

ZH_OBERGERICHT NP180003 vom 24. Mai 2018

ZH Obergericht, 2018-05-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP180003

FR: ZH_OBERGERICHT NP180003 du 24 mai 2018

IT: ZH_OBERGERICHT NP180003 del 24 maggio 2018

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin und heutige Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) ist eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Ihr Zweck besteht darin, in- und ausländische Kunden im Werbebereich zu beraten und Dienstleistungen zu erbringen, so zum Beispiel das Erstellen von Plakaten und das Bereitstellen von Informationskästen oder die Vermarktung und Erschliessung von Werbeflächen und anderen Werbeträgern in der Öffentlichkeit. Der Beklagte und heutige Berufungskläger (fortan Beklagter) ist ein als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB organisierter ... Club. Gegenstand des Verfahrens bildet die Frage, ob zwischen den Parteien ein Pachtvertrag samt Zusatzvereinbarung für eine Magnettafel inklusive Defibrillator gültig zustande gekommen ist (vgl. act. 4/4 und 4/5). Die Klägerin fordert mit der Klage vom Beklagten die sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten ein.

E. 2

Am 14. April 2016 reichte die Klägerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen Klageschrift und Klagebewilligung ein (act. 1 und 2). Mit Urteil vom 16. Juni 2016 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 30). Hiegegen erhob die Klägerin Berufung. Mit Urteil vom 20. Dezember 2016 hob die Kammer das Urteil auf und wies die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (act. 39). Nach Durchführung des Beweisver-

-fahrens erging am 7. Dezember 2017 das neue Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen (act. 94). Dieses verpflichtet den Beklagten, die von der Klägerin fertiggestellte Magnettafel mit Defibrillator vertragsgemäss entgegenzunehmen, aufzuhängen und bis zum Ablauf der Vertragsperiode dort aufgehängt zu lassen. Das Urteil wurde den Parteien am 14. Dezember 2017 zugestellt (act. 82/1 und 2).

E. 3

Vorab festzuhalten ist, dass Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens einzig das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen ist, welches am

E. 7

Dezember 2017 erlassen wurde (act. 94). Soweit der Beklagte in der Berufung sich zum ersten Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 16. Juni 2016 äussert (act. 90 S. 6 Rz 17 ff.), ist hierauf nicht einzugehen. 4. Der Beklagte wendet sich vorab zu Recht gegen die vorinstanzliche Annahme, es sei unbestritten, dass die Parteien am 28. Juni 2011 im Vereinslokal des Beklagten Gespräche über den Abschluss eines Pachtvertrages für eine Magnettafel (mit Zusatzvereinbarung für einen Defibrillator) geführt hätten und ein Foto potentieller Standorte für die Magnettafel bzw. Defibrillator erstellt worden sei (act. 90 S.

10/11 Rz 31 ff. unter Hinweis auf act. 13 S. 2 und 9). In der Klagebe- gründung hatte die Klägerin geltend gemacht, dass der Beklagte den fraglichen Vertrag und Zusatzvertrag mit der Klägerin am 28. Juni 2011 abgeschlossen ha- be, nachdem die Klägerin im Vorfeld mit dem Beklagten einen Termin vereinbart hatte (act. 13A S. 1). Der Beklagte hielt dem entgegen, dass D._____ den Vertrag nicht unterzeichnet habe; sie könnten belegen, dass er an diesem Tag von sei-

- 7 - nem Arbeitgeber eine Ausbildung zu besuchen hatte und gar nicht vor Ort gewe- sen sei. Er verwies auf eine E-Mail-Bestätigung des damaligen Arbeitgebers von D._____ (act. 13 S. 2; act. 14/1). Die Klägerin wiederum hielt der Bestätigung des Arbeitgebers eine Telefonnotiz entgegen, welche aufzeige, dass offen kommuni- ziert worden sei, dass Herr D._____ eben nur zu den Randzeiten für eine Bespre- chung verfügbar sei (act. 13 S. 4 und act. 15/1). Dass im Vereinslokal Gespräche zwischen dem für die Klägerin handelnden C._____ und D._____ als damaligem Präsidenten des Beklagten stattgefunden haben und der Beklagte potentiell In- teresse an einem Vertrag auch bekundet habe, hat der Beklagte zwar in der Dup- lik ausdrücklich eingeräumt (act. 13 S. 9). Bei der geschilderten Behauptungslage kann indes nicht als unbestritten gelten, dass die Gespräche am 28. Juni 2011 stattfanden. Ob dies im Beweisverfahren bewiesen werden konnte – was der Be- klagte bestreitet –, wird nachfolgend zu prüfen sein. 5.1 Der Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz habe massgebliche Vorbringen des Beklagten ausser Acht gelassen und den Sachverhalt deshalb unvollständig fest- gestellt. Auseinandergesetzt habe sich die Vorinstanz mit dem vom Beklagten er- hobenen Einwand der Unterschriftenfälschung und - damit im Zusammenhang - mit dem forensischen Gutachten vom 28. Oktober 2015 sowie mit den Einwänden der Abwesenheit an jenem Tag sowie mit der fehlenden Zeichnungsberechtigung von D._____. Zahlreiche, in der Berufung im Einzelnen aufgelistete Einwände (act. 90 S. 15 - 17 lit. a - m) habe die Vorinstanz indes völlig ausser Acht gelas- sen. Diese stellten einzeln und allesamt Indizien dafür dar, dass der Vertrag sowie die Zusatzvereinbarung nicht vom ehemaligen Präsidenten des Beklagten unter- zeichnet und somit gefälscht worden sei. Hätte sich die Vorinstanz umfassend mit den Vorbringen des Beklagten auseinandergesetzt und weitere Beweise des Be- klagten abgenommen und gewürdigt, hätte sie zum Schluss gelangen müssen, dass der Klägerin der Hauptbeweis nicht gelungen sei, hingegen dem Beklagten der Gegenbeweis. Statt dessen habe die Vorinstanz aufgrund der von der Vo- rininstanz unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes erhebliche Beweise aus- ser Acht gelassen und daraus offensichtlich unhaltbare und nicht nachvollziehba- re Schlüsse gezogen (act. 90 S. 13ff. Rz 43 - 49 und Rz 65 - 67). Eventualiter steht der Beklagte auf dem Standpunkt, die Vorinstanz habe ihre Fragepflicht ver-

- 8 - letzt, weil sie ihn – nicht anwaltlich vertreten – hätte darauf hinweisen müssen, falls sie der Ansicht gewesen wäre, die Vorbringen seien zu wenig substantiiert, was indes nicht der Fall gewesen sei (act. 90 Rz 50 - 59). 5.2 Die Klägerin hält dafür, die Vorinstanz habe sämtliche relevanten Vorbringen der Parteien gewürdigt, der Beklagte habe es aber vor Vorinstanz versäumt, für seine Vorbringen Beweismittel zu offerieren, insbesondere D._____ als Zeugen anzurufen. Sie bestreitet alsdann die vom Beklagten erwähnten Indizien, welche gar nichts beweisen würden. Diese seien von der Vorinstanz ins Protokoll aufge- nommen worden, jedoch nicht näher ausgeführt oder gar mit Beweismitteln un- termauert worden. Aus dem Protokoll der Hauptverhandlung gehe sodann hervor, dass der Beklagte durch die Vorinstanz mehrfach darauf hingewiesen worden sei, seine

Behauptungen mit Beweismitteln zu untermauern; eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht sei nicht ersichtlich. Es sei einzig und allein das Verschulden des Beklagten, dass keine weiteren Beweismittel abgenommen worden seien, da er es nicht für notwendig erachtet habe, der Vorinstanz weitere Beweismittel zu offerieren. Die Vorinstanz habe aber sogar das Gutachten als Beweismittel des Beklagten zugelassen und abgenommen, welches gar nicht hätte abgenommen werden dürfen (act. 101 Rz 14 - 25). 5.3 Mit dem Vorwurf, die Vorinstanz habe sich nicht mit den vor Vorinstanz vorgebrachten Indizien auseinandergesetzt, rügt der Beklagte sinngemäss die Verletzung des Gehörsanspruchs. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV steht den Parteien das rechtliche Gehör zu. Dieser Anspruch ist formeller Natur, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGer 5A_359/2009 vom 4. August 2009 E. 2.2.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere auch das Recht des Betroffenen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden. Daraus ergibt sich, dass das Gericht rechtzeitig und formrichtig angebotene erhebliche Beweismittel grundsätzlich abnehmen muss (BGer 5P.456/2006 vom 23. März 2007 E. 2.2.3). 5.4 Im vorinstanzlichen Verfahren wurden die Parteien am 29. April 2016 zur Hauptverhandlung auf den 13. Juni 2016 vorgeladen (act. 9). Dabei wurden sie

- 9 - unter "Wichtige Hinweise" u.a. darauf aufmerksam gemacht, dass sie in der (Haupt-)Verhandlung dem Gericht das Streitverhältnis darzulegen, ihre Anträge zu stellen und zu begründen sowie die einzelnen Beweismittel detailliert zu bezeichnen hätten, wobei die einzelnen Beweismittel separat aufgezählt waren. Nach dem ersten Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung wies der Einzelrichter die Parteien erneut darauf hin, dass alle Beweismittel wie Urkunden, Zeugen, schriftliche Auskünfte, persönliche Befragung und Gutachten zu bezeichnen seien (act. 13 S. 4). Nach Eingang des Rückweisungsentscheides der Kammer vom 20. Dezember 2017 sowie der Akten am 16. Februar 2017 setzte die Vorinstanz den Parteien mit Verfügung vom 20. Februar 2017 Frist an, um schriftlich im Doppel allfällige weitere, nicht bereits in der Hauptverhandlung angerufene Beweismittel (Urkunden, Zeugen, Augenschein, Expertise etc.) zu der vom Obergericht a.a.O. erwähnten Beweisproblematik anzurufen (act. 42). In den Erwägungen bezog sich die Vorinstanz auf Erwägung Ziff. 7.8 des obergerichtlichen Entscheides, wo festgehalten wird, dass die Vorinstanz primär die umstrittene Vertragsunterzeichnung durch den damaligen Vereinspräsidenten D._____ zu klären habe. Der Beklagte habe der entsprechenden Behauptung der Klägerin entgegengehalten, dass Vereinspräsident D._____ im fraglichen Zeitpunkt gar nicht abkömmlich gewesen sei. Dies sowie allfällige weitere entscheidungsrelevante Tatsachen seien im Beweisverfahren zu erheben (act. 39 S. 12 E. 7.8). Gleichzeitig mit der Fristansetzung an beide Parteien setzte die Vorinstanz der Klägerin Frist an, um sich zum beklagten Antrag auf nachträgliche Zulassung des Gutachtens des Forensischen Instituts Zürich vom 28. Oktober 2015 als Beweismittel zu äussern (act. 42). Diesen Antrag hatte der Beklagte nach dem obergerichtlichen Entscheid mit Eingabe vom 19. Januar 2017 bei der Vorinstanz gestellt (act. 40) und darin erläutert, weshalb es aus seiner Sicht nicht möglich gewesen sei, das Gutachten bereits anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung als Beweismittel zu nennen. Weitere Beweismittel nannte der Beklagte innert der neu angesetzten Frist (bis 9. März 2017) nicht. Die Klägerin äusserte sich innert erstreckter Frist zum Antrag des Beklagten auf Zulassung des Gutachtens (act. 45), wozu der Beklagte wiederum Stellung nahm (act. 49). Am 11. Mai 2017 erging alsdann die Beweisverfügung (act. 52). Als zu beweisende

Behauptung wurde

- 10 - dabei der Klägerin der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass D._____ den Pachtvertrag und die Zusatzvereinbarung, je vom 28. Juni 2011, eigenhändig unterzeichnet habe. Dem Beklagten wurde der Gegenbeweis dafür eingeräumt, dass Vertrag und Zusatzvereinbarung nicht eigenhändig von D._____ unterzeichnet worden waren (a.a.O.).

5.5 Aus dem geschilderten Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ergibt sich, dass die Parteien – und damit auch der Beklagte – vor und während der Hauptverhandlung und dann ein weiteres Mal mit Verfügung vom 20. Februar 2017 darauf aufmerksam gemacht und überdies aufgefordert wurden, ihre Beweismittel zu nennen. Dies musste auch im Lichte von Art. 247 ZPO genügen. Eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht ist nicht ersichtlich. Nachdem der Rückweisungsentcheid ergangen war, hatte der Beklagte denn auch von sich aus die Zulassung eines (weiteren) Beweismittels beantragt, was deutlich macht, dass ihm die Rechtslage klar war, auch wenn er im Verfahren formell nicht anwaltlich vertreten war.

5.6 Es trifft zu, dass die Vorinstanz weder in der Beweisverfügung noch im Entscheid auf die vom Beklagten im Rahmen der Hauptverhandlung als "Ungeheimheiten" bezeichneten Vorbringen, eingegangen ist. Dabei ist nicht klar, ob die Vorinstanz diese Vorbringen als zum vornherein nicht erheblich betrachtete oder ob sie sie deshalb nicht erwähnte, weil für sie (obwohl von der Klägerin bestritten) seitens des Beklagten keinerlei Beweismittel genannt worden waren. Sollte letzteres der Fall gewesen sein, so wäre es zwar begrüssenswert gewesen, wenn die Vorinstanz dies im Entscheid erwähnt hätte. Wenn sie dies nicht tat, vermag sich dies aber nicht zulasten des Beklagten auszuwirken. Strittige Behauptungen, für die keine Beweismittel bezeichnet wurden und die damit unbewiesen sind, können sich auf den Entscheid nicht auswirken. Soweit Beweismittel bezeichnet wurden, wurden diese – wie zu zeigen ist – von der Vorinstanz zwar nicht in der Beweisverfügung, jedoch im Entscheid berücksichtigt. Soweit die vom Beklagten als "Ungeheimheiten" gemachten Vorbringen, auf welche die Vorinstanz nicht eingegangen ist, nicht bestritten sind, hätte die Vorinstanz diese auf ihre Relevanz hin prüfen und mindestens erwähnen und be-

- 11 - gründen müssen, dass und weshalb sie sie nicht für entscheidrelevant hielt. Inso weit kam sie dem Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör nicht nach. Da der Berufungsinstanz umfassende Kognition zukommt und die Parteien im Rahmen des Berufungsverfahrens Gelegenheit hatten, sich dazu äussern (– was sie denn auch ausgiebig taten –), kann dieser Mangel geheilt werden (Allgemein zur Möglichkeit der Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs: BGer 5A_296/2013 vom 9. Juli 2013 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 137 I 195 E. 2.3.2, BGE 136 V 117, BGE 135 I 279, BGE 133 I 201).

Auf die einzelnen Vorbringen ist nachstehend – und gegebenenfalls im Rahmen der anschliessenden Überprüfung der vorinstanzlichen Beweiswürdigung – einzugehen:

5.7.1 Vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren nicht in Abrede gestellt wurde die Behauptung des Beklagten (act. 13 S. 2; act. 90 S. 15), er habe das Original des Pachtvertrages und der Zusatzvereinbarung nie gesehen. Die Klägerin macht geltend, dass dieses der Staatsanwaltschaft habe eingereicht werden müssen (act. 13 S. 11 und act. 101 S. 10), der Beklagte indes die Edition hätte verlangen können. Dies ist im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

5.7.2 Es ist unbestritten, dass auf dem Vertrag als Ort "A._____" steht (act. 13 S. 2), der so nicht existiert. Die Klägerin bezeichnet dies als nicht geradezu falsch, weil als Ausstellungsort auch die Adresse bezeichnet sei (act. 13 S. 5). Da der Beklagte hieraus nicht mehr ableitet, als dass er erklärt, diesen Ort nie selbst ge-

schrieben zu haben, erübrigen sich Weiterungen dazu. 5.7.3 Der Beklagte hatte in der Klageantwort geltend gemacht, dass das Empfehlungsschreiben erst im Juli 2012, mithin ein Jahr nach dem angeblichen Vertragsschluss, einverlangt worden sei, wogegen sich aus dem Vertrag für die Lieferung der Tafel eine Frist von sechs Monaten ergebe. Bereits im Juli 2012 sei der Klägerin mitgeteilt worden, dass der Vertrag nicht unterschrieben worden sei. Auch das Empfehlungsschreiben sei nicht vom Beklagten unterschrieben worden. Aus einem Vergleich eines Schreibens des Beklagten und dem vermutlich von der Klägerin kreierten Schreiben gehe hervor, dass das Logo auf dem Empfehlungsschreiben hineinkopiert sein müsse (act. 13 S. 3). Suspekt sei auch, dass der

- 12 - E-Mail-Verkehr nie über eine offizielle E-Mail-Adresse gelaufen sei. Sie (d.h. der Beklagte) seien davon ausgegangen, dass der Vertrag nie zustande gekommen sei (act. 13 S. 2/3). Die Klägerin erklärte die Verzögerung des Empfehlungsschreibens damit, dass verschiedenste Leute im Aussendienst mit der Vermarktung und Vermittlung der Magnettafeln beschäftigt gewesen seien und die zeitlichen Kapazitäten gefehlt hätten, um den aus dem Vertrag fliessenden Verpflichtungen nachzukommen; melde sich die Vertragspartei nicht, wie dies beim Beklagten der Fall gewesen sei, werde davon ausgegangen, dass die Verzögerung toleriert werde (act. 13 S. 6). Bezug nehmend auf die vom Beklagten eingereichte E-Mail-Korrespondenz bestritt die Klägerin, dass bereits im Juli 2012 mitgeteilt worden sei, der Vertrag sei gar nie eingegangen und die Unterschrift von D._____ sei gefälscht worden (act. 13 S. 8). In der Replik wiederholte der Beklagte, dass er nie einen Vertrag unterschrieben habe und Frau E._____ bereits im Juli 2012 darüber informiert habe. Auf diese Mitteilung sei bis im November 2012, als die Mitteilung gekommen sei, die Tafel sei nun zum Aufhängen bereit, nicht reagiert worden. Der Vorstand habe von den Verhandlungen gewusst, es sei aber nie von einem Vertragsschluss die Rede gewesen (act. 13 S. 9 und 10). Im Rahmen der Berufung (act. 90) verweist der Beklagte auf diese Vorbringen und ergänzt sie mit Plausibilitätsüberlegungen. Neu und unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO) ist die Behauptung des Beklagten, er hätte die Klägerin fristgerecht gemahnt, wäre er mit ihr einen Vertrag eingegangen (act. 90 s. 16 lit. e). Die Klägerin schliesst insbesondere aus dem Nichtreagieren des Beklagten, dass er den Vertrag habe gelten lassen, bis er aufgrund von Recherchen auf negative Berichterstattungen über die Klägerin gestossen sei. Der Vorstand habe das gesamte Projekt ausführlich diskutiert und bewilligt. Erst im Nachhinein habe man erkannt, dass Leistung und Gegenleistung des eingegangenen Vertrags nicht übereinstimmen und aus diesem Grund habe man dann auch vom Vertrag zurücktreten wollen (act. 13 S. 7/8, 11). Bei den erwähnten Vorbringen geht es im Wesentlichen um das nach dem umstrittenen Vertragsschluss gezeigte Verhalten der Parteien, aus welchem die Parteien unterschiedliche Schlüsse ziehen. Dabei stützen sich beide Parteien wesentlich auf die E-Mail-Korrespondenz (act. 14/1-5), welche der Beklagte auf ent-

- 13 - sprechende Aufforderung der Vorinstanz und alsdann konkret zu den entsprechenden Behauptungen als Beweismittel angerufen hatte (act. 13 S. 2 und 3). Der Einwand des Beklagten, die Vorinstanz habe erhebliche Beweise ausser Acht gelassen (vgl. act. 90 Rz 85f.), erweist sich mit Bezug auf diese E-Mail-Korrespondenz (act. 14/1-5), welche vor Vorinstanz ebenso formgerecht wie auch rechtzeitig als Beweismittel angerufen worden war, insofern als begründet als sie nicht Eingang in die Beweisverfügung fand. Da sie dennoch in die vorinstanzliche Beweiswürdigung im angefochtenen Entscheid (act. 94 S. 12 ff.) einfluss, wirkte sich dieser Mangel indes nicht aus. 5.7.4 Nicht relevant erscheint der

Einwand des Beklagten, dass es nicht den Umständen entsprochen habe, dass der Vereinspräsident solche Verträge unterschreibe (act. 13 S. 3, act. 90 S. 16 lit. j.). Die Klägerin weist zu Recht darauf hin (act. 101 S. 13 lit. j), dass gemäss dem obergerichtlichen Rückweisungsentscheid grundsätzlich davon auszugehen ist, dass der damalige Vereinspräsident D._____ den Beklagten hätte verpflichten können. Es besteht kein Anlass von dieser Auffassung abzuweichen, weshalb auf die entsprechenden Erwägungen zu verweisen ist (act. 39 Erw. 7). 6.1 Die Klägerin beruft sich im Berufungsverfahren verschiedentlich auf die im vorinstanzlichen Verfahren nachträglich als Beweismittel angerufenen und ins Recht gelegte Konfrontationseinvernahme von C._____ und D._____ (act. 46), welche am 24. Februar 2017 durch die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich erfolgte (act. 101 S. 4, 6, 7/8, 9, 13, 18/19). Act. 46 wurde als Beweismittel in die Beweisverfügung aufgenommen (act. 52). Im angefochtenen Entscheid erwog die Vorinstanz, dass das Protokoll der Konfrontationseinvernahme von der Klägerin ohne Verzug als Novum ins Verfahren einbezogen worden sei, eine Berücksichtigung indes daran scheitere, dass die im Strafverfahren Einvernommenen dort als Beschuldigte ohne Wahrheitspflicht ausgesagt hätten. Eine Verwertung als eigentliche Zeugenaussage im Sinne von Art. 169 ZPO sei daher abzulehnen, was gleichermassen ausschliesse, das Protokoll in Bezug auf die darin verkörperten Aussagen als Urkunde im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b und Art. 177 ff. ZPO zu berücksichtigen (act. 94 E. 4.5).

- 14 - Die Klägerin lässt diese Erwägungen in der Berufungsantwort unkommentiert und beruft sich weiterhin auf die Konfrontationseinvernahme. Damit kommt sie ihrer Begründungslast nicht hinreichend nach. Ohne dass sich die Klägerin mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzt oder diese auch nur pauschal in Frage stellt, ist es der Berufungsinstanz verwehrt, die Korrektheit dieser prozessualen Erwägungen der Vorinstanz zu überprüfen. Es muss vielmehr dabei sein Bewenden haben, was bedeutet, dass die in der Konfrontationseinvernahme deponierten Äusserungen für den Entscheid nicht zu berücksichtigen sind. 6.2 Gleiches gilt auch, soweit sich die Klägerin im Berufungsverfahren wiederum auf die vor Vorinstanz nachträglich eingereichten Dokumente (act. 62 und 63) beruft (act. 101 S. 8, 10, 11, 12), welche die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid mit der Begründung nicht zugelassen hat, die Klägerin habe es versäumt, diese einer konkreten Tatsachenbehauptung zuzuordnen und schlüssig aufzuzeigen, wie sich diese zum strittigen Sachverhalt verhalten (act. 94 E. 4.6). Auch hiezu hat sich die Klägerin in der Berufungsantwort nicht geäußert, weshalb es dabei sein Bewenden haben muss. 6.3 Die Klägerin rügt in der Berufungsantwort mit Bezug auf die Zulassung von Beweismitteln hingegen ausdrücklich, die Vorinstanz habe das vom Beklagten verspätet offerierte Gutachten zu Unrecht als Beweismittel abgenommen; dies obwohl das Obergericht bereits rechtskräftig festgestellt habe, dass dieses in Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden könne, weil nicht dargetan sei, dass es nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätte eingebracht werden können (act. 101 Rz 4 unter Hinweis auf act. 39 E. 6). Dem kann nicht gefolgt werden. Insbesondere lässt sich aus den Erwägungen im Rückweisungsentscheid, welche sich auf die Vorbringen des Beklagten im Rahmen des ersten Berufungsverfahrens bezogen, für das erstinstanzliche Verfahren nichts ableiten. Aus dem dargestellten Ablauf des erstinstanzlichen Verfahrens ergibt sich wie gesehen, dass der Beklagte seinen Antrag um Zulassung des Gutachtens des Forensischen Instituts Zürich vom 28. Oktober 2015 als Beweismittel am 19. Januar 2017 nach Erlass des Rückweisungsentscheides stellte und dort

- 15 - dartat und begründete, weshalb er nicht in der Lage gewesen sei, dies zu einem früheren Zeitpunkt zu tun (act. 40 und act. 41/1-3); die Klägerin beantragte am 27. März 2017 die Abweisung des Antrages (act. 45), die Vorinstanz begründete alsdann im angefochtenen Entscheid im Einzelnen die Zulässigkeit der nachträglichen Beweismittelbezeichnung (act. 94 E. 4.2. - 4.4.). Auch mit dieser Begründung setzt sich die Klägerin in der Berufungsantwort nicht einmal ansatzweise auseinander, weshalb sie insoweit ihrer Begründungslast wiederum nicht genügt. Es erübrigen sich Weiterungen, und es bleibt bei der Zulassung des Gutachtens als zu berücksichtigendes Beweismittel.

E. 7.1

Der Beklagte rügt die vorinstanzliche Beweiswürdigung und bezeichnet sie als willkürlich. Er weist darauf hin, dass nach dem Zeugen C._____ der Vertrag und die Zusatzvereinbarung am gleichen Tag geschlossen worden sein soll, an dem auch ein Foto gemacht worden sei, was der im Recht liegenden Fotografie mit Datum 27. Juni 2011 (act 15/3) und den Verträgen, die vom 28. Juni 2011 datieren (act. 4/4 und 4/5), widerspreche. Sodann sei nicht glaubwürdig, wenn C._____ bei der Zeugeneinvernahme antworte, er wisse nicht, welche Fragen ihm im kurz vor der Befragung ergangenen Strafverfahren gestellt worden seien; von einem kohärenten und stimmigen Bild könne nicht gesprochen werden. Unrichtig sei die vorinstanzliche Begründung auch insoweit, als im Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme (18. September 2017) der erstinstanzliche Freispruch des Zeugen noch nicht rechtskräftig gewesen sei und er deshalb sehr wohl noch Nachteile zu befürchten gehabt habe; das Verfahren vor Obergericht sei erst mit Beschluss vom 3. November als durch Rückzug der Berufung durch die Staatsanwaltschaft abgeschrieben worden (act. 90 Rz 71 - 75). Der Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz ziehe aus der E-Mail-Korrespondenz die falschen Schlüsse, und weiter gewichte sie das Gutachten des Forensischen Instituts vom 28. Oktober 2015 in nicht nachvollziehbarer Weise zu wenig stark. Dieses spreche sich dafür aus, dass D._____ die entsprechenden im Streit liegenden Unterschriften nicht eigenhändig geschrieben habe. Die Beweise der Klägerin, die den Hauptbeweis erbringen müsse, wiesen entgegen den Erwägungen der Vorinstanz eben gerade nicht deutlich auf einen Vertragsschluss hin; zudem erweise sich der Gegenbeweis der

- 16 - Beklagten als überzeugend, weshalb das angefochtene Urteil aufzuheben sei (act. 90 Rz 76 - 82).

E. 7.2

Die Klägerin hält ihrerseits die Zeugenaussage von C._____ mit der Vorinstanz als überzeugend. Die Differenz beim Datum auf dem Foto habe er überzeugend erklären können und D._____ habe selbst erklärt, dass anlässlich des Treffens Fotos gemacht worden seien. Der Hinweis des Zeugen auf die Einvernahme im Strafverfahren und der Umstand, dass er dort gleich ausgesagt habe, mache ihn glaubwürdig und nicht suspekt – dies im Gegensatz zu den widersprüchlichen Aussagen von D._____. Der Rückzug der Berufung durch die Staatsanwaltschaft sei überdies mit Eingabe vom 28. August 2017 erfolgt und der Freispruch damit am 18. September 2017 rechtskräftig gewesen; demgegenüber seien gegen die Vorstandsmitglieder des Beklagten gleich drei Strafbefehle ergangen (act. 63/1-3). Was die Interpretation der E-Mail-Korrespondenz durch die Vorinstanz betreffe, sei der Vorinstanz ebenso zu folgen wie der Würdigung des Gutachtens; auch der Staatsanwalt habe das Gutachten als keinesfalls "vollkommen sicher" bezeichnet. Eine willkürliche Beweiswürdigung vermöge der Beklagte nicht darzutun, weshalb die Berufung abzuweisen

sei (act. 101 Rz 26 - 32).

E. 7.3

Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Beweiswürdigung und dabei auch der Würdigung von Zeugenaussagen im angefochtenen Urteil zutreffend dargelegt (act. 94 E. 5.3). Diese werden von den Parteien nicht in Frage gestellt. Zutreffend hat sie auch darauf hingewiesen, dass für das Verfahren das Regelbeweismass gilt. Demnach gilt ein voller Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen (BGE 140 III 610 E. 4.1; BGer 4A_310/2013 vom 19. November 2013 E. 2 mit Hinweis auf BGE 133 III 153 E. 3.3 und 130 III 321 E. 3.2; auch BGE 132 III 715 E.3.1). Die Hauptbeweislast für die Vertragsunterzeichnung obliegt der Klägerin, welche daraus ihre Rechte ableitet (Art. 8 ZGB).

E. 7.3.1

Der Vorinstanz kann zunächst ohne weiteres dahingehend gefolgt werden, dass der Umstand, dass der Zeuge C._____ damals (und bis Ende 2015) für die Klägerin tätig war, nicht per se gegen seine Glaubwürdigkeit spricht. Der Zeuge

- 17 - konnte alsdann in der Sache grundsätzlich ein stimmiges Bild von den Geschehnissen, welche sich am 28. Juni 2011 im und um das Vereinslokal des Beklagten abgespielt haben sollen, abgeben. An Besonderheiten, wie an den Umstand, dass besprochen worden sein soll, dass der Defibrillator im ...raum – und damit im Unterschied zu anderen Fällen getrennt von der Magnettafel – installiert werden sollte, vermochte er sich zu erinnern. Sodann äusserte er sich klar dahingehend, dass die Verträge, welche er ausgefüllt habe, im Anschluss an die Besprechung von ihm und D._____ unterzeichnet worden seien, wobei er als Datum das auf den Verträgen erwähnte, nämlich den 28. Juni 2011, nannte (act. 69 S. 5 ff.). Auf Vorhalt eben dieser Verträge (act. 4/4 und 4/5) erklärte er, dass er selbst rechts unterzeichnet habe und links die Unterschrift von D._____ sein müsse, wobei er zu diesem "müsse" ergänzte, er sei sich sicher; er habe ja mit ihm den Vertrag gemacht und auch darüber gesprochen (act. 69 S. 4). Zur Frage, was er dazu meine, dass D._____ aussage, dass er diese Unterschrift nicht geleistet habe, erklärte er: "Das ist seine Einstellung. Ich kann nur sagen, was ich an diesem Tag gemacht habe" (act. 69 S. 4). Mit dem – im Rahmen des Gegenbeweises als Beweismittel angebotenen und zugelassenen – Gutachten des Forensischen Instituts Zürich (act. 41/2) wurde der Zeuge in der Einvernahme ebenso wenig konfrontiert wie mit dem Foto (act. 15/3), welches unbestrittenermassen nicht das Datum des 28. Juni 2011 aufweist, sondern das Datum des 27. Juni 2011, von welchem aber die Klägerin (wie auch der Zeuge) davon ausgeht, es sei anlässlich dieser Besprechung gemacht worden (act. 69 S. 7).

E. 7.3.2

Dass die Vorinstanz die Aussage des Zeugen als kohärent und grundsätzlich glaubhaft bezeichnet und sie daraus auch keine Lügen- noch Phantasiesignale lesen konnte, ist nicht zu beanstanden. Was der Beklagte dagegen vorbringt, vermag dies nicht in Zweifel zu ziehen. Insbesondere vermöchte der Umstand, dass der Zeuge im Straf- und im Zivilverfahren gleich aussagte, die Glaubhaftigkeit nicht in Zweifel zu ziehen, und ob im Zeitpunkt der Einvernahme (18. September 2017) das freisprechende Strafurteil bereits rechtskräftig war, kann nicht entscheidend sein. Zutreffend ist indes, dass die unterschiedlichen Daten auf Vertrag und Zusatzvertrag einerseits und dem Foto

andererseits im Rahmen der Zeugenbefragung nicht geklärt wurden.

- 18 -

E. 7.3.3

Aus der vom Beklagten zum Beweis angerufenen E-Mail-Korrespondenz (act. 14/1-5) ergibt sich, dass D. _____ in der Woche vom 27. Juni bis zum 2. Juli 2011 beruflich jeweils bis mindestens 19.00 Uhr im Einsatz war (act. 14/1), was unabhängig von der Beweiskraft dieser Zusammenstellung die Darstellung des Zeugen weder ausschliesst noch bestätigt. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist damit aber auch nicht der Beweis erbracht, dass D. _____ am 28. Juni 2011 nicht vor Ort sein konnte. Aus den weiteren Unterlagen gemäss act. 14/2-4 ergibt sich für die zu beurteilende Frage, nämlich dafür, ob am 28. Juni 2011 D. _____ für den Beklagten die Verträge (act. 4/4 und 4/5) unterzeichnete, nichts. Gleiches muss auch für die E-Mail-Korrespondenz zwischen dem 12. und 15. Juli 2012 (act. 14/5) gelten, welche wohl Gespräche im Sinne einer Umsetzung des Vertrages bekräftigen, indes für den Vertragsschluss an sich keinen klaren Schluss zulassen. Die Interpretation der Klägerin, dass das sich aus der Korrespondenz ergebende Verhalten von D. _____ nach Vertragsschluss zeige, dass auch der Beklagte von einem Vertragsschluss ausgegangen sei, erscheint möglich. Gleiches gilt aber auch für die Version des Beklagten, der Gespräche durchaus einräumt, aber keine vertragliche Verpflichtung eingegangen sein will. Aus den vom Beklagten vorgebrachten Umständen und den dazu eingereichten Urkunden (act. 14/1-5) lässt sich damit weder die klägerische noch die beklagte Darstellung bestätigen oder ausschliessen. Es können deshalb Weiterungen dazu unterbleiben. Die Würdigung der Vorinstanz, dass die Aussagen des Zeugen C. _____ und das Gebahren von D. _____ im Rahmen seines E-Mail-Verkehrs mit E. _____ dafür sprächen, dass D. _____ die strittigen Verträge unterzeichnet habe, erweist sich zwar nicht als willkürlich, ist aber auch keineswegs zwingend.

E. 7.3.4

Fest steht, dass die Diskrepanz bei den Daten auf den Verträgen und dem Foto im Beweisverfahren nicht geklärt wurde, es mithin dabei bleibt. Weiter ist wie gesehen (vorher E. 5.7.1) davon auszugehen, dass der Beklagte das Original des Pachtvertrages und der Zusatzvereinbarung nie gesehen hat. Fest steht weiter, dass beide in die (unbestrittenen) Gespräche involvierten Personen, sowohl C. _____ wie auch D. _____ in den Strafverfahren freigesprochen wurden. Des weiteren kommt das Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom 28. Oktober 2015 (act. 41/2), dessen Beweiswert die Vorinstanz mit zutreffender

- 19 - Begründung als hoch eingestuft hat (act. 94 E. 6.1), zum Schluss, dass die Untersuchungsbefunde dafür sprächen, dass die sechs fraglichen Unterschriften auf dem Pachtvertrag, der Zusatzvereinbarung, dem Infoblatt und dem Schreiben "Aufstellung eines Defibrillators" nicht von D. _____ stammen. Insgesamt seien die festgestellten Befunde unter der Fälschungshypothese deutlich besser erklärbar als unter der Echtheithypothese (act. 41/2 S. 11). Auch wenn die Vorinstanz darauf hinweist, dass die Fälschungshypothese bei richtigem Verständnis des Gutachtens aus gutachterlicher Sicht plausibler ist, indes nicht ausgeschlossen werden kann, dass D. _____ die vorerwähnten Dokumente eigenhändig unterzeichnet habe und sich dadurch der Beweiswert des Gutachtens abschwächt (act. 94 E. 6.4), muss bei der Würdigung davon ausgegangen werden, dass das Gutachten die klägerische Behauptung jedenfalls nicht stützt.

E. 7.4

Eine Gesamtwürdigung der Beweismittel, welche im Rahmen des Beweisverfahrens berücksichtigt werden können ergibt, dass zwar die insoweit klare Aussage des Zeugen C._____ dafür spricht, dass D._____ wie von der Klägerin behauptet, den fraglichen Vertrag und die Zusatzvereinbarung (am 28. Juni 2011) unterzeichnet hat. Die geschilderten nicht behobenen Unklarheiten sowie das im Ergebnis gegen die klägerische Darstellung sprechende Gutachten des Forensischen Instituts belassen indes Zweifel, die nicht mehr als unerheblich bezeichnet werden können. Der Nachweis für den behaupteten Vertragsschluss kann daher nicht als erbracht betrachtet werden. Dies muss in Gutheissung der Berufung zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und zur Abweisung der Klage führen.

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten und Berufungskläger unter Beilage von Doppeln der Berufungsantwort samt Beilagen (101

- 22 - und act. 103/2 - 5), sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 9

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. 25'500.--. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. S. Kröger versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.