen wäre, hätte er der Klägerin nur einen Teilbetrag der eingeklagten Summe zu ersetzen (Kaufpreis Fahrzeug und Prozesskosten); im weitaus grössten Umfang wäre die Klage auch in diesem Fall abzuweisen (a.a.O. S. 29 E. 3.8).

IV. Berufungsbegründung / Würdigung

1. Die Vorinstanz zählte in ihren Vorbemerkungen zur Würdigung vorab die von der Klägerin geltend gemachten Sorgfaltspflichtverletzungen durch den Beklagten auf, nämlich das Unterlassen substantiiertes und mit Beweisofferten unterlegter Vorbringen zum guten Glauben der Klägerin, insbesondere unterlassenes Beantragen eines gerichtlichen Gutachtens zur Marktkonformität des Kaufpreises; unterlassenes Bestreiten bezüglich fehlendem Code 178; unterlassene substantiierte Behauptungen zur Vertrauenswürdigkeit von D._____; fehlendes Vorbringen des guten Glaubens von D._____ (act.,. 48 S. 9/19 E.2).

2.1. Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, in ihren Erwägungen zum guten Glauben der Klägerin fälschlicherweise angenommen zu haben, sie habe nicht dargelegt, welche Behauptungen der Beklagte aufzustellen gehabt und welche Beweismittel er zu nennen gehabt hätte. Dazu verweist sie auf zwei Stellen in ihrer

Klagebegründung (act. 46 S. 4 Rz 9 und Rz 10). An diesen von der Klägerin angegebenen Stellen in ihrer Klagebegründung zitierte die Klägerin eine Passage aus dem Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 23. Oktober 2013 (act. 2 S. 6 Rz 15) und eine solche aus dem von ihr bestellten Gutachten von Dr. E. _____ (a.a.O. S. 7 Rz 16) bzw. führte aus, sie habe beim Kauf des BMW am 9. August 2011 gerade keinen konkreten Verdacht gehabt und habe auch keinen solchen gehegt, da schlicht und einfach keine Verdachtsmomente vorgelegen hätten. Auch hätten keine Umstände bestanden, welche die Klägerin als Neu- und Gebrauchtfahrzeughändlerin mit langjähriger Erfahrung hätten misstrauisch machen müssen. *Es wäre nun Pflicht des Beklagten gewesen, genau dies substantiiert zu behaupten und mittels Beweisofferten zu unterlegen* (kursiv hervorgehoben) (act. 2 S. 7 Rz 17, S. 8 Rz 8). An der von ihr erwähnten Stelle in ihrer Replik führte die Klägerin sodann aus, "eine vorausschauende sorgfältige Prozessführung hätte den Beklagten folglich unbedingt dazu verleiten müssen, den guten Glauben der Klägerin substantiiert zu behaupten und korrekte Beweisanträge zu stellen,..". (act. 28 S. 6 Rz 10).

Es trifft zu, dass die Klägerin vor Vorinstanz vortrug, der Beklagte habe es unterlassen gehabt, substantiierte Behauptungen und Belege dazu zum guten Glauben vorgebracht zu haben. Allerdings erschöpften sich ihre diesbezüglichen Vorbringen auf pauschale und letztlich unsubstantiierte Darlegungen in der Weise, dass sie dem Beklagten vorwarf, keine substantiierten Behauptungen in den Prozess eingeführt zu haben. *Was, welche konkreten Behauptungen* der Beklagte hätte vorbringen müssen, sagte die Klägerin nicht. Weder benannte die Klägerin vor Vorinstanz konkret alle jene Umstände, die ihrer Ansicht nach sie glauben machen durften, der Kauf des BMW sei unbedenklich, noch zeigt sie in ihrer Berufungsbegründung auf, dass sie vor Vorinstanz entsprechende Behauptungen ins Verfahren eingeführt hatte; auch in ihrer Berufungsbegründung nennt sie keine diesbezüglichen konkreten Umstände. Gleiches gilt auch für die vom Beklagten ihrer Ansicht nach nicht vorgetragenen Beweismittel. *Welche Beweismittel* der Beklagte zu welchen konkreten und von der Gegenseite bestrittenen Behauptungen hätte beantragen müssen, führt sie nicht aus. Stattdessen begnügt sie sich

mit dem Vorwurf an den Beklagten, dieser habe es unterlassen, substantiierte Behauptungen und Belege dazu vorzutragen. Dies genügt nicht.

2.2. Die Klägerin bringt weiter vor, sie habe in der Replik aufgezeigt, dass der Beklagte betreffend den "raschen Halterwechsel" mittels substantiiertes Behauptungen hätte aufzeigen müssen, dass dieser mitnichten ein Umstand war, welcher sie zu weiteren Nachforschungen hätte verleiten müssen. Der Beklagte hätte behaupten und den Beweis antreten müssen, dass solche Halterwechsel im Gebrauchtwagenhandel überhaupt keine Seltenheit, sondern an der Tagesordnung seien und dass es vor allem auch tausend legitime Gründe für mehrere Halterwechsel innert kurzer Zeit gäbe (act. 46 S. 3 Rz 12). An der von der Klägerin angegebenen Stelle in der Replik hatte sie geltend gemacht, der Beklagte hätte behaupten und den Beweis antreten müssen, dass solche Halterwechsel im Gebrauchtwagenhandel überhaupt keine Seltenheit, sondern durchaus üblich seien, und dass es vor allem auch tausend legitime Gründe für mehrere Halterwechsel innert kurzer Zeit gäbe. Stattdessen habe der Beklagte sich über dieses Thema ausgeschwiegen und habe das Feld der C._____ AG sowie dem Handelsgericht überlassen, welches alleine aus den Fakten schliessen konnte, dass diese raschen Halterwechsel die Klägerin hätten misstrauisch machen müssen (act. 28 S. 12 Rz 21 mit Verweis auf act. 5/3 E. 6.6.). Es mag sein, dass im professionellen Gebrauchtwagenhandel rasche Halterwechsel üblich und für sich allein nicht auffällig sind. Gründe für dieses Handeln nannte die Klägerin allerdings keine, obschon es nach ihren Worten tausende solcher Gründe geben soll. Darauf kommt es aber auch nicht an. Es ist unbestritten, dass F._____, welcher das Fahrzeug am 22. Juli 2011 übernommen und am 4. August 2011 D._____ abgestossen hatte, eine Privatperson war und damit anders als die Klägerin nicht als professioneller Gebrauchtwagenhändler zu betrachten ist. Dieser Umstand hätte Misstrauen wecken müssen, wie die Vorinstanz mit Verweis auf das Urteil des Handelsgerichtes zu Recht festhält (act. 48 S. 14 unten).

2.3. Die Klägerin beanstandet sodann, die Vorinstanz habe das Versäumnis des Beklagten, bezüglich der Marktkonformität des Kaufpreises keine tauglichen Gegenbeweismittel genannt zu haben, nicht als Verletzung der anwaltlichen Sorg-

faltspflicht qualifiziert (act. 46 S. 6 f. Rz 15 f.). Sie ist der Auffassung, indem der Beklagte das einzig taugliche Beweismittel zur Feststellung der Marktkonformität des Kaufpreises nicht genannt habe, habe er seine Sorgfaltspflicht verletzt (a.a.O. Rz 17 ff). In diesem Zusammenhang wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, das handelsgerichtliche Urteil in willkürlicher Weise verkannt zu haben, indem sie ohne Begründung konstatiert habe, das Handelsgericht sei davon ausgegangen, der Kaufpreis sei zwar günstig, aber marktkonform gewesen; diese Feststellung sei tatsachenwidrig und entstamme nicht dem Handelsgerichtsurteil (a.a.O. S. 7/8 Rz 18).

Zutreffend ist, dass das Handelsgericht ausgeführt hat, dass die sich stellende Beweisfrage, nämlich, ob die Klägerin mit D. _____ einen Kaufpreis vereinbart gehabt habe, der ausserhalb des Rahmens lag, der noch als marktkonform zu beurteilen sei, einzig durch ein Gutachten zu ermitteln wäre (act. 5/3 S. 21 E.6.5.4.2.). Weiter führte das Handelsgericht aus, es habe keine der Parteien ein gerichtliches Gutachten verlangt (a.a.O.), um in einer folgenden Erwägung festzustellen, dass der (von der Klägerin D. _____ entrichtete) Kaufpreis "sicher günstig" war, und sich die Klägerin darüber im Klaren sein musste, dass D. _____ das Fahrzeug nur wenige Tage zuvor von F. _____ erworben hatte und dabei seinerseits einen Gewinn erzielt haben dürfte, sie m.a.W. D. _____ trotz des "sicher günstigen" Preises mehr zahlen musste als dieser zuvor dem F. _____ zu zahlen hatte (a.a.O. S. 22 E. 6.5.5.). Schliesslich hielt das Handelsgericht in seiner zusammenfassenden Würdigung fest, es könne, was den Kaufpreis anbelange, den die Klägerin D. _____ zu bezahlen gehabt habe, nicht gesagt werden, dass er ausserhalb dessen gelegen sei, was marktkonform war (a.a.O. S. 24 E. 6.8.1.). Das Handelsgericht hat damit den Kaufpreis, den die Klägerin zu entrichten hatte, nicht ausdrücklich als marktkonform bezeichnet, aber nicht ausserhalb des Rahmens liegend, was noch marktkonform war. Es ist im übrigen nicht klar, was die Klägerin mit dieser Kritik am vorinstanzlichen Entscheid bezweckt: ein von ihr bezahlter marktkonformer Preis oder ein Preis, der innerhalb eines marktkonformen Rahmens liegt, dürfte grundsätzlich ein Indiz für ein reelles Geschäft bzw. für einen legalen Hintergrund des Kaufobjektes sein. Nicht vorgeworfen wurde der Klägerin vom Handelsgericht, sie habe einen zu tiefen Kaufpreis entrichtet, da ein

"sicher günstiger" Preis nicht einen unangemessen tiefen Preis bedeutet. Hingegen musste der Klägerin klar sein, wie dies vom Handelsgericht zu Recht ausgeführt wurde, dass der Verkäufer D._____ durch den Verkauf selber einen Gewinn erzielen wollte und daher dieses Fahrzeug, welches er selber nur wenige Tage zuvor erworben hatte, zu einem tieferen Preis als dem späteren Verkaufspreis gekauft haben musste (a.a.O. S. 22 E. 6.5.5.).

Im Übrigen trifft es nicht zu, wenn die Klägerin moniert, dass das Nichtbeantragen des einzig tauglichen Beweismittels zur Feststellung der Marktkonformität des Kaufpreises, verbunden mit der fatalen Aussage des Beklagten, dass der Kaufpreis "sicher günstig" gewesen sei, die Klägerin geradewegs ins Messer laufen liess (act. 46 S. 8 Rz 19). Das Handelsgericht hat mehrere Umstände benannt, welche der Klägerin in ihrer Gesamtheit zu weiteren Abklärungen Anlass hätten geben müssen; nebst dem erwähnten Kaufpreis (act. 5/3 E. 6.5.), ihre Beziehung zum Verkäufer D._____ (act. 5/3 E. 6.4.), das schnelle Abstossen des Fahrzeuges durch F._____ (act. 5/3 E. 6.6.) und der fehlende Code 178 im Fahrzeugausweis (act. 5/3 E. 6.7.).

Die Klägerin stösst sich sodann an der Formulierung im angefochtenen Urteil, das Bundesgericht habe "die Marktkonformität des Kaufpreises ebenfalls nicht" verneint, und wirft der Vorinstanz willkürliche sowie täuschende Sachverhaltsdarstellung vor (act. 46 S. 8/9 Rz 20). Weiter macht die Klägerin geltend, das Bundesgericht habe sich zur Marktkonformität nur einmal geäussert und zwar nur festgehalten, das Handelsgericht habe nicht positiv festgestellt, dass der Kaufpreis marktkonform war (a.a.O.). In der von der Klägerin zitierten Erwägung führte das Bundesgericht aus, "Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (..) hat das Handelsgericht nicht positiv festgestellt, dass der Kaufpreis von Fr. 48'000.-- marktkonform sei. (...) Auszugehen ist davon, dass der Kaufpreis von Fr. 48'000.-- "sicher günstig" war ..." (act. 5/4 S. 8 E. 3.2.2.). Etwas sinnentstellend anderes lässt sich dem vorinstanzlichen Entscheid nicht entnehmen. Insbesondere trifft es zu, wie die Vorinstanz ausführt, dass sich das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung des Handelsgerichtes hielt und von einem "sicher günstigen" Kaufpreis ausging (act. 48 S. 12/13 E. 2.1.6. mit Verweis

auf act. 5/4 S. 8 E. 3.2.2.). Zutreffend ist, dass das Bundesgericht zur Frage der Marktkonformität keine eigenen Erwägungen gemacht, sondern auf die Feststellungen im Handelsgerichtsurteil abgestellt hat (vgl. act. 5/4 S. 8 E. 3.2.2.). In dem Sinne ist die Teil-Erwägung im angefochtenen Entscheid, das Bundesgericht "verneinte die Marktkonformität des Kaufpreises ebenfalls nicht", (act. 48 S. 13) ungenau. Allerdings bleibt unklar, worauf die Klägerin mit dieser Rüge des aus ihrer Sicht falsch festgestellten Sachverhaltes abzielt bzw. was sie zu ihren Gunsten hieraus ableiten will (act. 46 S. 9 Rz 21).

2.4. Nicht gefolgt werden kann den klägerischen Vorbringen in der Berufungsschrift, das Handelsgericht habe die Marktkonformität des Kaufpreises nirgend als nicht ausschlaggebendes Element bezeichnet. Tatsächlich sei es so, dass mit der Bestätigung der Marktkonformität des Kaufpreises das gewichtigste Verdachtsmoment zur Beurteilung des klägerischen Verhaltens beim Autokauf weggefallen wäre, weswegen ihr auch nicht mehr hätte vorgeworfen werden können, ungenügende Abklärungen getroffen zu haben. Mit der Bestätigung der Marktkonformität des Kaufpreises wären keine besonderen Umstände mehr vorgelegen, welche eine erhöhte Aufmerksamkeit indiziert hätten, weshalb die Klägerin ohne Weiteres als gutgläubig hätte gelten müssen (act. 46 S. 9-12 Rz 22 f.).

Vorab ist festzuhalten, dass das Handelsgericht wie oben unter E. 2.3. bereits erwähnt, mehrere Umstände benannt und geprüft hat, welche die Klägerin zu vertiefteren Abklärungen bezüglich des Fahrzeuges hätten veranlassen müssen (vgl. act. 5/3 E. 6.4.-6.7.). In ihrer zusammenfassenden Gesamtwürdigung hielt das Handelsgericht der Klägerin zunächst vor, in einem höchst sensiblen Gewerbe tätig zu sein und über hohe Branchenkenntnisse zu verfügen, weshalb ihr Verhalten mit einer gewissen Strenge zu beurteilen sei. Hinzu komme, dass es sich beim fraglichen Fahrzeug um ein solches aus der oberen Mittelklasse handle, das doch einen hohen Attraktivitätswert aufweise. Nicht berufen könne sich die Klägerin auf ihre geltend gemachten Erkundigungen bei D._____, weil sie diese erst im Nachhinein getätigt habe. Ausserdem sei der Kaufpreis, wenn auch nicht ausserhalb des marktüblichen liegend, "sicher günstig" gewesen; erst recht günstig müsse der Preis aus der Sicht der Klägerin gewesen sein, den D._____ wenige

Tage vorher für das selbe Fahrzeug dem unredlich handelnden F. _____ zu bezahlen gehabt habe. Weiter erwog das Handelsgericht, dass der Klägerin angesichts der deutlichen Verdachtsmomente nichts nütze, dass im Fahrzeugausweis der Code 178 gefehlt habe. Entscheidend sei der Umstand, dass der Klägerin auf Grund der ihr übergebenen Dokumente klar war, dass F. _____ das Fahrzeug nach dem Erwerb am 22. Juli 2011 zu einem "sicher günstigen" Preis ungewöhnlich schnell wieder absties, wie auch D. _____ das Fahrzeug wieder schnell abgestossen habe, was so gedeutet werden könne, dass es ihm bei der Sache nicht wohl war. Das Handelsgericht erachtete daher die Verdachtsgründe als doch so erheblich, dass die Klägerin das Fahrzeug nicht hätte übernehmen dürfen, ohne zuvor seiner Geschichte in den vergangenen drei Wochen nachgegangen zu sein (vgl. act. 3/5 S. 24/25 E. 6.8.1.). Diese Erwägungen des Handelsgerichtes hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid übernommen (act. 48 S. 13/14 E. 2.1.7.), wobei festzuhalten ist, dass es nicht Sache der Vorinstanz war, die Erwägungen des Handelsgerichts einer Rechtsmittelinstanz gleich auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Dies scheint der Klägerin vorzuschweben, da sie in ihren Vorbringen im Wesentlichen Kritik am Urteil des Handelsgerichtes übt (vgl. act. 48 S. 11 ff. Rz 25 ff.). Das Handelsgericht hatte die Sachdarstellungen der Parteien rechtlich zu würdigen. Wenn die Klägerin dem Beklagten vorwirft, dem Handelsgericht nicht das vorgetragen zu haben, was aus ihrer Sicht notwendig gewesen wäre, um den Prozess zu gewinnen, hat sie konkret darzutun, was der Beklagte hätte vortragen müssen resp. was er nicht hätte vortragen sollen, um das gewünschte Prozessergebnis zu erreichen. Es wäre der Klägerin obgelegen detailliert vorzubringen, welche sachverhaltlichen Behauptungen der Beklagte dem Handelsgericht zu den einzelnen erwähnten Verdachtsmomenten hätte unterbreiten müssen, damit das Handelsgericht bei der Würdigung der Verdachtsgründe zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre. Entgegen der Auffassung der Klägerin war es nicht Sache der Vorinstanz, gleich dem Handelsgericht die Indizien und Verdachtsmomente nach Relevanz und Einfluss auf die Beurteilung des guten Glaubens der Klägerin zu gewichten, zu bewerten und eigenhändig einzuordnen (act. 46 S. 11 Rz 24). Die Klägerin ist offenkundig der Meinung, der Beklagte habe dem Handelsgericht nicht die wesentlichen Behauptungen resp. Bestreitungen

unterbreitet und insofern das Handelsgericht auf die Schiene der Gegenpartei gelenkt oder auf dieser belassen. Wenn die Klägerin diese Meinung vertritt, hat sie die ihrer Ansicht nach relevanten Sachverhaltselemente der Vorinstanz vorzutragen gehabt, welche das Handelsgericht zu einer anderen Beurteilung hätten führen sollen. Die Klägerin macht aber in diesem Zusammenhang nicht geltend, sie habe der Vorinstanz entsprechende Behauptungen vorgetragen, welche diese nicht berücksichtigt habe. Es geht aber nicht an, ausgehend von den dem Handelsgericht vorgetragenen Behauptungen im neuen Verfahren eine andere Beurteilung erlangen zu wollen; dies hiesse, das gleiche Verfahren zweimal führen zu wollen.

2.5. Bezüglich Halterwechsel bringt die Klägerin vor, der Beklagte habe es versäumt, mittels entsprechender Behauptungen und (Gegen-)Beweisofferten aufzuzeigen, dass solch rasche Halterwechsel im Occasionshandel eben nichts Besonderes oder gar Verdächtiges, sondern Usus sind, mithin schon gar kein Umstand, welcher die Klägerin oder D._____ zu weiteren Nachforschungen hätte verleiten müssen. Dazu verweist sie auf Rz 21 ihrer Replik (act. 46 S. 13 Rz 28). Im vorinstanzlichen Verfahren hatte die Klägerin in der Replik ausgeführt, der Beklagte offenbare Passivität und mangelnde Einsicht, wenn er verkünde, dass der vom Handelsgericht als besonderer Umstand festgestellte "rasche Halterwechsel" der Klägerin nicht hätte angelastet werden dürfen, und falls doch, hätte er damit nichts zu tun, sei es doch ein Faktum, das er nicht verändern könne. Niemand habe vom Beklagten verlangt, Fakten zu ändern; wünschenswert wäre aber gewesen, wenn er mit den geeigneten prozessualen Mitteln darauf hingewirkt hätte, dass das Handelsgericht Fakten nicht zuungunsten der Klägerin interpretiert hätte. Konkret machte die Klägerin geltend, der Beklagte hätte behaupten und den Beweis antreten müssen, dass solche rasche Halterwechsel im Gebrauchtwagenhandel überhaupt keine Seltenheit sondern durchaus üblich seien und dass es vor allem auch tausend legitime Gründe für mehrere Halterwechsel innert kurzer Zeit gebe (act. 28 11/2 Rz 21). Die Darstellung der Klägerin in der Berufungsbeurteilung, mit herumstehenden Fahrzeugen nichts zu verdienen und ein Standplatz verursache Kosten (act. 46 S. 13 Rz 28), ist neu und unzulässig; hierauf kann nicht weiter eingegangen werden. Es trifft zu, dass die Vorinstanz zum As-

pekt des raschen Halterwechsels keine eigenen Erwägungen anstellte und nicht auf das erwähnte Vorbringen der Klägerin einging, rasche Halterwechsel seien im Gebrauchtwagenhandel üblich und keine Seltenheit, sondern lediglich die Erwägungen des Handelsgerichtes aufgriff (act. 48 S. 19 E.2.4.4.). Das Handelsgericht seinerseits stützte sich bei seinen diesbezüglichen Erwägungen einzig auf die ihm vorgelegten Dokumente, aus denen es schloss, der rasche Halterwechsel hätte Argwohn wecken müssen (act. 5/3 S. 22/23 E. 6.6.); keine Berücksichtigung fanden im handelsgerichtlichen Verfahren allenfalls vorgetragene resp. unterlassene Behauptungen der Klägerin oder der damaligen Beklagten, diese hatten insofern überhaupt keine Relevanz. Die Klägerin kann daher aus der aus ihrer Sicht unterlassenen Behauptung des Beklagten der Üblichkeit rascher Halterwechsel nichts zu Ihren Gunsten ableiten.

2.6. Unzutreffend ist, wenn die Klägerin vorträgt, dass bei sorgfältigem Prozessieren sowie bei gutachterlicher Feststellung der Marktkonformität des Kaufpreises gar keine Verdachtsmomente mehr übrig geblieben wären (act. 46 S. 15 Rz 31). Damit übergeht die Klägerin einerseits die übrigen vom Handelsgericht genannten Verdachtsgründe und nennt andererseits keine konkreten Prozessschritte, die der Beklagte unterlassen hat, deretwegen der Prozess vor Handelsgericht resp. Bundesgericht verloren gegangen ist.

2.7. Weiter bringt die Klägerin vor, es sei wohl unbestreitbar, dass ein Fahrzeugausweis ohne Code 178 für sich unverdächtig sei resp. ein solcher Fahrzeugausweis erwecke sicherlich nicht den Verdacht, mit dem Fahrzeug stimme etwas nicht. Ein fehlender Code 178 stelle somit klarerweise einen Entlastungsgrund dar. Dem Beklagten wirft die Klägerin vor, seine Sorgfaltspflicht insofern verletzt zu haben, als er die Behauptung der C._____ AG nicht bestritten habe, es sei notorisch, dass Leasingnehmer regelmässig durch Vorlage gefälschter Löschungsformulare die Ausstellung von Fahrzeugausweisen erwirkten, in denen kein Code 178 mehr enthalten sei. Hieraus habe die C._____ AG zu ihren Gunsten ableiten dürfen, dass sie aus dem fehlenden Code 178 nicht hätte annehmen dürfen, dass es sich nicht um ein Leasingfahrzeug handle. Durch dieses Unterlassen habe das Handelsgericht auf ein Beweisverfahren verzichtet (act. 46 S. 16 Rz 33/34). Das

Handelsgericht hat in seinem Entscheid bezüglich des Code 178 allerdings ausdrücklich auf die Praxis des Bundesgerichts hingewiesen, wonach das Fehlen des Code 178 den Occasionshändler nicht von weiteren Massnahmen befreie, falls Verdachtsmomente vorliegen (vgl. act. 5/3 S. 23/24 E.6.7). Diese Erwägung zitiert die Klägerin denn auch selbst (act. 46 S. 16 Rz 35). Die Klägerin legt auch nicht dar, welche konkreten Behauptungen der Beklagte hätte vorbringen müssen, um annehmen zu dürfen, der fehlende Code 178 sei unbedenklich; sie macht stattdessen geltend, der Beklagte hätte die Behauptung der C._____ AG bestreiten müssen, es sei notorisch, dass Leasingnehmer durch gefälschte Unterlagen einen Fahrzeugausweis ohne Code 178 erhältlich machen würden, was zu einem Beweisverfahren geführt hätte (a.a.O.). Sie unterlässt es aber sich mit der Erwägung der Vorinstanz auseinander zu setzen, welche ausgeführt hat, die Frage, ob bei fehlendem Code 178 angenommen werden dürfe, der Halter sei kein Leasingnehmer, sei vom Bundesgericht bereits abschliessend beurteilt worden und für den Fall, dass andere Verdachtsmomente vorliegen, verneint worden (act. 48 S. 15 E. 2.2.3.). Und solche Verdachtsmomente gab es, wie bereits mehrfach erwähnt, und entgegen der von der Klägerin wiederholt vorgetragenen Meinung, bei gutachterlich festgestellter Marktkonformität wären keine Verdachtsmomente mehr übrig geblieben (a.a.O. Rz 33).

2.8. Die Klägerin wirft der Vorinstanz weiter vor, sie habe im Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeit von D._____ weder den vorgebrachten Sachverhalt selber beurteilt noch eine eigene rechtliche Würdigung vorgenommen, sondern sich mit einem Verweis auf die Urteilsbegründung des Handelsgerichtes begnügt (act. 46 S. 17/18 Rz 37 f.). Im Weiteren bemängelt sie, es gehe bei der Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit von D._____ nicht um die Interaktion zwischen ihr und D._____ und nicht um ihre Erkundigungen bei D._____, sondern darum, wie dieser Geschäfte, wie er beim Fahrzeugkauf von F._____ und in dessen zeitlichem Umfeld agiert habe, welche Erkundigungen er eingeholt, welche Abklärungen er getroffen habe (a.a.O. Rz 39). Es hätte genügt, wenn D._____ das Fahrzeug gutgläubig erworben gehabt hätte. Diesen Eventualstand habe das Handelsgericht jedoch nicht behandeln müssen, weil der Beklagte in dieser Hinsicht keine Behauptungen und Beweismittel angeboten habe. Der Beklagte habe sich auf den

guten Glauben der Klägerin versteift, statt die Umstände substantiiert zu behaupten, welche für die Glaubwürdigkeit D. _____s gesprochen hätten (a.a.O. Rz 41).

Es kann offen bleiben, ob aus der Gutgläubigkeit D. _____s beim Kauf des Fahrzeuges die Klägerin sich selber auf ihre eigene Gutgläubigkeit berufen kann. Die Klägerin unterlässt es in diesem Zusammenhang nämlich darzulegen, welche konkreten tatsächlichen Behauptungen der Beklagte dem Handelsgericht hätte vortragen müssen, welche allenfalls auch zum Beweis hätten gestellt werden können oder müssen, um hieraus die Gutgläubigkeit D. _____s herleiten zu können. Es genügt nicht vorzubringen, der Beklagte hätte die Umstände substantiiert behaupten müssen; notwendig wäre, diese Umstände konkret zu benennen oder zumindest so genau zu umschreiben, dass klar erhellt, was gemeint sein soll. Dies lässt die Klägerin aber im Dunkeln. Nicht anders verhielt es sich vor Vorinstanz: zwar machte sie in der Klagebegründung geltend, der Beklagte habe es unterlassen gehabt, einen Eventualstandpunkt einzunehmen; sie brachte aber keinerlei konkrete Sachverhaltsdarstellung vor, welche sich auf die behauptete Gutgläubigkeit D. _____s bezogen hat (act. 2 S. 15 f. Rz 45-52); vielmehr machte sie einzig geltend, der Beklagte hätte die Umstände, welche für die Glaubwürdigkeit von D. _____ gesprochen hätten, substantiiert darstellen müssen (a.a.O. S. 18 Rz 55). Um welche Umstände es sich gehandelt haben sollte, trug sie jedoch nicht vor. Nicht anders verhielt es sich im Rahmen der Replik (vgl. act. 28 S. 12/13 Rz 24). Gleich verhält es sich mit dem Vorwurf, der Beklagte hätte mittels entsprechender Behauptungen und Beweisofferten darlegen müssen, dass D. _____ "*das schnelle Abstossen des Wagens*" durch F. _____ nicht verdächtig finden musste, da rasche Halterwechsel im Occasionshandel Usus seien und es Dutzende lautere Gründe gebe für den zeitigen Wiederverkauf durch F. _____ (act. 46 S. 21 Rz 46). Die Klägerin sagt auch hier nicht, welche Behauptungen der Beklagte hätte vorbringen müssen, namentlich benennt sie keinen der Dutzenden Gründe. Konkret genannter Umstand ist einzig die Behauptung, das rasche Abstossen von Fahrzeugen sei im Occasionshandel üblich. Auch wenn dies zwischen Occasionshändlern gebräuchlich sein mag, so kann daraus noch nichts gewonnen werden, weil F. _____ anders als D. _____ offenbar kein Autohändler war/ist.

2.9. Nicht gefolgt werden kann der klägerischen Kritik, die Vorinstanz ignoriere wiederholt die klägerischen Vorbringen, würdige die klägerischen Behauptungen und Beweisofferten nicht, sondern stütze sich einfach auf die Sachverhaltsfeststellungen, die rechtlichen Würdigungen sowie die Urteilsbegründungen des Handels- und Bundesgerichtes ab. Dadurch verletze sie das rechtliche Gehör der Klägerin (act. 46 S. 23 f. Rz 52ff.). Wie bereits ausgeführt, geht es im vorliegenden Verfahren nicht um eine Neuauflage des vor Handels- und Bundesgericht geführten Verfahrens, namentlich nicht um eine Neuurteilung auf Basis des damals vorgetragenen Prozessstoffes. Thema dieses Prozesses ist die Frage, ob der Beklagte im Rahmen des seinerzeitig geführten Verfahrens durch unsachgemäßes Prozessieren, insbesondere durch unterlassene, versäumte oder allenfalls verspätete Behauptungen und verpasste Beweisofferten zu bestrittenen Behauptungen, ursächlich den Verlust des Prozesses beigeführt hat. Es obliegt daher der Klägerin klar und deutlich aufzuzeigen, welche tatsächlichen Elemente der Beklagte dem Handelsgericht hätte vortragen und welche Beweisofferten er hätte geltend machen müssen. Soweit die Klägerin der Vorinstanz weiter vorwirft, es grenze an Arbeitsverweigerung, wenn sie sich nicht die Mühe einer eigenen Einordnung mache, sondern einfach die rechtlichen Würdigungen und Urteilsbegründungen der Instanzen des ersten Prozesses übernehme (a.a.O. S. 24 Rz 54), ist ihr entgegenzuhalten, dass sie nicht vorbringt, welche ihrer konkreten tatsächlichen Behauptungen die Vorinstanz übergangen haben soll; dies ist auch nicht erkennbar, da – wie bereits mehrfach ausgeführt – sich die Klägerin auf allgemeine, nicht fassbare und damit unsubstantiierte Behauptungen beschränkt, was - wie ebenfalls schon dargelegt – nicht genügt. Richtig ist, dass eine Partei einzig das Tatsachenfundament und die diesbezüglichen Beweismittel darlegen muss (act. 46 S. 25 Rz 57). Wenn die Klägerin dem Beklagten vorwirft, er habe genau dies unterlassen (a.a.O.), so ist ihr zu entgegen, dass auch sie es unterlässt konkret anzugeben, was der Beklagte hätte vorbringen müssen (a.a.O. Rz 58).

2.10. Nicht verständlich ist die Darstellung der Klägerin, es sei völlig irrelevant, wenn das Handelsgericht irrigerweise den Standpunkt vertreten habe, es komme auf den guten Glauben von D._____ nicht an, um fortzufahren, die Vorinstanz habe diese Auffassung zu Recht nicht geteilt (act. 46 S. 26 Rz 59). Wenn eine Auf-

fassung irrelevant ist, spielt es keine Rolle, ob sie richtig oder falsch ist. Im Übrigen beschränkt sich die Klägerin darauf vorzubringen, der Beklagte sei in seiner Beschwerdeschrift an das Bundesgericht in grober Verletzung seiner Sorgfaltspflicht auf seine erstinstanzliche, auch daselbst schon ungenügend substantiierte Behauptung, dass im Falle der Gutgläubigkeit den D._____ auch die Klägerin selbst als gutgläubig anzusehen sei, nicht mehr zurückgekommen (a.a.O.), ohne konkret anzugeben, wie eine aus ihrer Sicht genügend substantiierte Behauptung gelautet hätte. Ob ein Verhalten pflichtwidrig ist, beurteilt sich anhand vorgebrachter Tatsachenbehauptungen; fehlt es an solchen, lässt sich ein allfällig pflichtwidriges Verhalten nicht feststellen, und fehlende Tatsachenbehauptungen lassen sich nicht mit der wiederkehrenden Behauptung, der Beklagte habe seine Sorgfaltspflicht verletzt (a.a.O. Rz 61), ersetzen.

2.11. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Klägerin nichts vorträgt, was der Beurteilung der Vorinstanz in Bezug auf unsorgfältiges Prozessieren durch fehlende oder unzureichende Behauptungen und/oder Beweisofferten im handels- und bundesgerichtlichen Verfahren entgegensteht.

3. Die Vorinstanz hat sich zum geltend gemachten Schaden geäußert und ausgeführt, dieser wäre – wenn sorgfaltswidriges Verhalten und der adäquate Kausalzusammenhang zu bejahen wäre – nur in einem Teilbetrag geschuldet (act. 48 S. 29 E. 3.8). Die Klägerin will dies nicht gelten lassen und besteht auf den in der Klageschrift geltend gemachten Schadenspositionen (act. 48 S. 27 Rz 62). Da sie es unterlässt, sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, kommt sie ihrer Obliegenheit nicht nach, detailliert auszuführen, inwiefern diese unzutreffend sein sollen. In dem Sinne ist insoweit auf die Berufung nicht einzutreten.

4. Schliesslich moniert die Klägerin, an der Hauptverhandlung vom 26. Juni 2018 habe sich rasch ergeben, wie die Sympathien verteilt seien. Sie sei gewissermassen als Autohehlerin betrachtet worden. Es sei zu keiner Zeit das Gefühl aufgekommen, das Gericht wolle sich einen neutralen Eindruck verschaffen. Es sei ihr nicht zugestanden worden, sich für ihr Recht einzusetzen. Schliesslich

bringt sie vor, das Urteil enthalte keine Begründung, die diesen Namen verdiene (act. 46 S. 27/28 Rz 63).

Soweit die Klägerin mit diesen Vorbringen eine allfällige Befangenheit des Gerichtes geltend machen wollte, hätte sie dies der Vorinstanz vorzutragen gehabt (Art. 49 ZPO), die Kammer als Berufungsinstanz ist hierfür nicht zuständig. Im Übrigen ist nicht zu sehen, inwiefern sie sich vor Vorinstanz nicht Gehör verschaffen konnte. Hierauf ist nicht weiter einzugehen.

5. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Berufung unbegründet ist, soweit darauf eingetreten werden kann; das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es auch bei der vorinstanzlichen Regelung der Kosten und Entschädigung.

2. Da die Klägerin unterliegt, hat sie die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Diese sind auf Fr. 12'000.00 festzusetzen und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

Parteientschädigungen sind indes keine auszurichten: der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beklagten nicht mangels erheblicher Umtriebe im Berufungsverfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Juli 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und aus ihrem Kostenvorschuss bezogen.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 46 sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 196'402.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Seebacher

versandt am: