

# ZH\_OBERGERICHT LB160026 vom 4. Juli 2016

ZH Obergericht, 2016-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB160026](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB160026)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB160026 du 4 juillet 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LB160026 del 4 luglio 2016

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte Am 7. April 2014 machte der Kläger die vorliegende Klage mit der Klagebewilligung und einer schriftlichen Klagebegründung beim Bezirksgericht Horgen rechtshängig. Nach Eingang der Klageantwort fand eine Instruktionsverhandlung statt, an welcher eine Parteibefragung beider Parteien im Sinne von Art. 191 ZPO zu den massgeblichen Sachverhaltsumständen durchgeführt wurde. Da Vergleichsgespräche scheiterten, wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Am 28. April 2015 erging die Beweisverfügung, mit welcher u.a. die Einvernahme der drei Zeugen C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ als Hauptbeweismittel des Beklagten angeordnet und rechtshilfweise die zuständigen deutschen Gerichte um die entsprechenden Einvernahmen ersucht wurden. Am 30. Juni 2015 und nach Vorliegen der Zeugeneinvernahmeprotokolle der beiden ersterwähnten Zeuginnen fand die Hauptverhandlung mit je zwei Parteivorträgen statt. In deren Folge wurde am 9. Juli 2015 eine ergänzende Befragung der Zeugin C.\_\_\_\_\_ angeordnet und am 17. September 2015 rechtshilfweise durchgeführt. Die Einvernahme des Zeugen E.\_\_\_\_\_ scheiterte daran, dass ihn der Kläger und seine Ehefrau nicht von der Schweigepflicht als Notar entbunden haben. Auf Wunsch der Parteien wurde am 15. Dezember 2015 die Hauptverhandlung mit den Schlussvorträgen fortgesetzt, worauf das Bezirksgericht am 22. Dezember 2015 das Urteil fällte und die Klage, abgesehen von einer Korrektur bei den Zinsen, im Grundsatz guthiess. Das zunächst unbegründet erlassene Urteil wurde am 7. April 2016 den Parteien in begründeter Fassung zugestellt. Der Beklagte hat am 9. Mai 2016 rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung gegen das Urteil erhoben mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 118). Den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 12'300.- hat er am 20. Mai 2016 rechtzeitig geleistet (Urk. 122). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, wurde auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

### E. 2

Sachverhalt Gegenstand der vorliegenden Klage ist die Rückforderung eines unbefristeten - 4 - Darlehens über DM 300'000.- (entsprechend EUR 153'387.56), welches der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) unbestrittenermassen dem Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) gemäss schriftlichem Darlehensvertrag vom 26. März 1994 für geschäftliche Zwecke gewährt hat, verzinslich zu 12% pro Jahr, Zinsen zahlbar vierteljährlich, erstmals zum 5. Juli 1994 (Urk. 5/1). In Form eines notariellen Schuldanerkenntnisses bestätigte der Beklagte sodann am 28. Januar 1998, C.\_\_\_\_\_, der Ehefrau des Klägers, den Betrag von DM 300'000.-, verzinslich zu 12% pro Jahr ab dem 12. April 1994, zu schulden (Urk. 24/9). Am 19. März 2007 einigten sich der Beklagte und C.\_\_\_\_\_ vergleichsweise, dass der Beklagte zwecks Tilgung der Forderung gemäss dem notariellen Schuldanerkenntnis C.\_\_\_\_\_ EUR 10'000.- bezahlt und ihr 12'000 Aktien der

F.\_\_\_\_AG überträgt (Urk. 15/2); dieser Vergleich wurde seitens des Beklagten unbestrittenermassen erfüllt. Zentrales Prozessthema ist, ob vorliegend ein einziges Darlehen des Klägers vorliegt, das an die Ehefrau abgetreten und vergleichsweise vollumfänglich getilgt wurde, oder ob dem Beklagten zwei Beträge à DM 300'000.- übergeben wurden, wobei die Rückzahlungsforderung und Zinsen aus dem Darlehen vom 26. März 1994 noch offen sind. Die urteilsmässige Feststellung der Vorinstanz, dass nach dem anwendbaren deutschen Recht die Darlehenshauptforderung und die Darlehenszinsen seit dem 1. Januar 2010 noch nicht verjährt sind (Urk. 119 S. 26ff), blieb im Berufungsverfahren seitens des Beklagten unangefochten (Urk. 118).

### **E. 3**

#### **Parteistandpunkte**

##### **E. 3.1**

Nach dem vorinstanzlichen Prozessstandpunkt des Klägers hat der Beklagte bis heute das Darlehen vom 26. März 1994 weder zurückbezahlt noch je eine Zinszahlung geleistet. Er habe - entgegen dem Beklagten - die streitige Darlehensforderung nicht an seine Ehefrau C.\_\_\_\_ abgetreten und der streitige Darlehensvertrag stehe in keinem Zusammenhang mit dem notariellen Schuldanerkenntnis des Beklagten vom 28. Januar 1998 zugunsten von C.\_\_\_\_. Grundlage des notariellen Schuldanerkenntnisses sei vielmehr die Forderung auf Rückzahlung eines Anteilscheins der G.\_\_\_\_ GmbH vom 12. April 1994 über DM 300'000.- gewesen (Urk. 24/10), was sich bereits aus dem in beiden Urkunden übereinstimmenden Datum des 19. April 1994 für den Verzinsungsbeginn er-

- 5 - gebe. Sodann unterschieden sich die Zinstermine für die Anteilscheinforderung (1.7. und 31.12., ab 19.4.1994) von den Zinsterminen des streitigen Darlehens vom 26. März 1994 (vierteljährlich, jeweils am 5. des Monats, ab 5.7.1994). C.\_\_\_\_ habe sich ca. 1991 oder 1992 für den Kauf einer Eigentumswohnung interessiert und dafür eine Zahlung von DM 300'000.- an den Beklagten geleistet. Zur Absicherung eines allfälligen Rückzahlungsanspruchs für diese DM 300'000.- sei ihr dann der Anteilschein der G.\_\_\_\_ GmbH vom 12. April 1994 übergeben worden. Der Wohnungskauf sei gescheitert und der Beklagte sei zahlungsunfähig geworden, weshalb es dann am 19. März 2007 zu einer vergleichweisen Regelung des Rückzahlungsanspruchs von C.\_\_\_\_ u.a. durch die Übertragung von Aktien der Firma F.\_\_\_\_ AG gekommen sei. Der Beklagte habe somit mindestens zwei Mal DM 300'000.- vom Kläger und seiner Ehefrau bekommen. Als Beweismittel für seine Sachdarstellung berief sich der Kläger auf seine Parteibefragung und eine eidesstattliche Versicherung von C.\_\_\_\_ (Urk. 3, Urk. 23 S. 5ff, Urk. 35 S. 10ff).

##### **E. 3.2**

Nach dem vorinstanzlichen Prozessstandpunkt des Beklagten hat er mit dem notariellen Schuldanerkenntnis vom 28. Januar 1998 zugunsten von C.\_\_\_\_ und der späteren Erfüllung des mit ihr abgeschlossenen diesbezüglichen Vergleichs das Darlehen des Klägers vom 26. März 1994 zurückbezahlt. Dieses Darlehen sei zuvor vom Kläger an seine Ehefrau abgetreten worden, da er wegen eines Offenbarungseides nach deutschem Recht kein eigenes Vermögen mehr habe ausweisen dürfen. Der Anteilschein der G.\_\_\_\_ GmbH sei dem Kläger als Sicherheit für das Darlehen ausgestellt worden, da auch die Darlehenssumme in diese Gesellschaft investiert worden sei. Diese Sicherheit sei im Rahmen der Forderungsabtretung auf die Ehefrau übergegangen. Die Ehefrau des Klägers habe ihm selber nie ein Darlehen gegeben; eine angebliche Zahlung für eine Wohnung

könne - wenn überhaupt - auch kein Darlehen darstellen. Die Eheleute BC.\_\_\_\_\_ wären damals finanziell gar nicht in der Lage gewesen, ihm insgesamt DM 600'000.- zu übergeben. Die Darlehenszinsen habe er dem Kläger auf dessen Wunsch sodann jeweils bar und ohne Quittung bezahlt. Es wäre seitens des Klägers lebensfremd, mit der Rückforderung nur schon der Darlehenszinsen fast 20 Jahre zuzuwarten, welche höher als der mutmassliche Arbeitslohn des Klägers gewesen seien. Als

- 6 - Beweismittel für seine Sachdarstellung berief sich der Beklagte u.a. auf seine Parteibefragung/ev. Beweisaussage, auf C.\_\_\_\_\_ und - für die Barzahlung der Zinsen - auf seine damalige Assistentin D.\_\_\_\_\_ als Zeuginnen. Weiter berief er sich auf Notar E.\_\_\_\_\_ als Zeugen, da dieser Kenntnis von der Abtretung der Darlehensforderung an die Ehefrau und vom Gläubigerwechsel gehabt habe (Urk. 13 S. 4ff, Urk. 39).

#### **E. 4**

Urteil der Vorinstanz

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz wies dem Beklagten den Hauptbeweis bzw. die Beweisführungslast dafür zu, dass die Darlehensforderung aus dem Darlehensvertrag vom 26. März 1994 durch den Anteilschein der G.\_\_\_\_\_ GmbH abgesichert wurde sowie dass der Kläger die Darlehensforderung samt Sicherheit an seine Ehefrau C.\_\_\_\_\_ abgetreten hat. Dafür nahm die Vorinstanz dem Beklagten die Parteibefragung und die Zeugenbefragung von C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ ab. Für das weitere Beweisthema der regelmässigen (Bar-)Zahlung der Darlehenszinsen des Beklagten an den Kläger verfügte die Vorinstanz überdies die Befragung der Zeugin D.\_\_\_\_\_.

##### **E. 4.2**

Zur Kernfrage, ob dem Beklagten ein oder zwei Zahlungen à DM 300'000.- zugekommen sind, bestätigte vorab die Zeugin C.\_\_\_\_\_ den klägerischen Prozesstandpunkt, dass das notarielle Schuldanerkenntnis des Beklagten vom 28. Januar 1998 aus einer Zahlung von DM 300'000.- ca. im Jahre 1991 für einen Wohnungskauf in H.\_\_\_\_\_ resultierte. Dieses Wohnungsprojekt sei gescheitert, weshalb man zwecks Rückzahlung dieses Betrages die Notarsurkunde bei Notar E.\_\_\_\_\_ gemacht habe. Die Suche nach einem anderen Wohnobjekt habe, ohne Erfolg, noch bis 2006 angedauert. Was es hingegen mit dem vorliegend streitigen Darlehensvertrag vom 26. März 1994 auf sich habe, wisse sie nicht; ihr Mann habe ihr allerdings die Darlehensunterlagen gezeigt. Dieses Darlehen sei nicht an sie abgetreten worden (Urk. 62 S. 2ff, insb. S. 4, 7; Urk. 82). Gleiches hatte die Zeugin bereits in einer vorgängigen eidesstattlichen Erklärung bestätigt (Urk. 24/11). In der jeweiligen Parteibefragung zur Darlehensgewährung bzw. -übergabe bestätigten beide Parteien ihre zuvor im Verfahren behauptete Sach-

- 7 - darstellung (Prot. I S. 10 bzw. S. 11ff). Die Befragung des Notars E.\_\_\_\_\_ zu seiner Kenntnis von den Sachverhaltsumständen, die zum Schuldanerkenntnis vom 28. Januar 1998 geführt haben, scheiterte - wie bereits erwähnt - an der verweigernden Schweigepflichtentbindung durch den Kläger und seine Ehefrau. Bei diesem Beweisergebnis erwog die Vorinstanz, die Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_ sei zufolge ihrer ehelichen Beziehung zum Kläger zwar mit Zurückhaltung zu würdigen; trotzdem sei sie aber klar und unmissverständlich ausgefallen und Anhaltspunkte für die Unwahrheit ihrer Aussagen fehlten. Ob Notar E.\_\_\_\_\_ nach mehr als 17 Jahren noch sachdienliche Aussagen

hätte machen können, sei fraglich, wenn auch nicht ausgeschlossen. Obschon die Verhinderung dieser Zeugenbefragung durch den Kläger und seine Ehefrau wenig nachvollziehbar sei, so vermöge dieser Umstand aber den rechtsgenügenden Beweis für die behauptete Darlehensabtretung vom Kläger an seine Ehefrau nicht zu ersetzen. Dasselbe gelte für die Verweigerung der Beantwortung von Zusatzfragen des Beklagtenvertreter durch die Zeugin C.\_\_\_\_\_ zur Herkunft der dem Beklagten zur Verfügung gestellten DM 300'000.- für den Wohnungskauf. Für diese Aussageverweigerung gebe es möglicherweise anderweitige Gründe; die Aussageverweigerung ersetze jedenfalls den vom Beklagten zu leistenden Beweis für die Abtretung der Darlehensforderung ebenfalls nicht. In Würdigung der vorgelegten Urkunden stellte die Vorinstanz sodann fest, dass weder der Anteilschein der "G.\_\_\_\_\_ GmbH" noch der Darlehensvertrag vom 26. März 1994 aufeinander Bezug nähmen. Ebenso wenig stimmten die Zinsperioden und die Zinstermine dieser beiden Urkunden überein. Eine Absicherung des Darlehens durch diesen Anteilschein sei zwar trotzdem nicht ganz ausgeschlossen, aber auch nicht erstellt. Insgesamt sei dem Beklagten weder der Beweis gelungen, dass der Kläger die streitige Darlehensforderung an C.\_\_\_\_\_ abgetreten habe und im Zuge dieser Abtretung der Anteilschein der "G.\_\_\_\_\_ GmbH" übergeben worden sei, noch dass der Vergleich vom 19. März 2007 zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ die Schuld aus dem streitigen Darlehensvertrag vom 26. März 1994 abschliessend geregelt habe (Urk. 119 S. 15ff). Dies führte zur Klagegutheissung im Grundsatz und einer auf die Zeit ab 1. Januar 2010 reduzierten Verzinsungspflicht des Beklagten.

- 8 -

#### **E. 4.3**

Bezüglich der Bezahlung der Darlehenszinsen durch den Beklagten an den Kläger konnte sich die Zeugin D.\_\_\_\_\_ nur an schätzungsweise ca. drei Bargeldübergaben pro Jahr in den Jahren 2004 bis 2008 erinnern; dabei seien ca. 7 - 10 Geldscheine à 100 und/oder 500 Euro übergeben worden. Den Zahlungsgrund oder eine regelmässige Bezahlung im jeweils geschuldeten Zinsbetrag konnte sie nicht bezeugen. Eine Quittung sei für die Geldübergaben nicht verlangt worden (Urk. 62 S. 8ff). Der Beklagte seinerseits musste in der persönlichen Befragung einräumen, dass er - entgegen den Behauptungen im Hauptverfahren - zwar sicher die erste Zinszahlung am 5. Juli 1994 und in den Anfangsjahren auch weitere Zinsen pünktlich bar bezahlt habe, dass er aber nach Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Situation die Zinsen nicht mehr pünktlich und nicht mehr vollständig bezahlt habe (Prot. I S. 11). In Würdigung dieser beiden massgeblichen Beweismittel - und unter Feststellung der Unergiebigkeit der Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_ zu diesem Punkt und der Unglaubhaftigkeit der Parteiaussage des Klägers - erachtete die Vorinstanz den Beweis für eine regelmässige Bezahlung der Zinsen des Darlehens vom 26. März 1994 gemäss dem Prozessstandpunkt des Beklagten als gescheitert; soweit die Zeugin D.\_\_\_\_\_ Bargeldübergaben bestätigte, beträfen diese ohnehin höchstens vor dem 1. Januar 2010 fällige und damit heute verjährte Zinszahlungen (Urk. 119 S. 19ff).

#### **E. 5**

**Beweisrechtliche Grundlagen** Das Gericht regelt in seiner Beweisverfügung die Beweisführungslast und bestimmt, welcher Partei im Prozess zu welcher Tatsache die Führung des Haupt- oder Gegenbeweises obliegt (Art. 154 ZPO). Hingegen bestimmt das

materielle Privatrecht die objektive Beweislast. Wer aus einer Tatsache ein Recht ableitet, hat grundsätzlich das Vorhandensein dieser Tatsache zu beweisen und trägt die Folgen der Beweislosigkeit (Art. 8 ZGB). Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nur dort zulässig, wo das Gesetz selber spezielle Beweislastregeln, Vermutungen und Fiktionen aufstellt. Zu einer Beweislastumkehr kann nach der Praxis auch eine vorprozessuale Beweisvereitelung durch vorsätzliche Beseitigung von Beweismitteln führen (Christian Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 92f; BSK ZGB

- 9 - I-F. Lardelli, Art. 8 N 73; Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, § 43 Rz 67). Im Falle objektiver Beweisnot für eine nicht strikt beweisbare Tatsache kann das Gericht allenfalls eine Mitwirkungspflicht des Prozessgegners in Form einer Gegenbeweispflicht anordnen oder sich mit einem tieferen Beweismass zufrieden geben (Christian Leu, a.a.O. Art. 157 N 86; F. Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 157 N 28f). Bestehen indessen lediglich Beweisschwierigkeiten z.B. wegen fehlender Beweismittel der beweisbelasteten Partei, so ändert dies an der Beweislastverteilung und am Beweismass nichts (F. Lardelli, a.a.O. Art. 8 N 71; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2.A., § 18 Rz 40 a.E.). Das Verhalten einer Partei im Prozess und die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweisführung der Gegenpartei im Prozess ist grundsätzlich bei der richterlichen Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 164 ZPO). Eine Verletzung der prozessualen Mitwirkungspflicht gilt in der Regel als Indiz für die Richtigkeit der mit dem betreffenden Beweismittel zu beweisenden Tatsache, ist aber stets im Zusammenhang auch mit den weiteren vorhandenen Beweismitteln zu würdigen. Sie führt nicht unbesehen zu einer Wahrunterstellung der zu beweisenden Tatsache (P. Higi, DIKE-Komm-ZPO, Art. 164 N 4ff; F. Hasenböhler, a.a.O., Art. 164 N 6; BK ZPO-S. Rüetschi, Art. 164 N 5ff; M. Berni, Stämpfli Handkommentar, ZPO 164 N 7; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 18 Rz 82). Verweigert eine Drittperson unberechtigt ihre Mitwirkung im Prozess, so können gegen diese Person zwar Sanktionen ergriffen werden, ihre Verweigerung bleibt aber ohne Einfluss auf die Beweiswürdigung (F. Hasenböhler, a.a.O., Art. 167 N 9).

## **E. 6**

Zu den Berufungsrügen

### **E. 6.1**

Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, welche tatsächlichen Feststellungen oder rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz angefochten werden und weshalb. Der Berufungskläger hat sich kritisch mit der Begründung des vorinstanzlichen Urteils auseinanderzusetzen und deren Unrichtigkeit aufzuzeigen. Es genügt nicht, den Urteilserwägungen der Vorinstanz einfach die eigene Sicht

- 10 - der Dinge gegenüber zu stellen oder die Sach- und Rechtslage aus eigener Sicht erneut darzustellen (z.B. Urk. 118 S. 12f, S. 20ff). Vorliegend ficht der Beklagte vorwiegend die Beweiswürdigung der Vorinstanz an, macht somit eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend. Die Berufungsinstanz prüft diese Berufungsvorbringen im Rahmen der gehörig begründeten Berufungsrügen mit voller Kognition. 6.2.1. Der Beklagte argumentiert in seiner Berufungsbegründung vorab damit, auf die Aussage der Zeugin C.\_\_\_\_\_ könne nicht abgestellt werden u.a. deswegen, weil sie als Ehefrau des Klägers ein eigenes (finanzielles) Interesse am Prozessausgang habe und während der Zeugenbefragung auch von ihrem anwesenden Ehemann unter Druck gesetzt

worden sei. Die Vorinstanz habe sich mit diesem Einwand nicht ausreichend auseinandergesetzt und zu unkritisch auf diese Aussage abgestellt (Urk. 118 Ziff. 2.2.2). 6.2.2. Entgegen der Behauptung des Beklagten hat die Vorinstanz die Interessenbindung der Zeugin C.\_\_\_\_\_ und eine gewisse Befangenheit in der konkreten Einvernahmesituation sehr wohl erkannt, fand aber trotzdem keine Hinweise auf die Unwahrheit der Aussage (Urk. 119 S. 16). Insofern hat die Vorinstanz korrekt zwischen der allgemeinen Glaubwürdigkeit der Zeugin und der Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussage differenziert. Aus dem Protokoll der Zeugenbefragung ergeben sich bezüglich einer allfälligen Beeinflussung der Zeugin durch den Kläger bei der Beantwortung der an sie gerichteten Fragen einzig zwei korrigierende Einwürfe des Klägers hinsichtlich der massgeblichen Währung der dem Beklagten übergebenen Geldsumme (DM und nicht Euro) und bezüglich der letzten Kontakte mit dem Beklagten (2006 und nicht 1994; Urk. 62 S. 3 sowie S. 4). Diese Korrekturen betreffen aber in keiner Weise den Kerngehalt der Aussagen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ über den Grund der dem Beklagten übergebenen Gelder, zu einer allfälligen Abtretung der Darlehensforderung an sie und zur Grundlage des Schuldanerkenntnisses vom 28. Januar 1998. Die Datumskorrektur zum Abbruch der Kontakte steht auch in keinem ersichtlichen Zusammenhang mit den vorliegend umstrittenen Rechtsgeschäften. Sie vermögen daher die Wahrheit der deponierten Aussagen nicht in Frage zu stellen.

- 11 - Die Bestätigung des zuständigen Amtsgerichtes zum Verhalten des Klägers während der Befragung seiner Ehefrau als Zeugin vom 6. Juli 2015 (Urk. 99/2) wurde erst anlässlich des Schlussvortrages vom 15. Dezember 2015 vorgelegt und ist damit unbeachtlich, weil verspätet. Ohnehin ergäbe sich daraus auch nur, dass der Kläger wiederholt dazu angesetzt habe, die Fragen anstelle der Zeugin selber zu beantworten oder ihr die Antworten vorzusagen. Dass er dies auch tatsächlich und mit Erfolg getan hätte, ergibt sich daraus und aus dem Protokoll selber nicht. Das Gericht hält gegenteils fest, dass das Protokoll - und damit auch die protokollierten Einwürfe des Klägers - richtig sei. 6.3.1. Nach Ansicht des Beklagten ist die Aussage der Zeugin C.\_\_\_\_\_, wonach sie selber dem Beklagten ein zweites Mal DM 300'000.- gegeben habe, deswegen unwahr, weil sie finanziell dazu gar nicht in der Lage gewesen wäre. Die Vorinstanz habe es auch unterlassen, seinem Antrag auf Abklärung der finanziellen Verhältnisse der Eheleute BC.\_\_\_\_\_ in den Jahren 1993 - 1995 stattzugeben (Urk. 118 Ziff. 2.2.3). 6.3.2. Die Zeugin C.\_\_\_\_\_ hat am 16. Juni 2015 klar ausgesagt, dass die dem notariellen Schuldanerkenntnis vom 28. Januar 1998 und der späteren vergleichsweisen Tilgung zugrunde liegende Schuld des Beklagten aus der Zahlung von DM 300'000.- für eine Wohnung in H.\_\_\_\_\_ resultierte, wobei dieser Wohnungskauf dann aber gescheitert sei, dass sie dann andere Wohnungen angeschaut hätten, aber schliesslich kein Wohnungskauf zustande gekommen sei. Daher habe der Beklagte das Geld für die Wohnung zurückzahlen müssen und in diesem Zusammenhang sei das notarielle Schuldanerkenntnis vom 28. Januar 1998 gemacht worden. Hinsichtlich der Zahlung für die Wohnung sprach die Zeugin ausdrücklich in der Wir-Form, meinte damit somit sich selber und auch den Kläger. Auch sprach die Zeugin bezüglich der Zahlung für die Wohnung nie von einem Darlehen von ihr persönlich (Urk. 62 S.2 unten, S. 7); soweit die Zeugin von einem Darlehen sprach, meinte sie damit stets klar jenes vom 26. März 1994 bzw. Urkunde 5/1, in die sie Einblick gehabt hatte (Urk. 62 S. 2 erster Satz nach dem Titel "Zur Sache", sowie S. 3f; Urk. 82 S. 3). Zur Herkunft der Mittel für den Wohnungskauf konnte sich die Zeugin nicht konkret äussern (Urk. 62 S. 7 unten; hier

- 12 - sind - entgegen Urk. 118 S. 8 - die DM 300'000.- für die Wohnung gemeint), aber gleichermassen auch nicht zur Herkunft der Mittel für das unbestrittenermassen im März 1994 dem Beklagten gewährte Darlehen (Urk. 62 S. 4). Haben sich die Eheleute BC. \_\_\_\_\_ indessen gemeinsam für eine Wohnung interessiert und wurde eine Zahlung dafür geleistet, so musste das Geld dafür nicht zwingend allein von der Ehefrau stammen. Solches hat die Zeugin denn auch nicht gesagt, sondern höchstens, dass sie es war, welche das Geld letztlich dem Beklagten ausgehändigt hat (Urk. 62 S. 7/8). Dies erklärte auch, dass 1998 das notarielle Schuldanerkenntnis des Beklagten wegen des Wohnungskaufpreises allein zugunsten der Ehefrau erfolgte. Der Wohnungskaufpreis konnte aber trotzdem aus gemeinsam erarbeiteten Mitteln der Eheleute stammen wie auch von Dritten (z.B. Erbvorbezug, Firmengeld, Investment Dritter o.ä.). Entscheidend erscheint hier die Erklärung der Zeugin, der Wohnungskauf in H. \_\_\_\_\_ - und damit die Zahlung dafür - sei ca. im Jahre 1991 aktuell gewesen (Urk. 62 S. 7). Nun war aber der Kläger mindestens damals noch solvent, konnte er doch unbestrittenermassen selbst noch im Frühjahr 1994 dem Beklagten DM 300'000.- als Darlehen hingeben. Der finanzielle Engpass trat beim Kläger erst später ein und damit die Notwendigkeit, allenfalls vom Einkommen der Ehefrau als Friseursaloninhaberin leben zu müssen. Auch war der Kläger damals (also ca. 1991) unbestrittenermassen nicht blosser Angestellter mit einem bescheidenen Monatslohn, sondern geschäftsführender Gesellschafter einer Maschinen- und Anlagebaufirma (Urk. 23 S. 3 i.V.m. Urk. 39 S. 3 und 5). Die persönlichen Vermögensverhältnisse der Eheleute BC. \_\_\_\_\_ ab dem Jahre 1993 sind daher für die vorliegende Streitfrage nicht von Bedeutung, da gemäss der Zeugin nicht beide in Frage stehenden Zahlungen im Jahr 1994 erfolgten; der Verzicht auf Beweiserhebungen dazu ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die persönlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse von C. \_\_\_\_\_ sprechen damit nicht gegen die Wahrheit ihrer Zeugenaussage. 6.3.3. Erfolgt nach den Schilderungen der Zeugin C. \_\_\_\_\_ die beiden Zahlungen an den Beklagten im Abstand von ca. 2 - 3 Jahren und - entgegen dem Beklagten (Urk. 118 S. 8) - nicht innerhalb gut zweier Wochen im Frühjahr 1994, so lässt sich auch aus den zeitlichen Relationen keine Unwahrscheinlichkeit von

- 13 - zwei separaten Zahlungen à DM 300'000.- und damit eine Unwahrheit der Zeugenaussage C. \_\_\_\_\_ herleiten. Allein die zeitliche Nähe zwischen der Ausstellung des Anteilscheins der "G. \_\_\_\_\_" mutmasslich am 12. April 1994 als Sicherheitsleistung und der Hingabe des streitigen Darlehens am 26. März 1994 belegt den inhaltlichen Zusammenhang zwischen Sicherheit und Darlehen nicht bzw. widerlegt den Zusammenhang zwischen Sicherheit und Kaufpreisrückerstattungspflicht nicht. Die Zeugin führte dazu logisch nachvollziehbar aus, dass man nach dem ersten, gescheiterten Wohnungskauf ca. im Jahre 1991 noch weitere Wohnungen anschaute und sich die Pflicht des Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises erst im Verlauf der Zeit ergab, als ein Wohnungskauf definitiv gescheitert war. Aus der Darlehensgewährung am 26. März 1994 ist zu schliessen, dass der Beklagte damals in finanzielle Schwierigkeiten geriet; dann ist es aber auch plausibel, dass diese gleichzeitig Anlass für eine Sicherstellung der Kaufpreisrückerstattungsforderung durch den Anteilschein bildeten. Sodann hat bereits die Vorinstanz festgestellt, dass die Zinsperioden und die Zinstermine aus dem streitigen Darlehen (vierteljährlich jeweils am 5. des Monats, erstmals am 5.7.1994, Urk. 5/1) und aus dem Anteilschein (halbjährlich je zum 1.7. und 31.12., Urk. 24/10) nicht übereinstimmen, was gegen eine Sicherheitsfunktion des Anteilscheins für das Darlehen spricht (Urk. 119 S. 15f). Hätte der Anteilschein als Sicherheit für das Darlehen gedient, wäre damit faktisch die

Fälligkeit der ersten Zinszahlung für das Darlehen vorverlegt worden, was ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht einfach anzunehmen ist. 6.4.1. Der Beklagte will die Unwahrheit der Aussagen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ auch daraus ableiten, dass diese den Beklagten kein einziges Mal zur Rückzahlung ihrer (Darlehens)Hauptforderung oder auch nur der erheblichen Zinsen aufgefordert habe. Ein solches Verhalten sei schlicht lebensfremd (Urk. 118 S. 9). 6.4.2. Die Zeugin C.\_\_\_\_\_ hat sich mit dem Beklagten am 19. März 2007 über die Tilgung ihrer Forderung samt Zinsen aus dem Schuldanerkenntnis vom 28. Januar 1998 geeinigt (Urk. 15/2). Unbestritten geblieben ist auch, dass der Beklagte im Jahre 1997 nach deutschem Recht einen Offenbarungseid bzw. eine eidesstattliche Versicherung wegen Vermögenslosigkeit abgegeben hat mit der Folge, dass

- 14 - er für alte Schulden erst wieder ab dem Jahre 2007 belangt werden konnte (Urk. 3 S. 3 i.V.m. Urk. 13 und Urk. 39). Dass die Zeugin bis zum Ablauf dieser Schonfrist keine aussichtslosen Inkassobemühungen beim Beklagten unternahm, dann aber sehr wohl unmittelbar nach Ablauf dieser Schonfrist, ist nicht lebensfremd, sondern äusserst plausibel. Das Zuwarten bis 2007 spricht nicht gegen die Wahrheit ihrer Aussagen zum Bestehen einer zweiten Forderung von DM 300'000.- gegen den Beklagten aus dem Wohnungskauf. 6.5.1. Der Beklagte sieht einen Beleg für seinen Prozessstandpunkt auch darin, dass die Zeugin C.\_\_\_\_\_ in ihrer Einvernahme stets nur von einem einzigen Darlehen gesprochen habe, was mit der ebenfalls behaupteten zweimaligen Zahlung von DM 300'000.- in Widerspruch stehe (Urk. 118 Ziff. 2.2.4 und 2.2.8). 6.5.2. Wie bereits vorstehend in Erw. 6.3.2. ausgeführt, differenzierte die Zeugin in ihrer Aussage stets klar zwischen einem streitigen Darlehen, das der Beklagte dem Kläger gemäss einem ihr bekannten "Schuldschein" gewährt hat, und der Rückerstattungspflicht des Beklagten für den Kaufpreis aus dem gescheiterten Wohnungskauf. Sie bezeichnete dies als zwei völlig verschiedene Dinge. Die Erwähnung des "Schuldscheins" im unmittelbaren Zusammenhang mit der Einsichtnahme in die Unterlagen der streitigen Darlehensgewährung des Beklagten vor der Befragung (Urk. 62 S. 2f) zeigt, dass die Zeugin mit "Schuldschein" offensichtlich die Darlehensurkunde 5/1 gemeint hat, und nicht den als Sicherheit ausgestellten Anteilschein der "G.\_\_\_\_\_ GmbH". Von Letzterem war in der ganzen Zeugenbefragung nie die Rede und die Zeugin selber stützte sich im Zusammenhang mit der Rückzahlung des Wohnungskaufpreises immer nur auf das notarielle Schuldanerkenntnis von Notar E.\_\_\_\_\_ (Urk. 62 S. 6 oben, S. 7 Mitte). Es ist auch kein Widerspruch, wenn die Zeugin ausführte, den Darlehensvertrag bzw. "Schuldschein" zu kennen, aber keine Kenntnis vom Darlehen zu haben; mit letztem meinte sie offenkundig die näheren Umstände der Darlehensgewährung (so auch in Urk. 82 S. 3 oben). Die Interpretation der Zeugenaussage C.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten und die Gleichsetzung des erwähnten Schuldscheines mit dem in der Aussage überhaupt nicht thematisierten Anteilschein ist unzutreffend und widerlegt die Glaubhaftigkeit

- 15 - der Zeugenaussage nicht. Doch selbst wenn man - entgegen den vorstehenden Erwägungen - den von der Zeugin C.\_\_\_\_\_ als ihr bekannt erwähnten "Schuldschein" mit dem Anteilschein der "G.\_\_\_\_\_ GmbH" gleichsetzen würde, so ergäbe sich daraus nicht, dass dieser Anteilschein als Sicherheit für das Darlehen vom 26. März 1994 hingegeben worden wäre. Denn nach der Behauptung des Klägers wurde dieser Anteilschein als Sicherheit für die Rückzahlung des Wohnungskaufpreises gegeben und konnte der Zeugin von da her bekannt sein. Immerhin stimmen die Zinsdaten und Zinsperioden von Anteilschein und Darlehen nicht überein. Aus der Tatsache, dass im Anteilschein die

Beteiligungssumme fett gedruckt wurde, die Datierung und Unterzeichnung hingegen handschriftlich erfolgte, folgt - entgegen dem Beklagten, Urk. 118 S. 23/24 - nicht zwingend, dass es sich hier um ein nicht individualisiertes Inhaberpapier bzw. um ein vorgedrucktes Formular handelt und der verurkundete Zinsenlauf nichts mit dem der Anteilscheinbegebung zugrunde liegenden Geschäft zu tun hätte. 6.6.1. Die Vorinstanz hat als Hauptbeweismittel des Beklagten für die Behauptung, die Forderung aus dem Darlehen vom 26. März 1994 sei durch den Anteilschein der "G.\_\_\_\_ GmbH" abgesichert und die Darlehensforderung samt Sicherheit an C.\_\_\_\_ abgetreten worden, neben der Befragung von C.\_\_\_\_ als Zeugin auch die Parteibefragung der Parteien als Beweismittel abgenommen. Zur Forderungsabtretung an C.\_\_\_\_ wurde insbesondere die Befragung des Klägers abgenommen. Die Zeugin C.\_\_\_\_ hat eine Abtretung der Darlehensforderung verneint (Urk. 82). Auch der Kläger hat in der Parteibefragung eine Abtretung verneint (Prot. I S. 10). 6.6.2. Der Beklagte rügt in seiner Berufung, die Vorinstanz habe auf die Befragung des Klägers abgestellt unbesehen der Tatsache, dass er in einem weiteren Punkt, nämlich hinsichtlich der erfolgten Zinszahlungen, die Unwahrheit gesagt habe. Die Unwahrheit der Aussage zu den Zinsen ergebe sich aus der Zeugenaussage von D.\_\_\_\_. Die Aussage des Klägers sei daher unglaubhaft und könne nicht herangezogen werden (Urk. 118 Ziff. 2.3). 6.6.3. Richtig ist, dass die Vorinstanz keine Würdigung der Parteiaussage des Klägers zur Frage der Darlehensabtretung vorgenommen hat, sondern einfach

- 16 - gesamthaft festgehalten hat, die glaubhafte Zeugenaussage von C.\_\_\_\_ und die Aussage des Klägers vermöchten den Beweis für die Darlehensabtretung nicht zu erbringen (Urk. 119 S. 16). Dies schadet dem Beklagten indessen nicht. Ginge man von der Unwahrheit der klägerischen Aussage aus, so führte dies nicht vorab zu einer Wahrunterstellung des Gegenteils. Denn es liegt zum gleichen Beweisthema die, wie vorstehend einlässlich festgestellt, glaubhafte Aussage der Zeugin C.\_\_\_\_ vor. Trotz der Parteiaussage des allenfalls unglaubwürdigen Klägers ist damit die Abtretung der Darlehensforderung gestützt auf die Zeugenaussage nicht erwiesen. 6.7.1. Der Beklagte hatte die Zeugenbefragung von E.\_\_\_\_ beantragt zur Leistung seines Hauptbeweises dafür, dass Notar E.\_\_\_\_ bei Errichtung des notariellen Schuldanerkenntnisses vom 28. Januar 1998 gewusst habe, dass es sich dabei um die vom Kläger an seine Ehefrau abgetretene Darlehensforderung handelt habe. Diese Zeugenbefragung konnte nicht erfolgen, weil der Kläger und seine Ehefrau den Notar nicht von seiner Schweigepflicht entbanden. Sie begründeten dies mit erheblichen Zweifeln an einer unvoreingenommenen und unparteiischen Aussage des Zeugen (Urk. 74 S. 2f). Die Vorinstanz hielt dazu fest, der angeführte Grund für die Verweigerung der Entbindung sei wenig nachvollziehbar, da der Zeuge unter Strafdrohung hätte aussagen müssen. Umgekehrt sei es aber fraglich, ob der Notar nach mehr als 17 Jahren noch sachdienliche Aussagen hätte machen können. Allein die Verweigerung der Entbindung von der Schweigepflicht vermöge daher den zu leistenden Hauptbeweis nicht zu ersetzen (Urk. 119 S. 17). 6.7.2. Der Beklagte rügt eine klare Verletzung der Mitwirkungspflicht des Klägers, welche die Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung zu Ungunsten des Klägers hätte berücksichtigen müssen, zumal der Beklagte sonst über keine weiteren Beweismittel verfüge. Die Vorinstanz hätte unter diesen Umständen den Kläger die Folgen der Beweislosigkeit tragen lassen müssen (Urk. 118 Ziff. 2.4.3). 6.7.3. Vorab festzustellen ist, dass der Zeuge E.\_\_\_\_ seine Aussage wegen der Nichtenbindung von der Schweigepflicht durch den Kläger verweigerte (Urk. 78, Brief des Notars E.\_\_\_\_ an das Amtsgericht Borna vom 28. Juli 2015). Das ent-

- 17 - scheidrelevante notarielle Schuldanerkenntnis wurde indessen vom Beklagten und zugunsten der Ehefrau des Klägers erstellt (Urk. 24/9). Der Kläger war daran formell nicht als Partei beteiligt und insofern brauchte er den Notar auch nicht von seiner Schweigepflicht zu entbinden. Hat der Beklagte vor Vorinstanz aber darauf verzichtet, das Gericht, den Zeugen oder das Amtsgericht Borna auf den Umstand hinzuweisen, dass Gegenstand der Zeugenbefragung nicht eine Beurkundungshandlung für den Kläger sein würde, und hat er nicht auf der Zeugenbefragung bestanden, so kann er im Berufungsverfahren auf diesen Verzicht nicht zurückkommen und aus der Unterlassung der Zeugenbefragung für sich keinen Beweisvorteil ableiten. Hätte der Kläger entgegen der vorstehenden Erwägung doch zufolge irgendeiner formellen Parteistellung bei der Beurkundung den Notar von seiner Schweigepflicht entbinden müssen, was er unbegründetermassen verweigert hat, könnte sich dies auf die Beweiswürdigung auswirken. Die unbegründete Mitwirkungsverweigerung führt jedoch nicht automatisch zur Wahrunterstellung der mit dem betreffenden Beweismittel zu beweisenden Tatsache, sondern ist im Rahmen der weiteren Umstände und Beweismittel zu würdigen (vgl. Erw. 5 vorstehend). Dazu hat die Vorinstanz im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung zu Recht erwo-gen, es sei fraglich, ob sich der Zeuge E.\_\_\_\_\_ nach mehr als 17 Jahren noch an dieses eine Beurkundungsgeschäft hätte erinnern können. Der Zeuge war offenbar der "Haus- und Hofnotar" des Klägers und beurkundete für diesen eine Vielzahl von Immobilien- und Unternehmenstransaktionen (Urk. 74 S. 3). Dass er sich unter den vielen Beurkundungen und nach so langer Zeit daher noch an dieses eine, einfache und nicht aussergewöhnliche Beurkundungsgeschäft erinnern könnte und darüber hinaus zusätzlich auch noch an den in der Urkunde mit keinem Wort erwähnten Hintergrund des Beurkundungsgeschäfts, ist in der Tat höchst fraglich. Der Notar war ja auch nicht an der Errichtung der schriftlichen Darlehensurkunde beteiligt, obschon die Parteien in Urkunde 5/1 zunächst noch eine anwaltliche Formulierung beabsichtigten. Diese Umstände stehen einer Wahrunterstellung der von Notar E.\_\_\_\_\_ zu bezeugenden Behauptungen des Beklagten entgegen. Kommt dazu, dass das Schuldanerkenntnis nur einen Teilaspekt der behaupteten Vorgänge rund um das streitige Darlehen und den Woh-

- 18 - nungskaufpreis betrifft. Für die weiteren Aspekte - zweimalige Hingabe von DM 300'000.-, Abtretung des Darlehens an die Ehefrau, Funktion des Anteilscheins der "G.\_\_\_\_\_ GmbH - liegen weitere Beweismittel vor, insbesondere die Zeugenaussage C.\_\_\_\_\_. Diese Zeugin hat sich ausdrücklich zum Grund des notariellen Schuldanerkenntnisses geäußert. Auch diese weitere Beweislage bietet eine fiktive Wahrunterstellung der mit dem Zeugen E.\_\_\_\_\_ zu beweisenden und im Widerspruch zur Zeugenaussage C.\_\_\_\_\_ stehenden Behauptung des Beklagten. Sodann hält das notarielle Schuldanerkenntnis den Verzinsungsanfang vom 12. April 1994 fest, was nicht mit dem Verzinsungsbeginn am 5. Juli 1994 gemäss Darlehen vom 26. März 1994 übereinstimmt (Urk. 5/1, Urk. 24/9). Schliesslich wäre die Anerkennung einer Schuld am 28. Januar 1998 gegenüber der Ehefrau des Klägers aus dem abgetretenen Darlehen nicht in Übereinstimmung zu bringen mit dem Umstand, dass der Beklagte dem Kläger im Anschluss daran in den Jahren 2004 - 2008 immer noch gewisse Darlehenszinsen bar bezahlt hat (vgl. dazu Prot. I S. 11f und Urk. 62 S. 8f). Auch diese weiteren Umstände sprechen gegen eine Schuldanerkennung für das Darlehen vom 26. März 1994 und erlauben keine Wahrunterstellung der Behauptungen des Beklagten bzw. eine Umkehr der Beweislast.

6.8.1. Der Beklagte rügt in seiner Berufung, auch die Weigerung von C.\_\_\_\_\_, den Zeugen E.\_\_\_\_\_ von seiner Schweigepflicht zu entbinden und damit von einer Aussage

abzuhalten, wäre dem Kläger zu seinen Ungunsten anzurechnen gewesen (Urk. 118 Ziff. 2.4.4). 6.8.2. Vorweg ist zu wiederholen, dass der Zeuge E.\_\_\_\_\_ seine Aussage nicht wegen der Nichtentbindung durch die Zeugin C.\_\_\_\_\_ verweigert hat (Urk. 78; Brief von Notar E.\_\_\_\_\_ an das Amtsgericht Borna vom 28. Juli 2015). Im Übrigen dürfen Drittpersonen, die mit einer Prozesspartei verheiratet sind, ihre Mitwirkung im Prozess grundsätzlich und ohne Grundangabe verweigern (Art. 165 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Verweigerung der Entbindung durch C.\_\_\_\_\_ als Ehefrau des Klägers war daher - sofern für die Aussageweigerung des Notars überhaupt zulässig - zulässig und muss ohne Einfluss auf das Beweisergebnis bleiben. Im Übrigen könnte selbst eine unberechtigte Mitwirkungsverweigerung durch eine Dritt-

- 19 - person nur mit den in Art. 167 ZPO aufgeführten Massnahmen sanktioniert werden, nicht aber bei der Beweiswürdigung zum Nachteil einer Prozesspartei oder gar im Sinne einer Wahrunterstellung der verhinderten Tatsachenfeststellung berücksichtigt werden. Auch eine Berücksichtigung der Weigerung bei der Würdigung der Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_ ist nicht angezeigt. So hat die Zeugin zwar tatsächlich ausgesagt, sie wisse nichts von der Errichtung einer notariellen Urkunde im Zusammenhang mit dem streitigen Darlehen des Klägers. Wie bereits ausgeführt differenzierte die Zeugin dabei aber klar zwischen dem streitigen Darlehen und der Rückzahlung des Kaufpreises für die Wohnung, wobei die notarielle Urkunde letzterem gedient habe (Urk. 62 S. 7). Sie hat somit nicht gesagt, es sei überhaupt nie eine notarielle Urkunde erstellt worden, weshalb ihre Verweigerung der Schweigepflichtentbindung nicht im Widerspruch zur Verneinung eines notariellen Kontaktes überhaupt stehen würde und ihre Zeugenaussage unglaubhaft erscheinen liesse (so der Beklagte, Urk. 118 S. 19). 6.9.1. Die Vorinstanz hatte dem Beklagten in Ziff. 2.6 der Beweisverfügung vom 28. April 2015 den Hauptbeweis dafür zugewiesen, dass der Vergleich vom 29. März 2007 zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ die Tilgung der Darlehensschuld aus dem Darlehensvertrag vom 26. März 1994 abschliessend geregelt hat. Als Beweismittel nahm sie einzig die Vergleichsurkunde selber ab und führte im angefochtenen Urteil aus, aus der Vergleichsurkunde ergebe sich weder explizit noch durch Auslegung, dass damit die (abgetretene) Darlehensschuld getilgt worden sei. Der Vergleich nehme einzig Bezug auf das notarielle Schuldanerkenntnis (Urk. 5/2 i.V.m. Urk. 45 und Urk. 119 S. 17f). 6.9.2. Unklar ist, was der Beklagte an dieser urteilsmässigen Feststellung rügt (Urk. 118 Ziff. 3). Soweit er geltend macht, er habe vor Vorinstanz dazu noch die Parteiaussage des Klägers und die Zeugen C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ angerufen, so ist dies aktenwidrig. Die Beweisofferte in Urk. 39 Ziff. 3.1 bezog sich einzig auf die Behauptung, C.\_\_\_\_\_ habe ihm nie DM 300'000.- für eine Wohnung übergeben. Entsprechend hat der Beklagte auch nicht gegen die diesbezügliche Beweisverfügung remonstriert. Doch selbst wenn man mit dem Beklagten davon ausgehen würde, die in Urk. 39 Ziff. 3.1 am Ende angerufenen Beweismittel würden sich

- 20 - auch auf den Zusammenhang zwischen der Vergleichsurkunde und der Darlehensgewährung beziehen, so hat er sich dort - entgegen der Berufungsrüge - weder auf die Parteiaussage des Klägers noch auf E.\_\_\_\_\_ als Zeugen berufen, sondern auf C.\_\_\_\_\_ als Zeugin und auf seine eigene Parteiaussage. Dass die Letztere nicht erfolgt wäre, rügt der Beklagte im Berufungsverfahren nicht. So dann hat die Zeugin C.\_\_\_\_\_ ausgesagt, die Darlehensforderung sei nicht an sie abgetreten worden (Urk. 82) und dem notariellen Schuldanerkenntnis habe die Kaufpreiszahlung für die Wohnung zugrunde gelegen (Urk. 62 S. 7). Da die spätere Vergleichsurkunde ausdrücklich auf das notarielle

Schuldanerkenntnis Bezug nimmt (Urk. 5/2), ist aus dieser Aussage zu folgern, dass mit der Vergleichszahlung der Wohnungskaufpreis zurückerstattet wurde. Die vorinstanzlichen Erwägungen zur Vergleichsurkunde sind daher nicht zu beanstanden. Die weiteren Ausführungen des Beklagten (Urk. 118 S. 20ff Ziff. 3.2, 3.3) sind entweder blosser Wiederholungen seiner vorinstanzlichen Ausführungen oder sie beinhalten seine eigene Sicht der Dinge und keine weiteren Berufungsrügen, zu denen in den vorstehenden Erwägungen zum Verhältnis von Darlehen und Wohnungskaufpreis nicht bereits Stellung genommen wurde. Weshalb die Parteien eine anwaltliche Formulierung des Darlehensvertrages unterliessen, wurde in der Parteibefragung erfolglos zu ergründen versucht und bleibt Spekulation. Nicht positiv erwiesen ist damit, dass dies unterlassen wurde, weil das Darlehen durch den Anteilschein der "G.\_\_\_\_\_ GmbH" bereits genügend abgesichert gewesen wäre. Dazu hat bereits die Vorinstanz zutreffenderweise festgestellt, dass Zinstermin und Zinsperiode von Darlehen und Anteilschein auch nicht übereinstimmen (Urk. 119 S. 15). Die Zinspflicht für den Anteilschein als angebliche Sicherheit sollte sogar noch vor jener aus dem Darlehensvertrag einsetzen; hingegen stimmt der Zinsenlauf ab dem 12. April 1994 von Anteilschein und notariellem Schuldanerkenntnis überein und indiziert - im Sinne des Klägers - einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Urkunden.

#### **E. 7**

Ergebnis Zusammenfassend ist daher Folgendes festzuhalten: Die Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_ ist in ihrem Zusammenhang zu würdigen; es dürfen nicht einfach einzelne Sätze herausgebrochen und isoliert gewürdigt oder in einen anderen Zusam-

- 21 -  
menhang gestellt werden, wie dies die Berufungsbegründung teilweise tut. Die Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_ kann auch im Berufungsverfahren als widerspruchsfreie, in sich stimmige und damit glaubhafte Beweisgrundlage für das Urteil gelten. Die Aussage wird auch durch die vorhandenen Urkunden soweit möglich gestützt, jedenfalls nicht widerlegt. Der Beklagte ist mit seinen weiteren Beweisen gescheitert. Die Beweislosigkeit für die vom Beklagten zu beweisenden Tatsachenbehauptungen schlägt zu seinem Nachteil aus; sie kann aufgrund der weiteren Beweisumstände nicht zu einer Wahrunterstellung der Behauptungen des Beklagten oder gar zu einer Umkehr der Beweislast führen. Nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens sind dem Beklagten zwei Mal DM 300'000.- hingegeben worden. Das erste Mal ca. im Jahre 1991 als Kaufpreis für einen geplanten Wohnungskauf in H.\_\_\_\_\_; die Rückforderung bildete Gegenstand des notariellen Schuldanerkenntnisses des Beklagten gegenüber C.\_\_\_\_\_ vom 28. Januar 1998; diese Forderung wurde durch den Vergleich vom 19. März 2007 getilgt. Die zweite Geldhingabe erfolgte am 26. März 1994 als Darlehen; dieses wurde nicht an C.\_\_\_\_\_ abgetreten und hatte damit nichts mit dem notariellen Schuldanerkenntnis und der vergleichweisen Tilgung zu tun. Dass dieses Darlehen nicht früher zurückgefordert wurde, hat wohl vorab einen Zusammenhang mit dem von beiden Parteien geleisteten Offenbarungseid sowie mit der zunächst unbekanntem Wohnsitzverlegung des Beklagten in die Schweiz. Jedenfalls blieb aber unbestritten, dass die Darlehensrückforderung noch nicht verjährt ist. Damit ist der Beklagte auch im Berufungsverfahren zu verpflichten, dem Kläger umgerechnet EUR 153'387.56 zu bezahlen. Unbestritten geblieben ist für den Fall der Gutheissung des Kapitalbetrags die Forderung aus der Zinspflicht von 12% seit 1. Januar 2010. Die Abweisung der Zinsforderung im Mehrbetrag blieb unangefochten.

#### **E. 8**

Sistierungsantrag Erscheint die Aussage der Zeugin C.\_\_\_\_\_ glaubhaft, so besteht kein Anlass, das vorliegende Berufungsverfahren zu sistieren, bis sich aus dem angehobenen Strafverfahren wegen Prozessbetrugs vorab gegen den Kläger persönlich und allenfalls auch gegen die Zeugin eventuell neue Erkenntnisse zur Wahrheit ihrer Aussagen ergeben. Die Strafanzeige begründete der Beklagte zur Hauptsache

- 22 - nur mit seiner eigenen Sachverhaltsdarstellung im vorliegenden Verfahren (wobei er eine Überprüfung der selbst von ihm nicht bestrittenen Darlehensgewährung vom 26. März 1994 beantragt und die Zeugenaussage D.\_\_\_\_\_ falsch wieder- gibt), teilweise auch mit denselben Argumenten wie die vorliegende Berufung (Urk. 118 Ziff. 2.2 i.V.m. Urk. 99/3, insbes. S. 2). Diese Argumente wurden vor- stehend geprüft und für nicht stichhaltig befunden. Soweit sich die Strafanzeige gegen den Kläger richtet, kommt dessen Parteiaussage vorliegend als Beweismit- tel ohnehin keine massgebliche Bedeutung zu. Aufgrund der Strafanzeige ist da- her mit einer weitgehenden Wiederholung des vorliegenden Verfahrens einfach unter strafrechtlichen Aspekten zu rechnen. Allfällige Insolvenzdelikte im Zusam- menhang mit den von beiden Parteien geleisteten Offenbarungseiden sind für das vorliegende Verfahren nicht präjudiziell. Eine Prozesssistierung wegen der Straf- anzeige ist daher abzulehnen. Sie würde dem Gebot der beförderlichen Prozes- serledigung widersprechen. Bereits die Vorinstanz hat im Ergebnis zu Recht ei- nen analogen Sistierungsantrag wegen der Strafanzeige für ihr Verfahren abge- lehnt. Sollte das Strafverfahren z.B. aufgrund neuer Beweismittel, welche der Be- klagte im vorliegenden Verfahren nicht angerufen hat, wider Erwarten ergeben, dass die Zeugin C.\_\_\_\_\_ doch vorsätzlich falsches Zeugnis abgelegt hat, steht dem Beklagten allenfalls das Revisionsverfahren gemäss Art. 328 ff. ZPO offen.

## **E. 9**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Unterliegt der Beklagte mit seiner Berufung und bleibt es bei der grundsätzlichen Klageguthessung, ist der Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig und sind die entsprechenden unangefochtenen Anord- nungen der Vorinstanz zu bestätigen. Der Beklagte wird sodann auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Auf- grund des Streitwertes von rund CHF 187'000.- ist die zweitinstanzliche Ent- scheidgebühr gemäss § 2 lit. c, § 4 und § 12 GebV OG auf Fr. 10'000.- festzuset- zen, dem Beklagten aufzuerlegen und mit seinem Kostenvorschuss zu verrech- nen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzuspre- chen, dem Beklagten nicht zufolge seines Unterliegens, dem Kläger nicht man- gels erheblicher Umtriebe.

- 23 - Es wird beschlossen: 1. Der Antrag des Beklagten auf Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräf- tigen Abschluss des bei der Staatsanwaltschaft Leipzig hängigen Ermitt- lungs- resp. Strafverfahrens wird abgewiesen. 2. Es wird festgestellt, dass die Klageabweisung für die Zinsforderung bis zum 31. Dezember 2009 unangefochten geblieben und rechtskräftig geworden ist. 3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis. Sodann wird erkannt: 1. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, dem Kläger und Beru- fungsbeklagten EUR 153'387.56 nebst Zins zu 12% seit 1. Januar 2010 zu bezahlen. 2. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv Ziffern 2 - 4) werden bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.- festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklag- ten und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss ver- rechnet. 5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden

keine Parteientschädigungen zugesprochen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger/Berufungsbeklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 118 und 120, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 24 - 7. 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. 187'416.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 4. Juli 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. N. Gerber versandt am: mc

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