

# ZH\_OBERGERICHT LB230048 vom 12. Juli 2024

ZH Obergericht, 2024-07-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB230048](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB230048)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB230048 du 12 juillet 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LB230048 del 12 luglio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil vom 3. September 2019 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur dem Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberwinterthur (Zahlungsbefehl vom 23. Mai 2019; Urk. 15/3/3) die provisorische Rechtsöffnung für Fr. 55'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2019 (Urk. 15/8). Mit Eingabe vom 26. September 2019 erhob die Klägerin fristgemäss die vorliegende Aberkennungsklage mit den eingangs genannten Rechtsbegehren (Urk. 1). Für den Verfahrensgang vor dem Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 80 S. 2 f.).

### E. 2

Bereits gegen das die Aberkennungsklage abweisende Urteil vom 17. September 2021 (Urk. 52 S. 26 f.) hatte die Klägerin Berufung erhoben. Das (erste) Berufungsverfahren vor der erkennenden Kammer (Geschäfts-Nr. LB210055-O) wurde am 17. Mai 2022 abgeschlossen. Das angefochtene Urteil wurde aufgehoben, und die Sache wurde zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urk. 52).

### E. 3

Die Vorinstanz führte alsdann ein Beweisverfahren mit Parteibefragung/Be-weisaussage und Zeugenbefragungen durch. Mit Urteil vom 30. Oktober 2023 wies sie die Aberkennungsklage wiederum ab (Urk. 75 = Urk. 80). Dagegen richtet sich die erneute Berufung der Klägerin (Urk. 79).

#### E. 3.1

Den ihr für die Behauptung der Rückzahlung der zwei Tranchen über insgesamt Fr. 30'000.– obliegenden strikten Beweis (Hauptbeweis) hat die Klägerin dann erbracht, wenn für das Gericht aufgrund der verfügbaren Beweismittel, des übrigen unstrittigen Sachverhaltes und der weiteren Sachdarstellungen der Parteien keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass es sich tatsächlich genau so verhalten hat, wie es behauptet wurde, das Gericht also im Ergebnis der Wertungen der Beweismittel zu einer entsprechenden Überzeugung gelangt. Umgekehrt ist der Beweis dann gescheitert, wenn sich erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der behaupteten Sachdarstellung aufgrund der verfügbaren Beweismittel, des übrigen unstrittigen Sachverhaltes und der weiteren Sachdarstellungen der Parteien nicht ausräumen lassen. Die beklagte Partei kann sich darauf beschränken, die Behauptung zu bestreiten. Wenn sie eigene Behauptungen aufstellt, braucht sie diese nicht zu beweisen. Ihr so genannter Gegenbeweis besteht darin,

- 16 - dass sie die Überzeugungskraft der vom Beweisführer eingebrachten Beweismittel so weit erschüttert, dass das Gericht nicht (mehr) zur ausreichend bestimmten Überzeugung gelangt, die Behauptung des Beweisführers sei richtig. Nicht erforderlich ist, dass der Richter von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird. Ob die vom Gegenbeweis erfassten Tatsachen geeignet sind, den Hauptbeweis zu erschüttern, ist eine Frage der Beweiswürdigung (vgl. zum Ganzen: Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 322 f.; BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 8, 17; BGE 120 II 393 E. 4b, S. 397; BGE 130 III 321 E. 3, S. 323 ff.).

### **E. 3.2**

Wirtschaftliche Interessen einer aussagenden Person am Prozessausgang oder die persönliche Bindung bzw. die familiäre Verbundenheit zu einer Prozesspartei sind allein kein Grund, der Aussage zu misstrauen. Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass die Parteibefragung (nach Art. 191 ZPO; ebenso wie die Beweisaussage nach Art. 192 ZPO) ein objektiv taugliches Beweismittel ist, wobei der Beweiswert einer Partei- bzw. Beweisaussage nicht pauschal wegen angeblicher "Selbstbefangenheit" der am Prozessausgang interessierten Partei relativiert werden darf. Für die Richtigkeit einer Aussage ist nicht in erster Linie die (auch prozessuale) Stellung und Motivlage des Aussagenden, sondern die Aussage selbst bzw. das Aussageverhalten massgebend. Weit weniger als auf die Glaubwürdigkeit der befragten Person kommt es mithin auf die Glaubhaftigkeit ihrer im Prozess deponierten Aussagen an. Für die Glaubhaftigkeit einer Darstellung spricht insbesondere die Fülle von lebendigen, sachlich richtigen und psychologisch stimmigen Details, die nicht bloss auf das Beweisthema zielgerichtet sind. Ferner spricht der Umstand, dass die Details der Schilderung sich zu einem stimmigen Ganzen zusammenfügen, also die Darstellung widerspruchsfrei ist, für die Glaubhaftigkeit der Darstellung. Betreffen Widersprüche das Kerngeschehen, ist dies ein Zeichen für nicht wahrheitsgemässe Aussagen. Weitere Indizien einer wahrheitswidrigen Aussage sind unklare oder ausweichende Antworten (vgl. zum Ganzen: Bender/Häcker/Schwarz, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 5. Aufl. München 2020, S. 68 ff.). Es ist keineswegs ausgeschlossen, einen Beweis durch die Befragung einer Partei, selbst ohne weitere Beweismittel zu erbringen. Selbst wenn beide Parteien an ihrem gegensätzlichen Standpunkt festhalten, kann die

- 17 - Art und Weise, wie sie das tun, doch dazu beitragen, dass sich das Gericht aufgrund dieses Beweismittels eine Überzeugung zugunsten der einen oder anderen Seite bilden kann, so dass keine Beweislosigkeit eintritt (vgl. OGer ZH LB140032 vom 15. Januar 2015, E. 4.a; OGer ZH LB180005 vom 26. Oktober 2018, E. 4.4.3.2. b.cc., S. 16 f.; OGer ZH LC110003 vom 29. November 2011, E. 2.4.2.3.2; BGE 143 III 297 E. 9.3.2, S. 333 f.; BGer 4A\_498/2014 vom 3. Februar 2015, E. 3.3). Die Beweismittel der Beweis- und der Zeugenaussage haben nicht per se eine höhere Beweiskraft als eine Parteibefragung. Vielmehr hat das Gericht jeweils im Einzelfall die Beweismittel zu würdigen und gegeneinander abzuwägen (vgl. Marti-Schreier, Parteibefragung und Beweisaussage unter der Verhandlungsmaxime, AJP 2017 S. 445).

### **E. 3.3**

Auch das indirekte Zeugnis ("vom Hörensagen") ist nicht a priori ausgeschlossen. Hat der Zeuge eine bestimmte Tatsache nicht selber wahrgenommen, sondern kennt er sie nur vom Hörensagen, kann seiner Aussage zwar keine direkte Beweiskraft zukommen. Sie kann

aber als Indiz in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Stützt der Zeuge sich auf die Angaben Dritter, kann dieser Vorgang – und nur dieser Vorgang – Gegenstand des vom Gesetz stipulierten direkten Zeugnisses sein. Nicht beweisbildend sind blossе Mutmassungen, Wertungen und Würdigungen des Zeugen (vgl. Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 169 N 13). 4. Ungeachtet der seitens der Vorinstanz zu Recht angeführten Unüblichkeit der Verwendung von Bargeld im behaupteten Umfang ohne Quittierung zur Rückzahlung eines (Bar-)Darlehens (vgl. Urk. 80 S. 13 E. III.4.4.11.) ist im Lichte der vorstehenden Grundsätze des Beweisrechts hervorzuheben, dass es der von der Klägerin zu vertretene Mangel an objektiven Beweismitteln nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen lässt, dass ihr der Hauptbeweis durch ihre Parteibefragung und die von ihr bezeichneten Zeugenbeweise gelingt. Soweit die Vorinstanz die Glaubwürdigkeit der einvernommenen Zeugen, insbesondere des Zeugen C.\_\_\_\_\_, Ex-Ehemann der Klägerin, in Frage stellt, indem sie festhält, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass dieser unstatthaft von der Klägerin beeinflusst worden sei (Urk. 80 S. 28 E. III.4.4.6.), bemerkt die Klägerin in der Berufung zu Recht, dass ein Kontakt zwischen ihr und dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ nicht per

- 18 - se eine unstatthafte Beeinflussung beinhalten muss (vgl. Urk. 79 S. 10 lit. e)ff)). Der Zeuge C.\_\_\_\_\_ stellte im Rahmen seiner Befragung in nachvollziehbarer Weise klar, dass er keinerlei Grund habe, die Klägerin zu unterstützen, er vielmehr wegen den beiden Herren – dem Beklagten und D.\_\_\_\_\_ – vor Gericht sei, weil er das Gefühl bekommen habe, dass diese zwei Männer Spiele spielten (Prot. I S. 31, 34, 37). Es besteht kein Grund, seinen Aussagen – wie auch den übrigen Aussagen der Zeugen der Klägerin – bloss aufgrund von Kontakten zur Klägerin im Vorfeld die Beweiskraft abzusprechen. Es kommt auf die Glaubhaftigkeit der einzelnen Aussagen an (dazu nachstehend E. III.8.). 5. Hinsichtlich ihrer Parteibefragung beanstandet die Klägerin die Erwägung im angefochtenen Urteil, sie habe sich erst, nachdem die Vorinstanz mit Urteil vom 17. September 2021 festgestellt habe, dass die Behauptungen der Klägerin zu wenig substantiiert seien, in ihrer Befragung um eine detailreichere Schilderung der Tatsachen bemüht, jedoch könne die Beweisabnahme nicht dazu dienen, eine vormals mangelhafte Substantiierung nachzuholen (Urk. 80 S. 13 E. III.2.1.6.). Die Klägerin hält dem entgegen, dass sie bereits in der Aberkennungsklage detailliert ausgeführt habe, wie das Darlehen und dessen Rückzahlung zustande gekommen seien, und dass das Obergericht den Entscheid der Vorinstanz vom 17. September 2021 kassiert habe (Urk. 79 S. 4 f. lit. c)a)). Hätte sie, so die Klägerin weiter, keine Rückzahlungen getätigt, hätte sie im Aberkennungsprozess behauptet, alles zurückbezahlt zu haben und nicht nur den Teilbetrag über Fr. 30'000.–. Dass sie dies nicht getan habe, unterstreiche ihre Tatsachenbehauptungen (Urk. 79 S. 13 lit. g)). 6. Der Klägerin ist hinsichtlich ihrer Parteiaussagen insofern zuzustimmen, als der Grundsatz, dass die Beweisabnahme nicht dazu dienen kann, eine vormals mangelhafte Substantiierung nachzuholen, vorliegend nicht einschlägig ist. Zum einen hatte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durchzuführen, weil die bestrittenen Behauptungen der Klägerin hinsichtlich der Rückzahlung des Darlehens in den Teilbeträgen von Fr. 10'000.– am 30. März 2019 und Fr. 20'000.– am 9. April 2019 über D.\_\_\_\_\_ im Restaurant des Hotels G.\_\_\_\_\_ in H.\_\_\_\_\_ hinreichend substantiiert waren. Zum anderen betrifft die Frage, ob Aussagen einer Partei im

- 19 - Rahmen ihrer Parteibefragung dem Entscheid in der Sache zugrunde zu legen sind oder nicht, nicht die Frage der Substantiierung der Parteivorbringen bzw. des

Klagefundaments, sondern der Beweiswürdigung. Es stellt nach überwiegender Lehrmeinung keine Verletzung der dem Verhandlungsgrundsatz inhärenten Behauptungs- und Substantiierungslast dar, wenn Parteiaussagen dem Urteil zugrunde gelegt werden, die zwar nicht behauptet bzw. substantiiert worden sind, aber im Rahmen dessen liegen, was behauptet worden ist bzw. falls die damit bewiesene Rechtsfolge vom geltend gemachten Anspruch abgedeckt ist. Das gilt ebenfalls für andere, sogenannt überschüssende Beweisergebnisse, d.h. wenn sich eine nicht behauptete Tatsache aufgrund des Beweisverfahrens erwiesen hat (vgl. BGer 4A\_375/2016 vom 8. Februar 2017, E. 5.2.3 m.H.; BGer 4A\_195/2014 vom 27. November 2014, E. 7.2 mit einer Übersicht über die Lehrmeinungen; BGer 4A\_375/2016 vom 8. Februar 2017, E. 5.2.3; vgl. zum Ganzen HG190030 vom 17. Februar 2023, E. 5.3.2.). Der Zweck der Behauptungs- und Substantiierungslast besteht nicht darin, jede Ergänzung oder Änderung des Beweisthemas in der Partiebefragung/Beweisaussage auszuschliessen. Vielmehr soll damit der Gegenpartei ermöglicht werden, konkret zu den behaupteten Sachvorbringen Stellung zu nehmen, diese ihrerseits substantiiert zu bestreiten und den Gegenbeweis anzutreten (vgl. BK ZPO-Bühler, Bern 2012, Art. 191-192 N 81a; BSK ZPO-Gehri, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N 5; BK ZPO-Hurni, Bern 2012, Art. 55 N 36; BGer 4A\_195/2014 vom 27. November 2014, E. 7.2 mit weiteren Hinweisen; ferner BGE 127 III 365 E. 2b, S. 368). Auf den Inhalt der Parteiaussagen der Klägerin wird noch einzugehen sein (dazu nachstehend E. III.8.1. und 8.2.).

#### **E. 4**

Die Klägerin rügt die Qualifikation der Vereinbarung vom 30. August 2018 als (gültige) Schuldanerkennung im angefochtenen Urteil. Dazu führt sie im Wesentlichen aus, sie habe stets behauptet, nur unter Druck der Verschriftlichung des Darlehensvertrags über Fr. 63'000.– respektive dem zusätzlichen Betrag von Fr. 12'000.– zugestimmt und dies unterschrieben zu haben. Zu Unrecht habe die Vorinstanz ihre Behauptungen über das Vorliegen eines wucherischen und wegen Furchterregung und Übervorteilung einseitig unverbindlichen Vertrages als unsubstantiiert bezeichnet und darüber keine Beweise, insbesondere nicht die Partiebefragung der Klägerin, abgenommen sowie es als fraglich bezeichnet, dass diesbezüglich die Jahresfrist von Art. 21 und 31 OR eingehalten worden sei. Die Klägerin habe wenigstens in den Grundzügen und damit rechtsgenügend sowie vor Jahresablauf am 16. August 2019 behauptet, dass sie unter Furcht den Vertrag unterschrieben habe, und dass sie dabei bezüglich der Zinsen übervorteilt worden sei. Sie habe bereits in ihrer Stellungnahme im Rechtsöffnungsverfahren ausgeführt, der Beklagte habe sie am 30. August 2018 genötigt, er habe die angeblich geleistete Arbeit und Zinsen angeführt, um diesen Wucherzins zu kaschieren, und sie habe Angst gehabt, dass er gegenüber ihr wieder ausfällig werden würde (Urk. 15/6 Ziff. III.2. und III.4.). Gestützt auf diese Behauptungen hätten die Gegenseite und das Gericht konkret gewusst, auf welche Tatsachen sie sich stütze. Dass gerade auch bei der Furchterregung die Betroffenen anzuhören seien, er-

- 9 - gebe sich zwanglos aus dem Fakt, dass es auf das subjektive Urteilsvermögen des Betroffenen ankomme (Urk. 79 S. 8 ff. lit. e)b) bis e)e)).

#### **E. 5**

Was die Bezeichnung der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 30. August 2018 (Urk. 2/3) als Schuldanerkennung angeht, zeigt die Klägerin nicht auf, was am

angefochtenen Entscheid fehlerhaft sein soll, und es ist auch nicht ersichtlich, was die Klägerin daraus ableiten möchte. Die Bezeichnung als Schuldanerkennung wäre selbst bei Vorliegen einer einseitigen Unverbindlichkeit der Vereinbarung vom 30. August 2018 zutreffend. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

## **E. 6**

Der von der Klägerin vorgebrachten Kritik an den Ausführungen der Vorinstanz zur ungenügenden Substantiierung der einseitigen Unverbindlichkeit der Schuldanerkennung ist ebenfalls aus prozessualen Gründen kein Erfolg beschieden.

### **E. 6.1**

Bei Rückweisung der Sache ist nicht nur die erste Instanz, sondern bei erneuter Befassung mit dem Fall – mit wenigen Ausnahmen (dazu sogleich) – auch die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde lag. Die Berufungsinstanz muss bei einem zweiten Entscheid in der gleichen Sache denselben Restriktionen unterworfen sein, wie die erste Instanz nach einem Rückweisungsentscheid. Wegen dieser Bindung ist es der Berufungsinstanz verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind. Der Umfang der Bindung ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Die im Rückweisungsentscheid bereits entschiedenen Fragen sind – vorbehaltlich zulässiger Noven sowie einer Rechtsänderung – nicht mehr zu überprüfen. Eine nochmalige umfassende Prüfung durch die rückweisende Instanz bei erneuter Befassung würde nicht nur dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Vertrauen in die Beständigkeit von Rechtsmittelentscheiden) widersprechen, sondern die Umsetzung von Rückweisungsentscheiden generell in Frage stellen. Wäre die Berufungsinstanz nicht an ihren eigenen Rückweisungsentscheid gebunden, so würde

- 10 - das neuerliche Ergreifen eines Rechtsmittels in der gleichen Sache geradezu begünstigt, bestünde damit doch stets die Hoffnung, beim zweiten Mal ein besseres Resultat bei der Berufungsinstanz zu erzielen, wofür keine schützenswerten Interessen ersichtlich sind. Der Grundsatz der Bindung der Berufungsinstanz an ihren eigenen Rückweisungsentscheid folgt auch aus der bundesgerichtlichen Praxis, deren Übertragung auf den kantonalen Instanzenzug das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsordnung verlangt. Die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts, mit welcher es seinen Rückweisungsentscheid begründet hat, ist nicht nur für die kantonale Berufungsinstanz bei der Beurteilung der Berufung, sondern auch für das Bundesgericht selbst, wenn es später ein zweites Mal angerufen wird, massgebend (vgl. zum Ganzen: ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46 ff.; BGE 135 III 334 E. 2.1, S. 335 f.; BGer 4A\_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 1.1; BSK BGG-Meyer, Art. 107 N 18).

### **E. 6.2**

Dem Rückweisungsbeschluss vom 17. Mai 2022 (Urk. 52 S. 9 ff. E. IV.3.2) lag mit Bezug auf die Gültigkeit der Schuldanerkennung die nachstehende Beurteilung zugrunde: "3.2 Mit Bezug auf die Schuldanerkennung hielt die Vorinstanz fest, die Klägerin habe in der Vereinbarung vom 30. August 2018 unterschriftlich bestätigt, dem Beklagten für geleistete Arbeit und Zinsen total Fr. 12'000.– zu schulden. Es liege damit eine kausale

Schuldanererkennung im Sinne von Art. 17 OR vor, weshalb die Klägerin Nichtbestehen oder die fehlende Durchsetzbarkeit der Forderung zu beweisen habe. Die Klägerin bestreite, dem Beklagten Fr. 12'000.– zu schulden. Sie mache Mängel im Vertragsschluss geltend, welche zur einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages führten. Das Vorliegen eines wucherischen Vertrages (Übervorteilung) habe die Klägerin ungenügend substantiiert. Eine Übervorteilung sei nicht rechtsgenügend behauptet. Im Übrigen sei fraglich, ob die Jahresfrist von Art. 21 Abs. 2 OR eingehalten wäre, was aber offen bleiben könne. Auch hinsichtlich des Tatbestandes der Furchterregung i.S. von Art. 29 OR behauptete die Klägerin das Vorliegen sämtlicher Tatbestandselemente nicht genügend substantiiert. Wiederum fraglich sei die Einhaltung der Jahresfrist gemäss Art. 31 OR, was allerdings ebenfalls offen bleiben könne. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass die Klägerin hinsichtlich der Übervorteilung und der Furchterregung lediglich die Parteibefragung offeriere, wobei eine Parteibefragung nicht dazu dienen könne, eine mangelnde Substantiierung nachzuholen. Schliesslich behauptete die Klägerin, die Parteien hätten sich darauf verständigt,

- 11 - digt, dass der gemäss Vereinbarung vom 30. August 2018 geschuldete Betrag für Zinsen von Fr. 12'000.– auf Fr. 7'000.– reduziert werde. Sinngemäss behauptete sie damit das Zustandekommen eines Änderungsvertrages. Für ihre Behauptung offeriere sie eine E-Mail von Rechtsanwalt Dr. iur. Z.\_\_\_\_\_, eine Parteibefragung sowie die Zeugenaussage von Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ als Beweismittel. Jedoch habe sie nicht substantiiert, wann, wo oder in welchem Kontext der von ihr behauptete aber bestrittene Änderungsvertrag zustande gekommen sei. Sie führe lediglich aus, man habe sich darauf verständigt.

Insgesamt mü- ten ihre Ausführungen eher als Schutzbehauptungen an. Die Behauptungen der Klägerin seien damit abermals zu pauschal und unsubstantiiert gehalten, als dass darüber Beweis geführt werden könnte. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass es der Klägerin nicht ge- linge, die einseitige Unverbindlichkeit der Schuldanererkennung bzw. einen diesbezüglichen nachträglichen Änderungsvertrag zu beweisen (Urk. 52 S. 15 ff. E. III./3.3.1.-3.3.7.). 3.2.1 Die von der Klägerin dagegen vorgebrachten Beanstandungen (Urk. 51 S. 5 ff. lit. g - i) vermögen den Begründungsanforderungen (vorn E. III./2.1) über weite Teile nicht zu genügen, weshalb insoweit darauf nicht weiter einzugehen ist. Die Klägerin wie- derholt mehr oder weniger vielmehr, was sie bereits vor Vorinstanz vorgebracht hat (Urk. 30 lit. e, g, i, n), ohne auf die detaillierte Begründung der Vorinstanz einzugehen (Urk. 51 S. 5 ff. lit. g - i), bzw. bringt neue Behauptungen zur Zinshöhe vor (Urk. 51 S. 5 lit. g), ohne aufzuzeigen, dass und wo vor Vorinstanz diese Behauptungen schon vorgebracht worden wären. 3.2.2 Eine sachgerichtete Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz zum wucherischen Rechtsgeschäft bzw. zur Übervorteilung durch die Klägerin findet kaum statt (Urk. 51 S. 5 f. lit. g). Was sie aus dem Hinweis, dass sich ein wucherisches Rechts- geschäft bei einem offenen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung als sit- tenwidrig und nichtig erweisen könne, ableiten will, legt sie nicht dar. Die Vorinstanz hat erwogen, dass sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein wucherisches Ge- schäft - wie es die Klägerin zu behaupten scheine - als einseitig unverbindlich erweisen könne (Urk. 52 S. 16 E. III./3.3.4). Bei einem Verstoss gegen den strafrechtlichen Wucher- tatbestand ist die in Art. 20 OR angeordnete Nichtigkeit ausschliesslich nach Massgabe von Art. 21 OR zu konkretisieren (BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 21 N 19 und Art. 19/20 N 54). In der Regel wird ferner das Vorliegen von Sittenwidrigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) mit dem Hinweis darauf verneint, dass Art. 21 OR die Fälle eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung abschliessend regle. Hinsichtlich der Vereinbarung überhöhter

Darlehenszinsen liess die Rechtsprechung vereinzelt Ausnahmen von diesem

- 12 - Grundsatz zu (vgl. BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 19/20 N 40 m.w.H. und Art. 21 N 19). Die Partei, die sich auf die Sittenwidrigkeit des Vertrags beruft, muss jedoch nach der Verhandlungsmaxime die tatsächlichen Grundlagen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergeben soll, prozessrechtskonform dartun. Dies hat die Klägerin nicht getan. Sie hat einzig behauptet, der Beklagte habe für die Zeit vom 31. März 2018 bis 31. Dezember 2018 Zinsen in Höhe von Fr. 12'000.– gefordert. Um diesen Wucherzins zu kaschieren, habe er in der Vereinbarung geleistete Arbeit und Zinsen angeführt, doch habe es keine geleisteten Arbeiten gegeben, bzw. machte sie geltend, es sei von einem Jahreszins von 25% auszugehen (Urk. 1 S. 2 Ziff. III./2; Urk. 30 S. 3 f. lit. e). Soweit sie im Berufungsverfahren die Zeugenbefragung ihres Ehemannes C.\_\_\_\_\_ verlangt, um zu beweisen, dass (k)eine Arbeitsleistung des Beklagten stattgefunden habe, handelt es sich um einen unzulässigen neuen Beweis Antrag. Die Klägerin offerierte ihren Ehemann vor Vorinstanz nur mit Bezug auf die Frage als Zeugen, ob bei der Nutzung des Fahrzeugs des Beklagten (welche nicht bestritten wurde) Geschwindigkeitsüberschreitungen oder Unfälle vorgefallen seien (Urk. 30 S. 4 lit. g), nicht aber dazu, ob Arbeitsleistungen des Beklagten stattgefunden haben. Entgegen dem Dafürhalten der Klägerin wurde auch eine Notlage ungenügend behauptet. Zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass die Klägerin gehalten gewesen wäre, mindestens in den Grundzügen darzulegen, worin vorliegend eine Notlage, Unerfahrenheit oder ein leichtsinniges Handeln zu erblicken gewesen wäre. Die blosser Behauptung, sie sei zur Unterschrift genötigt worden bzw. sie sei unter Druck gesetzt worden, die Unterschrift zu leisten, da sie nicht in der Lage gewesen sei, das Darlehen kurzfristig zurückzuzahlen (Urk. 1 Rz 2, Urk. 30 S. 3 lit. e), genügt dieser Anforderung offensichtlich nicht. 3.2.3 Auch mit den Erwägungen der Vorinstanz zum Tatbestand der Furchterregung im Sinne von Art. 29 OR (Urk. 52 S. 17 f. E. III./3.3.5) setzt sich die Klägerin nur ungenügend auseinander (Urk. 51 S. 6 lit. h). Nicht gefolgt werden kann ihr, dass die Furchterregung ausreichend substantiiert sei, weil der Nötigungstatbestand selbsterklärend sei und die Drohung auch konkludent erfolgen könne. Die im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Darstellung der Ausnutzung einer Zwangslage, indem der Beklagte von der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin bei seiner Forderung, die ganze Summe sofort zu zahlen, gewusst habe, ist unbeachtlich aber auch unbehelflich: Das blosser Wissen um eine Zahlungsunfähigkeit stellt keinen Tatbestand der Furchterregung dar. 3.2.4 Hinsichtlich des Zustandekommens eines Änderungsvertrages sieht die Klägerin in einer E-Mail von Rechtsanwalt Dr. iur. Z.\_\_\_\_\_ vom 18. Februar 2019, welche aus einem Whatsapp-Chatverlauf ersichtlich ist (Urk. 12/8), entgegen der Vorinstanz einen Be-

- 13 - weis für ihre Behauptung, die Parteien hätten sich auf eine Reduktion des geschuldeten Betrags von Fr. 12'000.– auf Fr. 7'000.– verständigt (Urk. 51 S. 6 lit. i). Zutreffend hat die Vorinstanz festgestellt, dass der E-Mail nicht zu entnehmen ist, dass die Parteien einen Änderungsvertrag mit dem durch die Klägerin behaupteten Inhalt abgeschlossen hätten. Allein der Umstand, dass ein Betrag von Fr. 50'000.– (anstelle eines Restbetrages von Fr. 55'000.– gemäss Vereinbarung vom 30. August 2018; Urk. 12/3) genannt wird, lässt nicht auf einen Änderungsvertrag hinsichtlich der anerkannten Schuld von Fr. 12'000.– auf Fr. 7'000.– schliessen. Es ist auch nicht ersichtlich, was aus der Wendung "Du kannst sie damit betreiben", für das Vorliegen eines Abänderungsvertrages abgeleitet werden könnte. Soweit die Klägerin Rechtsanwalt Dr. Z.\_\_\_\_\_ als Zeugen einvernommen haben will, setzt sie sich nicht konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz

auseinander, wonach sie nicht substantiiere, wann, wo oder in welchem Kontext der von ihr behauptete Änderungsvertrag zustande gekommen sei, weshalb darüber kein Beweis geführt werden könne. 3.2.5 Im Ergebnis ist damit die Feststellung der Vorinstanz, dass es der Klägerin nicht gelinge, die einseitige Unverbindlichkeit der Schuldanerkennung bzw. einen diesbezüglichen Änderungsvertrag zu beweisen, nicht zu beanstanden."

### **E. 6.3**

Prozessual unzulässig ist vor diesem Hintergrund der Versuch der Klägerin, mit der erneuten Berufung die Vereinbarung vom 30. August 2018 hinsichtlich des Betrages von Fr. 12'000.– in Frage zu stellen und eine Beweisabnahme über die von ihr diesbezüglich behauptete Übervorteilung nach Art. 21 OR und Furchterregung nach Art. 28 OR zu erwirken. Die Rückweisung an die Vorinstanz beruhte ausschliesslich darauf, dass die Klage nicht gestützt auf eine antizipierte Beweiswürdigung hinsichtlich der von der Klägerin offerierten Parteibefragung und Zeugen in Bezug auf die streitige Teilrückzahlung des Darlehens abgewiesen werden könne. Die Vorinstanz hatte das Beweisverfahren gemäss den Erwägungen des Rückweisungsbeschlusses vom 17. Mai 2022 auf die streitige Teilrückzahlung zu beschränken (so richtig der Beklagte, vgl. Urk. 86 Rz. 10, 21 f.). Über die behauptete Übervorteilung und Furchterregung war hingegen mangels genügender Substantiierung der entsprechenden Tatsachenbehauptungen der Klägerin kein Beweis abzunehmen, was für die Beurteilung der Berufung gegen das neue Urteil der Vorinstanz verbindlich ist. Was die Vereinbarung zwischen den Parteien vom 30. August 2018 angeht, liegt kein gegenüber dem Rückweisungsbeschluss ge-

- 14 - änderter Sachverhalt vor. Die Klägerin kann mit der vorliegenden Berufung nicht erreichen, dass Argumente gegen die Gültigkeit der Schuldanerkennung – seien sie entweder bereits vorgebracht worden oder hätten sie bereits vorgebracht werden können – auf der gleichen tatsächlichen und rechtlichen Basis (erneut) diskutiert werden. Mit der Wiederholung ihrer bisherigen Vorbringen ist die Klägerin ebenso wie mit ihrer – den Begründungsanforderungen ohnehin kaum genügenden – Kritik an der Rechtsauffassung der Vorinstanz bzw. des Rückweisungsbeschlusses ausgeschlossen.

### **E. 6.4**

Eine Durchbrechung der Bindungswirkung könnte sich einzig aus einer nach dem Rückweisungsbeschluss geänderten oder neu begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichts in der gleichen Rechtsfrage ergeben (vgl. dazu ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 48). Daran fehlt es hier jedoch ebenfalls. Eine Ausnahme von der Bindungswirkung der im Rückweisungsbeschluss entschiedenen Fragen ist auch in dieser Hinsicht zu verneinen.

### **E. 7**

Nicht zulässig sei es laut der Klägerin (Urk. 79 S. 12 f. lit. f)) ferner, wenn die Vorinstanz auf die verspäteten Behauptungen des Beklagten im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. FV190048-K abstelle und die erfolglose Erhebung der Verrechnungseinrede in jenem Verfahren als widersprüchliches Verhalten der Klägerin werte (Urk. 80 S. 31 E. 4.4.9.).

### **E. 7.1**

Mit den Akten des Verfahrens Geschäfts-Nr. FV190048-K in Sachen D.\_\_\_\_\_ als Kläger und der Klägerin im vorliegenden Verfahren als Beklagte sowie dem entsprechenden, in Rechtskraft erwachsenen Urteil des Einzelgerichts im verein-

- 20 - fachten Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur vom 17. Juni 2020 (Urk. 57) hat sich das Obergericht ebenfalls bereits im Beschluss vom 17. Mai 2022 (Urk. 52 S. 21 E. IV.4.11) auseinandergesetzt und erwogen: "[...] Selbst wenn aber den Erwägungen des Urteils vom 17. Juni 2020, wie der Be- klagte geltend macht (Urk. 47 Rz 6), zu entnehmen wäre, dass die Übergabe des Geldes an D.\_\_\_\_\_ von der Klägerin nicht habe bewiesen werden können, wäre diese Behauptung als verspätet nicht zu berücksichtigen. Die Behauptung erfolgte anlässlich der Hauptver- handlung vom 23. Juni 2021 nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel (Prot. I S.

## **E. 7.2**

Ebenfalls an diese Erwägungen ist die Berufungsinstanz bei erneuter Befas- sung mit dem Fall gebunden. Davon abgesehen weist die Klägerin an sich richtig darauf hin, dass die Anwendung der gesetzlichen Novenbeschränkung nicht da- von abhängt, ob sie dieselbe Beweisofferte hinsichtlich des Beizugs der Akten des betreffenden Verfahrens wie der Beklagte machte oder nicht (Urk. 79 S. 12 f. lit. f)). Dass die Klägerin im angesprochenen Verfahren Geschäfts-Nr. FV190048- K erfolglos die Verrechnungseinrede erhob, kann ihr im vorliegenden Prozess ent- gegen der Auffassung der Vorinstanz nicht als widersprüchliches Verhalten zum Nachteil gereichen. Ebenfalls im Verfahren Geschäfts-Nr. FV190048-K hatte sie in Übereinstimmung mit ihren Rechtsschriften im vorliegenden Verfahren und ih- ren Aussagen in der Parteibefragung (Prot. I S. 8 ff.) ausgeführt, sie habe D.\_\_\_\_\_ am 30. März 2019 Fr. 10'000.– und am 9. April 2019 Fr. 20'000.– zur Weiterleitung an den Kläger übergeben (Urk. 57/10 S. 4). Darüber wurde im Ver-

- 21 - fahren Geschäfts-Nr. FV190048-K nicht Beweis geführt (vgl. Urk. 57/35 S. 14 f.), so dass auch nicht argumentiert werden kann, der betreffende Beweis sei der Klä- gerin bereits damals misslungen. Nicht widersprüchlich, sondern durchaus ange- bracht erscheint es, dass die Klägerin mit Blick auf die Möglichkeit, D.\_\_\_\_\_ habe den Betrag von Fr. 30'000.– entgegen ihrer Abmachung nicht an den Beklagten weitergeleitet, gegenüber der Forderung von D.\_\_\_\_\_ die Verrechnung erklärte, um den Betrag nicht zweimal bezahlen zu müssen (vgl. Prot. I S. 19). 8. Mit alledem ist nun allerdings noch nichts darüber ausgesagt, wie die verfügba- ren Beweismittel, insbesondere die Aussagen in der Parteibefragung und die Zeu- genbefragungen samt den schriftlichen Zeugenerklärungen inhaltlich zu würdigen sind bzw. welcher Beweiswert ihnen konkret beizumessen ist. 8.1. Zwar ist der Umstand, dass die Klägerin nicht die vollständige, sondern die teilweise Tilgung des Darlehens behauptet hat, entgegen der Auffassung des Be- klagten (vgl. Urk. 86 Rz. 30), kein prozessual unzulässiges Novum, sondern eine aus ihren Rechtsschriften vor Vorinstanz hervorgehende, unbestrittene Tatsache. Für die Wahrheit ihrer Vorbringen in der Parteibefragung bzw. den von ihr zu er- bringenden positiven Beweis lässt sich damit freilich entgegen der Auffassung der Klägerin nichts gewinnen. Die Anerkennung einer teilweise noch offenen Schuld kann einer prozessualen Vorsicht geschuldet sein und erlaubt für sich genommen nicht den Schluss auf die Wahrheit der Parteiaussagen. Das dürfte offensichtlich sein und bedarf keiner weiteren Erläuterung. 8.2. Mit der Würdigung der Vorinstanz, dass die Befragung der Klägerin beweis- technisch nicht ins Gewicht falle (Urk. 80 S. 13 E. III.2.1.6.), setzt sich die Klägerin in ihrer Berufung nicht auseinander, wie der Beklagte richtig bemerkt (Urk. 86 Rz. 12). Darauf muss nicht weiter eingegangen werden. Nur der guten Ordnung halber sei bemerkt, dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz in Bezug auf die Parteibefragung der Klägerin im Ergebnis zutreffend ist. Denn die konkreten

Umstände der Geldübergaben einerseits an D.\_\_\_\_\_, andererseits von diesem an den Beklagten, erscheinen in ihren Aussagen vage und wenig überzeugend. Ein nachvollziehbarer Ablauf der Geldübergaben fehlt in der Schilderung der Klägerin nahezu vollständig. Die von der Vorinstanz angesprochene Detaillierung, wonach

- 22 - sich die Klägerin während des Telefonats mit dem Beklagten in Paris befunden habe, ändert daran nichts, hielt sie doch auch insoweit nur vage fest, der Beklagte habe ihr telefonisch gesagt, dass sich das Ganze klären werde und sie das zusammen am darauffolgenden Montag klären könnten (Prot. I S. 13). Ungeachtet der Plausibilität ihrer Begründung, dass sie das Geld wegen fehlender Liquidität bzw. finanzieller Schwierigkeiten ihrerseits (vgl. Prot. I S. 10, 15) nicht überweisen, sondern in bar aus der Kasse ihres Geschäfts genommen habe, bleibt ihre Schilderung hinsichtlich der Übergaben von Fr. 30'000.– an D.\_\_\_\_\_ und des Erhalts dieses Betrages durch den Beklagten (der Beklagte habe "dies auch schon am Telefon mitgeteilt" bzw. "auch bestätigt"; vgl. Prot. I S. 13, 18) insgesamt deilarm und farblos, so dass sie nicht überzeugend wirkt. Auf ihre Aussagen hinsichtlich der Rückzahlung von Fr. 30'000.– an den Beklagten stellte die Vorinstanz daher zu Recht nicht ab. 8.3. Soweit sich die Klägerin in der Berufungsschrift auf die von ihr im beigezogenen Rechtsöffnungsverfahren eingereichten, als Beweismittel offerierten, von den Zeugen C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ unterzeichneten Erklärungen (Urk. 15/7/3 und Urk. 15/7/4) bezieht, ist Folgendes vorzuschicken: Nach Art. 190 Abs. 2 ZPO kann das Gericht von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint. Schriftliche Erklärungen von Zeugen, die eine Partei einholt und dem Gericht einreicht, fallen nicht unter die genannte Bestimmung. Solche privaten Zeugnisurkunden können den Zeugenbeweis nicht ersetzen. Es handelt sich um eine Zeugnisurkunde, die Aufzeichnungen einer Person über ihr Wissen um Tatsachen enthält. Regelmässig sind privat bzw. nicht auf dem gerichtlichen Weg eingeholte schriftliche Auskünfte von mindermem Beweiswert oder als Beweis untauglich. Bestenfalls kann damit nachgewiesen werden, dass sich der Verfasser der Urkunde im Sinne der Urkunde geäussert hat, wenn er dies als Zeuge bestätigt. Die Herstellung einer schriftlichen Zeugenaussage im Prozess ist dabei insofern problematisch, als dies gar dazu geeignet sein kann, den potenziellen Zeugen dereinst die innere Freiheit zu nehmen, anlässlich einer künftigen gerichtlichen Zeugenbefragung so auszusagen, wie sie das ohne die unterzeichnete schriftliche Erklärung getan hätten. Solche Dokumente sind unter Umständen geeignet, den Beweiswert einer förmlichen

- 23 - Zeugenaussage dieser Person im Prozess zu entwerten (vgl. BGer 4A\_220/2010 vom 11. Oktober 2010, E. 10.1.1; OGer ZH vom 24. Oktober 2003, E. VI.5.f in ZR 106/2007 Nr. 14, S. 73; ZK-ZPO Weibel/Naegeli, Art. 190 N 7; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 177 N 7 f.; ZK ZPO-Weibel, Art. 177 N 15; BSK ZPO-Dolge, Art. 177 N 12; BK ZPO-Rüetschi, Art. 190 N 2 f.). 8.4. Hinsichtlich der Aussagen von C.\_\_\_\_\_ führt die Vorinstanz an, seine Bestätigung der inhaltlichen Richtigkeit seiner schriftlichen Zeugenbestätigung kontrastiere mit dem Umstand, dass der Zeuge im früheren Verlauf der Zeugenbefragung noch keinerlei Erinnerung an das von ihm signierte Schriftstück gehabt habe, als ihm dieses vorgezeigt worden sei (Prot. S. 31 f.) und seine Zeugenaussage nur vereinzelt eine höhere Detailtiefe ausweise, indem er behaupte, sowohl mit dem Beklagten als auch während fast einer Stunde mit D.\_\_\_\_\_ telefoniert zu haben und beide ihm gegenüber bestätigt hätten, dass der Transfer wie geplant abgelaufen sei und die Fr. 30'000.– an den Beklagten übergeben worden seien. C.\_\_\_\_\_ gebe auf Nachfrage zu Protokoll, dass das Telefonat mit

D.\_\_\_\_\_ am 17. Mai 2019 stattgefunden habe. Dies wäre aber zu einem Zeitpunkt gewesen, noch bevor der Klägerin überhaupt der Zahlungsbefehl am 23. Mai 2019 zugestellt worden wäre, was wenig plausibel erscheine. Darauf angesprochen habe C.\_\_\_\_\_ in der Befragung gemeint, sich nicht mehr an das Datum erinnern zu können. Allein dieser Umstand verdeutliche, dass die Behauptungen auch im gerichtlichen Beweisverfahren zu wenig substantiiert ausgefallen seien. Es sei nicht bekannt, wann das Telefonat stattgefunden habe. Genauso fehlten Angaben beispielsweise dazu, wo sich der Zeuge während des Telefonats befunden habe und zu welcher Tageszeit das gewesen sein solle. Mithin sei die Beweiskraft des Zeugen – auch seines schriftlichen Zeugnisses – aufgrund seiner Parteinähe und des fehlenden Detailreichtums gering. Zu erwähnen sei auch, dass C.\_\_\_\_\_ selbst gemäss seiner Darstellung bei keiner Geldübergabe – sei dies zwischen Ex-Ehefrau und Vermittler und/oder Vermittler und Beklagtem – persönlich dabei gewesen sei und somit die Tilgung der Schuld jedenfalls nicht aus erster Hand bezeugen könne (vgl. Urk. 80 E. III.4.4.6.).

- 24 - 8.5. Als falsch rügt die Klägerin, dass die Vorinstanz der schriftlichen Erklärung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ (Urk. 15/7/3) und seinen Zeugenaussagen den Beweiswert abspreche. Die Klägerin hebt hervor, dass nach den Ausführungen des Zeugen C.\_\_\_\_\_, die schriftliche Erklärung von ihm zuerst erläutert, dann geschrieben worden sei und somit seinen eigenen Wahrnehmungen entspreche. C.\_\_\_\_\_ habe als Zeuge unter Strafandrohung den Inhalt seiner Erklärung bestätigt, wonach D.\_\_\_\_\_ und der Beklagte ihm gegenüber bestätigt hätten, insgesamt Fr. 30'000.– erhalten zu haben. Die zeitliche Übereinstimmung des Telefonats mit D.\_\_\_\_\_ vom 17. Mai 2019 kurz vor der Betreibung bzw. dem Zahlungsbefehl vom 23. Mai 2019, welche die Vorinstanz gegen dessen Aussagen anführe, sei vielmehr ein gewichtiges Indiz dafür, dass seine Aussagen betreffend das Telefonat mit D.\_\_\_\_\_ zuträfen. Der Zeuge habe nämlich nicht angeführt, er habe das Telefonat nach dem Zahlungsbefehl geführt, sondern weil Behauptungen aufgekomen seien, dass D.\_\_\_\_\_ das Geld nicht erhalten habe (Urk. 79 S. 10 f. lit. e)g) und e)h)). 8.6. Als Datum des Telefonats mit D.\_\_\_\_\_ nannte der Zeuge C.\_\_\_\_\_ zunächst den 17. Mai 2019. Darauf angesprochen, dass dies vor der Zustellung des Zahlungsbefehls am 23. Mai 2019 gewesen sei, meinte der Zeuge, womöglich erinnere er sich falsch an das Datum. Der Grund für das Gespräch mit D.\_\_\_\_\_ sei gewesen, dass Behauptungen aufgekomen seien, dass er das Geld nicht bekommen habe (Prot. I S. 34). Die Ausführungen des Zeugen zum Zeitpunkt und Grund des Telefongesprächs sind für sich genommen plausibel. Ebenfalls erscheint es nicht ungewöhnlich, sondern verständlich, dass sich der Zeuge hinsichtlich des genauen Datums des Telefongesprächs mit D.\_\_\_\_\_ nicht mehr sicher war (Prot. I S. 33 f.). Dies zieht seine Aussage noch nicht in Zweifel, wäre es doch im Gegenteil merkwürdig, wenn der Zeuge sich nach der langen Zeit noch genau an das Datum erinnern könnte. Den Inhalt seiner schriftlichen Bestätigung vom 15. August 2019 (Urk. 15/7/4) hat der Zeuge C.\_\_\_\_\_ bei seiner Befragung allerdings bloss pauschal auf entsprechende, geschlossene Frage als der Wahrheit entsprechend bestätigt (Prot. I S. 32). Der Zeuge hat sich dabei in folgendem Kernpunkt mehrfach und markant selber widersprochen: Auf die Frage, ob er wisse, dass das Geld an den Beklagten weitergeleitet worden sei, erklärte der

- 25 - Zeuge zunächst, D.\_\_\_\_\_ hätte das Geld an den Beklagten weitergeben müssen. Das sei die Abmachung zwischen den beiden gewesen. Auf die Anschlussfrage, ob der Beklagte das Geld von D.\_\_\_\_\_ bekommen habe, hielt der Zeuge fest, er könne dazu nichts sagen (Prot. I S. 31). Dazu im Widerspruch meinte er wenig später auf die Frage, was danach mit

dem Geld passiert sei, so wie er sich erinnere, habe D.\_\_\_\_\_ das Geld an den Beklagten übergeben. Dies habe sich aus dem Telefonat ergeben, welches er mit D.\_\_\_\_\_ geführt habe, er habe knapp eine Stunde mit D.\_\_\_\_\_ telefoniert (Prot. I S. 33). Die weitere Frage, ob der Beklagte erklärt habe, dass er die beiden Zahlungen erhalten habe, bejahte der Zeuge. So gleich fügte er an, er habe das Gefühl bekommen, dass diese zwei Männer Spiele spielten. Sie seien beide etwas "entfacht" am Telefon. Kurze Zeit später habe der Beklagte ihm dann aber geschrieben, dass sie doch eine Familie seien und solche Sachen. Er habe es nicht ganz verstanden (Prot. I S. 34). Auf die Möglichkeit angesprochen, dass D.\_\_\_\_\_ das Geld für sich behalten haben könne, hielt der Zeuge schliesslich fest, nach dem Gespräch, welches er mit D.\_\_\_\_\_ gehabt habe, könne er (der Zeuge) sich alles vorstellen (Prot. I S. 35). Hinsichtlich der Weitergabe des Bargeldes an den Beklagten sind die Ausführungen des Zeugen C.\_\_\_\_\_ somit unklar und widersprüchlich. Mit der letztgenannten Aussage zur Möglichkeit, dass D.\_\_\_\_\_ das Geld für sich behalten haben könne, verkehrt der Zeuge C.\_\_\_\_\_ seine vorherige, der ersten Auskunft in dieser Frage (dazu könne er nichts sagen) bereits widersprechenden Aussage, D.\_\_\_\_\_ habe den Betrag von Fr. 30'000.– an den Beklagten weitergegeben, nachgerade ins Gegenteil. Abgesehen davon ist in den Aussagen des Zeugen letztlich völlig unbestimmt und unklar geblieben, wie die Zugeständnisse des Beklagten und von D.\_\_\_\_\_ genau erfolgt sein sollen, nachdem der Streit über diese Rückzahlung bereits voll entbrannt war und sich der Zeuge mit beiden Herren am Telefon darüber stritt. Der Rechtsvertreter der Klägerin stellte zum Inhalt der besagten Telefongespräche keine Ergänzungsfragen. Richtig ist es, wenn die Vorinstanz insoweit festhält, dass die Zeugenaussagen von C.\_\_\_\_\_ nur vereinzelt eine höhere Detailtiefe aufwiesen als die Darstellung in seiner schriftlichen Erklärung und die Beweiskraft seiner Aussagen aufgrund des fehlenden Detailreichtums gering sei (Urk. 80 S. 28 f. E. III.4.4.6.). Zu präzisieren ist, dass es dabei weit weniger um den Zeitpunkt

- 26 - der betreffenden Telefongespräche geht, als vielmehr um den konkreten Inhalt der Äusserungen über den Erhalt bzw. die Weiterleitung des Betrages von Fr. 30'000.–. Wenn der Zeuge C.\_\_\_\_\_ in diesem Zusammenhang bemerkt, er habe sich mit dem Beklagten am Telefon gestritten (beide seien etwas "entfacht") und der Zeuge habe dabei das Gefühl bekommen, dass der Beklagte und D.\_\_\_\_\_ Spiele spielten, ist dies zwar eine durchaus einfühlbare Gefühlsbekundung. Äusserst vage, ja unbestimmt, bleibt aber der entscheidende Punkt, nämlich wie D.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ erklärt haben soll, diesen Betrag erhalten und an den Beklagten übergeben zu haben und wie der Beklagte am Telefon im Streit gegenüber dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ zugestanden haben soll, dass er den Betrag von Fr. 30'000.– von D.\_\_\_\_\_ erhalten habe. Darauf kann nicht abgestellt werden: Erstens, weil der Kommunikationsablauf und Wortlaut (was wurde wann von wem genau gesagt) sowie die Umstände dieser angeblichen Zugeständnisse von D.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten gegenüber dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ offen bleiben und seine Zeugenaussage deshalb nicht überzeugend wirkt. Zweitens kommt hinzu, dass selbst wenn solche temporären, mündlichen Zugeständnisse, um nicht zu sagen Lippenbekenntnisse, bewiesen wären, sie den Beweis ihrer inhaltlichen Richtigkeit bzw. Wahrheit nicht erbringen könnten. Auch seine schriftliche Stellungnahme verfasste der Zeuge C.\_\_\_\_\_ in einem Zeitpunkt, in dem der Streit unter den Parteien schon voll entbrannt war. Der Zeuge erklärte schriftlich, beim Telefonat habe der Beklagte zugegeben, die Zahlungen von D.\_\_\_\_\_ erhalten zu haben. Im Nachhinein hätten D.\_\_\_\_\_ und der Beklagte ein falsches Spiel gespielt, da die Klägerin keine Quittung habe. D.\_\_\_\_\_ habe gesagt, die Klägerin solle alles begleichen und die Fr. 30'000.– würden schon auftauchen, sie seien nicht

verschwunden, und gesetzlich kenne er sich bestens aus, er (der Zeuge) könne dagegen nichts unternehmen. Der Beklagte habe sich laufend widersprochen. Es komme immer darauf an, wieviel Kokain oder Alkohol er zu sich genommen habe. Je nach Laune seien sie plötzlich wieder eine Familie und die Rückzahlung der restlichen Fr. 20'000.– eile nicht und in der nächsten Sekunde sei alles wieder vergessen, er werde aggressiv und verleugne, dass er das Geld bekommen habe (Urk. 15/7/4). Zwar mögen vorprozessual erfolgte Äusserungen der Parteien oft authentischer und verlässlicher erscheinen, weil sich die

- 27 - Parteien meistens erst mit Blick auf den (nahenden) Prozess strategisch verhalten und erst dann ihr Verhalten durch die sich im Streit verhärtenden Positionen und die je eigenen (finanziellen) Vorteile geprägt ist. Das gilt im Wesentlichen aber nur für Äusserungen vor dem Streit, wenn sie einigermaßen bestimmt, ernsthaft und nachvollziehbar erscheinen, was hier alles nicht zutrifft. Schon damals scheint für den Zeugen C.\_\_\_\_\_ die von ihm wiedergegebene "Bestätigung" des Beklagten, dass er die Teilrückzahlung über insgesamt Fr. 30'000.– erhalten habe, nicht eindeutig und nicht ernsthaft gewesen zu sein, wäre doch sonst beim Zeugen gar nicht der Eindruck entstanden, dass die beiden Männer Spiele spielten und der Beklagte sich laufend widersprochen habe. Der Zeuge war mithin selber nicht davon überzeugt, dass D.\_\_\_\_\_ das Geld an den Beklagten weitergab, was er schliesslich mit seiner Aussage, nach dem Gespräch mit D.\_\_\_\_\_ könne er sich alles vorstellen, auf den Punkt brachte. Für den Beweis, dass eine Rückzahlung des Darlehens im Betrag von Fr. 30'000.– über D.\_\_\_\_\_ an den Beklagten erfolgte, gibt die Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_ mithin letztlich nichts her, womit die Vorinstanz auf diesen Zeugen richtigerweise nicht abstellte. Aufgrund dieses Ergebnisses erweist sich ebenfalls die schriftliche Erklärung von C.\_\_\_\_\_ als für die klägerische Beweisführung untauglich. 8.7. Die Vorinstanz erwägt bezüglich der Zeugenaussage von E.\_\_\_\_\_, die Zeugin habe zu ihrem Schreiben gegenteilige Aussagen gemacht. Im Wesentlichen könne sie sich gar nicht an die Übergaben erinnern, weil sie nicht dabei gewesen sei. Insbesondere behaupte E.\_\_\_\_\_, nicht zu wissen, ob der Beklagte das Geld erhalten habe, geschweige denn, ob das Geld an D.\_\_\_\_\_ übergeben worden sei. Sie behaupte zudem, sich nicht erinnern zu können, dabei gewesen zu sein, als die Klägerin das Geld abgezahlt habe. Die Zeugin selbst entwerte, so die Vorinstanz, ihre damalige Stellungnahme. Allerdings lasse sich dem Befragungsprotokoll deutlich entnehmen, dass die Zeugin und die Klägerin heute ein zerrüttetes Verhältnis hätten (vgl. etwa Prot. S. 44: "Sie ist für mich gestorben."; Prot. S. 39; vgl. auch Urk. 71/4). Daraus folge, dass ihre Aussagen in der Zeugenbefragung ebenfalls mit Vorsicht zu würdigen seien, obschon sie während der gerichtlichen Befragung explizit zur wahrheitsgemässen Aussage unter Strafandrohung nach Art. 307 StGB verpflichtet gewesen sei. Beim Verfassen der schriftlichen Erklä-

- 28 - rung habe diese Androhung nicht gegolten. Als Zwischenfazit ergebe sich, dass die Beweiskraft der schriftlichen Stellungnahme von E.\_\_\_\_\_ äusserst gering sei. Sodann sei entscheidend, dass E.\_\_\_\_\_ die Darstellung der Klägerin auch nicht mit den in der Beweisverhandlung vorgebrachten Ausführungen stütze. Sie behaupte, bei den Geldübergaben nicht dabei gewesen zu sein und sich nicht erinnern zu können, die Klägerin beim Geldzählen unterstützt zu haben. Das aktuelle Verhalten der Zeugin zeige deutlich, dass sie der Klägerin nicht (mehr) wohlgesonnen sei, da sie es pauschal verneine, von behaupteten Tatsachen etwas zu wissen, welche sie anderentags mit eigenhändiger Unterschrift bestätigt habe. Dass sie tatsächlich nichts von den Begleitumständen des Darlehens wisse, sei zwar wenig glaubhaft. Allerdings spreche sie die

Widersprüchlichkeiten in der Beweisverhandlung direkt an, indem sie aussage, in der Stellungnahme damals geschrieben zu haben, was die Klägerin gewollt habe. Die Behauptungen der schriftlichen Erklärung und diejenigen der gerichtlichen Zeugenbefragung wiesen derart grosse Inkompatibilitäten auf, dass ihre Substanz für die Beweiswürdigung sehr gering ausfalle (Urk. 80 S. 27 f. E. III.4.4.5.). 8.8. Die Klägerin findet, die Vorinstanz fasse die Aussagen der Zeugin E. \_\_\_\_\_ aktenwidrig zusammen, indem sie festhalte, dass diese gegenteilige Aussagen zu ihrer schriftlichen Erklärung (Urk. 15/7/3) gemacht habe und behaupte, nicht zu wissen, ob das Geld an D. \_\_\_\_\_ übergeben worden sei und der Beklagte das Geld erhalten habe. Die Zeugin E. \_\_\_\_\_ habe jedoch ausgesagt, dass es schon sein könne, dass die Klägerin D. \_\_\_\_\_ Geld gegeben habe. Sie habe bestätigt, dass die schriftliche Erklärung bei ihr zu Hause zusammen mit der Klägerin geschrieben worden sei, wenn sie auch nicht mehr wisse, was genau geschrieben worden sei. Das sei – so die Klägerin – bemerkenswert, weil die Zeugin dabei mit keinem Wort erwähne, dass das Schreiben gelogen sei. Die Zeugenbefragung von E. \_\_\_\_\_ führe entgegen der Vorinstanz nicht dazu, dass der Beweiswert ihrer schriftlichen Erklärung gering sei (Urk. 79 S. 10 lit. d), e) und g)). 8.9. An sich zutreffend, aber irrelevant ist, dass die Zeugin E. \_\_\_\_\_ nicht explizit erwähnt, dass ihre schriftliche Bestätigung gelogen sei und sie in ihrer Befragung nicht ausschliesst, dass die Klägerin D. \_\_\_\_\_ Geld gegeben habe. Eine aktenwid-

- 29 - rige bzw. falsche Zusammenfassung der Aussagen der Zeugin E. \_\_\_\_\_ durch die Vorinstanz liegt nicht vor. Die Zeugin äusserte auf die Frage, ob es der Wahrheit entspreche, dass es zwei Übergaben gegeben habe, sie wisse das nicht, das könne sie nicht wissen. Auf die Frage, mit welchem Zweck das Geld an D. \_\_\_\_\_ übergeben worden sei, führte die Zeugin aus, sie glaube, die Klägerin habe ihm dieses Geld geschuldet. Was danach mit dem Geld passiert sei, wisse sie nicht. Auf die Frage, woher sie wisse, dass das Geld später beim Beklagten eingetroffen sei, meinte die Zeugin, das wisse sie auch nicht (Prot. S. 41 f.). In ihrer schriftlichen Erklärung erwähnt E. \_\_\_\_\_, sie habe mit der Klägerin jeweils das Geld im Kosmetikstudio der Klägerin mitgezählt und sei mit ihr zu den Treffen mit dem Beklagten mitgegangen. Sie hält ebenfalls fest, sie sei nicht ins Restaurant mitgegangen, weil der Beklagte die Klägerin habe alleine treffen wollen (Urk. 15/7/3 S. 2). E. \_\_\_\_\_ hat mithin bereits laut ihrer schriftlichen Erklärung die Übergabe der Couverts mit Bargeld an den Beklagten nicht selber wahrgenommen. Ihre Notiz, der Beklagte habe am Telefon einige Wochen später auf die Konfrontation mit der Übergabe der Fr. 30'000.– indirekt zugegeben, die Fr. 30'000.– erhalten zu haben, indem er gesagt habe, dass die Klägerin keine Beweise dafür hätte bzw. sie es nicht schwarz auf weiss habe (Urk. 15/7/3 S. 3), ist eine beweismässig unbeachtliche Meinungsäusserung der Zeugin. Eine entsprechende Aussage des Beklagten, die Klägerin habe es "nicht schwarz auf weiss" und keine Beweise, könnte ohnehin nicht als Eingeständnis, dass er die Fr. 30'000.– erhalten habe, gelten. Erneut angesprochen auf ihre schriftliche Zeugenbestätigung, hielt die Zeugin in ihrer Befragung fest, sie könne sagen, dass vieles so geschrieben worden sei, wie dies die Klägerin hätte haben wollen. Sie könne sich nicht erinnern, dabei gewesen zu sein, als in Zürich Geld gezählt worden sei. Sie habe der Klägerin damals vertraut. Heute müsse sie aber sagen, dass das alles ganz anders sein könne. Abschliessend hielt die Zeugin fest, sie habe dieses Schreiben bei ihr zu Hause an der I. \_\_\_\_\_ -strasse in Zürich zusammen mit der Klägerin verfasst. Was genau geschrieben worden sei, wisse sie nicht mehr. Die Details habe sie nicht kennen können, die habe nur die Klägerin gewusst (Prot. I S. 44). Die Zeugin distanziert sich so in ihren Aussagen von ihrer schriftlichen Bestätigung, indem sie

zum Ausdruck bringt, von den in der schriftlichen Bestätigung geschilder-

- 30 - ten Geldübergaben könne sie gar nichts wissen. Die zutreffende Würdigung dieser Aussage als wenig glaubhaft durch die Vorinstanz (Urk. 80 E. III.4.4.5.), vermag der Klägerin nicht zu helfen, da damit nicht einfach auf die Schilderung in der schriftlichen Erklärung von E.\_\_\_\_\_ (Urk. 15/7/3) abgestellt werden kann. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin einen positiven Beweis führen muss. Wenn die von ihr angerufene Zeugin nicht so und nicht so ausführlich aussagt, wie sie es sich wünscht, kann sie daraus nicht ableiten, die vermisste Ergänzung hätte ihren Beweis gestützt oder gar erbracht. Die von der Klägerin an sich anerkannten Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugin lassen es mithin nicht zu, ihre schriftliche Erklärung als glaubhafte Wiedergabe eines von ihr erlebten Sachverhalts zu würdigen. Der Vorinstanz ist in ihrer Beweiswürdigung beizupflichten. Zu Recht misst sie der schriftlichen Erklärung von E.\_\_\_\_\_ weder für sich allein noch zusammen mit den Aussagen dieser Zeugin einen Beweiswert zugunsten der Klägerin bei. Der Sachverhalt lässt sich mit der Zeugin E.\_\_\_\_\_ nicht erstellen. 8.10. In Willkür verfallt die Vorinstanz laut der Berufung der Klägerin, wenn sie anführe, den "Behauptungen" der Zeugin F.\_\_\_\_\_ könne nicht mehr Glauben geschenkt werden, als denjenigen des Beklagten. Es handle sich – so die Klägerin – nicht um Behauptungen der Zeugin, sondern um Aussagen einer unter Strafdrohung des falschen Zeugnisses stehenden Person. Ihre Aussagen seien äußerst glaubhaft und lebendig, führe sie doch an, der Beklagte habe ihr gegenüber am Geburtstag seiner Kinder bestätigt, die Fr. 30'000.– von ihrer Tochter bekommen zu haben. Die Klägerin merkt an, die Rückzahlung der zweiten Tranche sei am 9. April 2019 gewesen und der erste Geburtstag der Zwillinge des Beklagten am 5. Juli 2019, womit auch diese zeitliche Übereinstimmung frappierend und als gewichtiges Indiz für die Wahrheit der Aussagen der Zeugin F.\_\_\_\_\_ zu bezeichnen sei (Urk. 79 S. 12 lit. e)k)). 8.11. Zuzustimmen ist der Klägerin im Grundsatz zwar darin, dass die Aussagen von Zeugen über eigene Wahrnehmungen – auch über Äusserungen von Dritten – keine Behauptungen darstellen, sondern Beweismittelqualität haben. Solchen Zeugenaussagen wird häufig mehr Gewicht beizumessen sein, als pauschalen

- 31 - Bestreitungen einer Partei. Bemerkenswert ist allerdings vorab, dass die Klägerin nicht behauptet hatte, der Beklagte habe gegenüber ihrer Mutter F.\_\_\_\_\_ den Erhalt der Rückzahlungen über insgesamt Fr. 30'000.– bestätigt, sondern festhielt, ihre Mutter habe mit D.\_\_\_\_\_ gesprochen und dieser habe ihr gegenüber bestätigt, die Zahlungen von Fr. 10'000.– und Fr. 20'000.– erhalten zu haben (vgl. Urk. 1 Rz. 8). Nur für letztgenannte Aussage wurde die Zeugin F.\_\_\_\_\_ als Beweismittel offeriert. Die Zeugin F.\_\_\_\_\_ verneinte hingegen ausdrücklich, dass D.\_\_\_\_\_ ihr gegenüber bestätigt habe, Fr. 30'000.– an den Beklagten weitergegeben zu haben. Sie habe D.\_\_\_\_\_ zwar darauf angesprochen, er habe aber gemeint, sie solle sich um ihre eigenen Angelegenheiten kümmern und diesem Konflikt fernbleiben. Sie schildert dann von sich aus einen Besuch beim Beklagten am ersten Geburtstag seiner Zwillinge (5. Juli 2019). Da habe sie den Beklagten direkt gefragt, ob er das Geld bekommen habe und dieser habe gesagt, Fr. 50'000.– habe er bekommen, Fr. 12'000.– seien noch offen. Ein Jahr später habe sie über Dritte gehört, dass er in Umlauf gebracht habe, das Geld nie erhalten zu haben. Sie habe dann mit ihm Kontakt aufgenommen und habe ihn gefragt, was jetzt sei. Er habe ihr dann gesagt, das gehe sie nichts an und sie solle es sein lassen (Prot. I S. 55 ff.). Der Zahlungsbefehl an die Klägerin in der Betreuung des Beklagten datiert, wie erwähnt, bereits vom 23. Mai 2019, jener in der Betreuung von D.\_\_\_\_\_ vom 17. Mai 2019 (Urk. 57/35 S. 18). Wenig verlässlich wirkt

es daher, dass die Mutter der Klägerin erst ein Jahr später gehört haben will, dass der Beklagte die Tilgung über Fr. 30'000.– bestreite, wenn die Klägerin und ihr Ehemann, der Zeuge C.\_\_\_\_\_, von der Bestreitung des Erhalts von insgesamt Fr. 30'000.– durch den Beklagten bzw. D.\_\_\_\_\_ bereits vor dem Zahlungsbefehl wussten. Wie die Klägerin (Prot. I S. 18) und auch der Zeuge C.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 33 f.) in ihren Befragungen einräumen, war der Streit über die Teilrückzahlung spätestens im Mai 2019 entbrannt. Dem Beklagten (Urk. 86 Rz. 26) ist weiter insofern zuzustimmen, dass in der dreimonatigen Zeitspanne zwischen behaupteter Tilgung vom 9. April 2019 und Geburtstagsfest der Zwillinge vom 5. Juli 2019 entgegen der Auffassung der Klägerin keine frappierende, zeitliche Übereinstimmung zu erblicken ist. Es ist im Weiteren fast müssig darauf hinzuweisen, dass der vom Beklagten laut der Zeugin angeblich genannte, noch offene Betrag von Fr. 12'000.– nicht nur

- 32 - der vom Beklagten bereits im Betreibungsbegehren vom 16. Mai 2019 bzw. Rechtsöffnungsgesuch vom 17. Juli 2019 (Urk. 15/3/2 und Urk. 15/1) angeführten Vereinbarung vom 30. August 2018 widerspricht, wonach die geschuldigte Summe insgesamt Fr. 75'000.– betrug, mithin nach Rückzahlung von insgesamt Fr. 50'000.– noch Fr. 25'000.– offen gewesen wären, sondern auch den Ausführungen der Klägerin, war doch nach ihrer eigenen Darstellung noch ein Betrag von Fr. 13'000.– offen. Dass die von der Zeugin genannte Äusserung des Beklagten tatsächlich genauso erfolgte, wirkt insgesamt nicht überzeugend. Selbst wenn jedoch dem Urteil die Aussage der Zeugin F.\_\_\_\_\_ als erwiesenes, überschüssiges Beweisergebnis zugrunde zu legen wäre, wäre der der Klägerin obliegende Hauptbeweis damit nicht erbracht. Selbst wenn nämlich der Beklagte am 5. Juli 2019 zur Mutter der Klägerin F.\_\_\_\_\_ gesagt hätte, Fr. 50'000.– des Darlehens seien zurückbezahlt, bliebe angesichts dessen, dass für einen solchen, plötzlichen Meinungswandel kein Anlass augenfällig wäre, offen, welche seiner Aussagen nun wahr wäre und welche nicht. Der Beklagte sagte sowohl vor als auch nach dem 5. Juli 2019 das Gegenteil. Die Klägerin führt keine Gründe dafür an, weshalb die Aussage des Beklagten vom 5. Juli 2019 verlässlicher und überzeugender sein soll als seine gegenteiligen früheren und späteren vorprozessualen Aussagen. Gleichermassen denkbar sind unwahre Zugeständnisse des Beklagten gegenüber den nicht direkt involvierten Verwandten der Klägerin, wie ihrer Mutter, beispielsweise im Bestreben, den Konflikt nicht auszuweiten, oder um sie zu beruhigen und beschwichtigen. Selbst wenn mithin ein solches Zugeständnis des Beklagten vom 5. Juli 2019 bewiesen wäre, wäre damit nicht auch bewiesen, dass es inhaltlich zutrifft. Nur das hat die Vorinstanz gemeint, wenn sie festhielt, den Aussagen der Zeugin über die Aussagen des Beklagten könne nicht mehr Glauben geschenkt werden, als den Aussagen des Beklagten selbst. So verstanden – und nicht als prozessuale Priorisierung der Parteiaussage gegenüber der Zeugenaussage – ist die genannte Erwägung der Vorinstanz richtig. Demnach lässt sich auch aus den Aussagen der Zeugin F.\_\_\_\_\_ nicht schlüssig, geschweige denn überzeugend herleiten, der Beklagte habe von der Klägerin über D.\_\_\_\_\_ eine Teilrückzahlung im Betrag von Fr. 30'000.– erhalten.

- 33 - 8.12. Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass D.\_\_\_\_\_ sich bei seiner Zeugenbefragung auffällig knapp hielt und er gewisse Behauptungen der Klägerin pauschal bestritt, nämlich die beiden Tranchen à Fr. 10'000.– und Fr. 20'000.– von der Klägerin erhalten zu haben, geschweige denn solches und die Weiterleitung der Gelder an den Beklagten gegenüber der Klägerin, F.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ bestätigt zu haben. Die Einwände

hinsichtlich der fehlenden Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen von D.\_\_\_\_\_ verwirft die Vorinstanz mit der Begründung, es sei nicht seine Aufgabe, sondern höchstens jene des Beklagten, den Gegenbeweis zu den Behauptungen der Klägerin zu führen. Der Zeuge D.\_\_\_\_\_ anerkenne zwar, so die Vorinstanz, sich mit der Klägerin und auch mit F.\_\_\_\_\_ getroffen zu haben. Allerdings wende er ein, dass diese Treffen einem anderen Zweck gedient hätten, denn die Klägerin habe auch ihm selbst Geld geschuldet. Dass er als Vermittler zwischen der Klägerin und dem Beklagten tätig gewesen sei, bestreite er vehement. Weiter habe sich in der Beweisverhandlung herausgestellt, dass gegen D.\_\_\_\_\_ im Kanton Zug ein Strafverfahren betreffend Veruntreuung geführt, jedoch eingestellt worden sei. Richtig sei, dass die Einstellung kein Urteil im eigentlichen Sinne darstelle und somit nicht beweisen könne, dass mit Bestimmtheit keine Veruntreuung stattgefunden habe. Das Gegenteil könne daraus allerdings auch nicht geschlossen werden. Insofern könnten aus der blossen Tatsache dieses Verfahrens keine Rückschlüsse auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen gemacht werden (Urk. 80 S. 29 f. E. III.4.4.7.). 8.13. Die Klägerin kritisiert an diesen Erwägungen, dass die Vorinstanz die Zeugenaussagen von D.\_\_\_\_\_, mit denen er bestreitet, jemals Gelder von der Klägerin erhalten zu haben (Prot. I S. 47), nicht im Lichte des gegen ihn geführten Strafverfahrens wegen Veruntreuung betrachtet habe. Der Zeuge D.\_\_\_\_\_ werde sich laut der Klägerin vernünftigerweise nicht selber einer Verurteilung zuführen, wenn er – entgegen dem Strafverfahren – bestätigen würde, die Gelder erhalten und gar abgeliefert zu haben (Urk. 79 S. 11 f. lit. e)). 8.14. Eine seinen Aussagen im Strafverfahren widersprechende Zeugenaussage wäre D.\_\_\_\_\_ wohl tatsächlich schwer gefallen. Er hätte sich allerdings entgegen der Auffassung der Klägerin nicht ohne Weiteres einer Verurteilung wegen Verun-

- 34 - treuung zugeführt, wenn er als Zeuge ausgesagt hätte, die Gelder für den Beklagten erhalten und an diesen abgeliefert zu haben. Ohnehin bleibt richtig, dass aus dem eingestellten Strafverfahren wegen Veruntreuung keine Rückschlüsse auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen und noch weniger auf die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen gezogen werden können. Mit den einzelnen Aussagen des Zeugen D.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 47 ff.) setzt sich die Klägerin in der Berufung nicht auseinander. Darauf ist daher nicht näher einzugehen. Wie die Klägerin in der Berufungsschrift implizit anerkennt (Urk. 79 S. 13 lit. g)), tragen die Aussagen des von ihr angerufenen Zeugen D.\_\_\_\_\_ für ihren Hauptbeweis jedenfalls nichts Positives bei. 9. Die im Kern vagen Aussagen der Klägerin in der Parteibefragung und die teilweise widersprüchlichen und unzuverlässigen sowie un schlüssigen Angaben der von ihr benannten Zeugen C.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ zu allfälligen vorprozessualen Aussagen des Beklagten und von D.\_\_\_\_\_ verdichten sich nicht zu einem positiven Beweis und lassen weder für sich genommen noch in der Gesamtschau noch unter Berücksichtigung der schriftlichen Zeugenerklärungen den Schluss zu, dass die behauptete Teilrückzahlung des Darlehens von insgesamt Fr. 30'000.– über D.\_\_\_\_\_ an den Beklagten tatsächlich erfolgt ist. Mit Blick auf den unstrittigen Sachverhalt, dass die Klägerin sowohl D.\_\_\_\_\_ als auch dem Beklagten die Rückzahlung eines Darlehens schuldete und beide im Prozess den Erhalt entsprechender Gelder bestreiten, ist denkbar, dass beide gegenüber der Klägerin ein falsches Spiel spielen. Überzeugend und mithin bewiesen ist dies indessen nicht. Ernsthaft möglich bleibt gleichermassen, dass die Klägerin aufgrund ihrer finanziellen Schwierigkeiten D.\_\_\_\_\_ gar keine entsprechenden Geldbeträge zur Weiterleitung an den Beklagten übergeben hat, wie auch, dass dieser das Bargeld zwar von der Klägerin erhalten, aber nicht an den Beklagten weitergegeben hat. Nach eingehender Würdigung sämtlicher verfügbarer Beweismittel der

Klägerin sowie aufgrund des übrigen unstrittigen Sachverhaltes und der weiteren Sachdarstellungen der Parteien bleibt letztlich im Dunkeln, ob die behaupteten Geldübergaben an D.\_\_\_\_\_ und von diesem an den Beklagten tatsächlich vollzogen wurden. Der Hauptbeweis der Klägerin ist mithin nicht erbracht, so dass offen bleiben kann, ob die – keine Zugeständnisse enthaltenden – Aussagen resp. Be-

- 35 - streitungen des Beklagten den Hauptbeweis zu erschüttern vermögen (wie die Vorinstanz [Urk. 80 S. 32 E. III.4.4.11.] erwog und die Klägerin bestreitet [Urk. 79 S. 13 lit. g])). Der Vorinstanz ist im Ergebnis keine falsche Beweiswürdigung vorzuwerfen. Die Folgen der Beweislosigkeit trägt die Klägerin. Die Berufung ist abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist hinsichtlich der Abweisung der Aberkennungsklage zu bestätigen. VI. 1. Die Klägerin unterliegt. Der Streitwert beträgt Fr. 42'000.–. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen. Hinsichtlich der Höhe blieb die erstinstanzliche Festsetzung von Gerichtskosten und Parteientschädigung zu Recht unbestritten. Die Klägerin wird zudem zweitinstanzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Die ordentliche Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist nach § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'900.– festzusetzen, der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in dieser Höhe zu verrechnen. 3. Die von der Klägerin zu leistende Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV – unter hälftiger Reduktion wegen Bekanntheit des Themas und mangels neuer Aspekte – auf Fr. 3'394.– (einschliesslich der beantragten Mehrwertsteuer von 8,1% [Fr. 254.–]) festzusetzen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird hinsichtlich der Abweisung der Aberkennungsklage bestätigt. 2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 2-4 im angefochtenen Urteil einschliesslich der Regelung der Prozesskosten des ersten Berufungsverfahrens) wird bestätigt.

- 36 - 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'900.■ festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweite Berufungsverfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 5. Die Klägerin und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungsbeklagten für das zweite Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'394.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten – mit dem Ersuchen um Mitteilung an das Betreibungsamt Oberwinterthur gemäss Dispositivziffer 5 im angefochtenen Urteil – an die Vorinstanz zurück. 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. 42'000.– Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 37 - Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Huizinga MLaw C. Hauser versandt am: jo

## **E. 11**

ff., Urk. 47 Rz 6). Die Duplik datiert vom 26. Oktober 2020 (Urk. 34). In der Hauptverhandlung sind Noven grundsätzlich nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und a) erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instrukti-  
onsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b) bereits vor  
Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instrukti-  
onsverhandlung vorhanden  
waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte  
Noven). Das Urteil vom 17. Juni 2020 erging vor Erstattung der Duplik, und der Beklagte  
hat vor Vorinstanz nicht dargetan, inwiefern es ihm nicht möglich gewesen sein soll, die  
genannten Behauptungen mit der Duplik vorzutragen bzw. im Einzelnen darzutun, dass  
bzw. inwiefern die Verspätung entschuldbar ist. Entsprechend sind seine Behauptungen als  
verspätet ohnehin nicht zu berücksichtigen."

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