

# ZH\_OBERGERICHT NE220003 vom 28. November 2023

ZH Obergericht, 2023-11-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NE220003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE220003)

FR: ZH\_OBERGERICHT NE220003 du 28 novembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT NE220003 del 28 novembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Juni 2016 und einer Verzinsung von 7% p.a. (Urk. 30/9). Mit diesem Darlehensvertrag wurden die vorbestehenden Darlehen konsolidiert und mit den teilweise erfolgten Rückzahlungen "à jour" gebracht (Urk. 1 S. 4; Prot. I S. 15). Am 14. Juni 2016 trat die F. \_\_\_\_\_ AG diese konsolidierte Darlehensforderung an die Beklagte ab (Urk. 3/6).

### E. 1.1

Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil vom 17. Mai 2022 (Urk. 80) fest, dass die Beschwerdeführer (Kläger) vor Obergericht einen Verstoss gegen Art. 842 Abs. 2 ZGB gerügt hätten. Das Obergericht habe diesen diesbezüglich eine ungenügende Begründung vorgeworfen. Vor Bundesgericht seien die Beschwerdeführer auf diesen Punkt nicht mehr zurückgekommen, weshalb davon auszugehen sei, dass er nicht mehr strittig sei (Urk. 80 S. 9 Ziff. 4.5).

### E. 1.2

Weiter erwog das Bundesgericht (Urk. 80 S. 9 f.), dass die Beschwerdeführer (Kläger) vor Obergericht sodann vorgebracht hätten, dass der Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 nicht nur keine Sicherungsabrede bezüglich des vier Monate zuvor auf die Beschwerdegegnerin (Beklagte) übertragenen Schuldbriefes enthalte, sondern sich auch mit keinem Wort auf diesen Schuldbrief beziehe. Hätten die Parteien gewollt, dass dieser Schuldbrief als Sicherheit für die Verpflichtungen aus dem nachträglich abgeschlossenen Darlehensvertrag hätte dienen sollen, so wäre eine entsprechende Abrede in den Vertrag aufgenommen worden. Dass dies nicht geschehen sei, spreche dafür, dass eben gerade keine solche Sicherungsfunktion bezüglich dieses Schuldbriefes von den Parteien vereinbart worden sei. Das Obergericht habe erwogen, die Beschwerdeführer nähmen wiederum keinen Bezug auf die bezirksgerichtlichen Ausführungen. Sie legten auch nicht dar, wo und wie sie diesen Standpunkt schon vor Bezirksgericht vertreten hätten. Vor Bundesgericht machten die Beschwerdeführer zwar geltend, sie hätten auf die Argumentation des Bezirksgerichts ausreichend Bezug genommen. Sie setzten sich jedoch nicht mit der zusätzlichen Erwägung auseinander, dass sie nicht dargelegt hätten, wo und wie sie diesen Standpunkt schon vor Bezirks-

- 12 - gericht vertreten hätten. Weder behaupteten und belegten sie, dass sie dies entgegen der obergerichtlichen Erwägung in der Berufung getan hätten, noch hätten sie geltend gemacht, dass das Obergericht von ihnen diese Darlegung gar nicht hätte verlangen dürfen. Insoweit könne auf die Beschwerde mangels hinreichender Begründung nicht eingetreten werden (Art. 42 Abs. 2 BGG).

### E. 1.3

Auf diese beiden Punkte ist deshalb nicht weiter einzugehen.

#### **E. 1.4**

Die Kläger sind Gesamteigentümer der von ihnen bewohnten Liegenschaft an der J.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich (Urk. 30/17). Am tt.mm.2014 errichteten die Kläger an der 4. Pfandstelle dieser Liegenschaft einen Eigentümerregister- schuldbrief über CHF 600'000.– (Urk. 3/4).

#### **E. 1.5**

Mit E-Mail vom 9. Juli 2014 erkundigte sich der Kläger 1 bei zwei damali- gen Verwaltungsräten der F.\_\_\_\_ AG (I.\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_), ob es in Ordnung sei, wenn er den Schuldbrief auf die Beklagte übertrage. I.\_\_\_\_ bejahte dies mit E-Mail vom 10. Juli 2014, wobei eine Kopie davon auch an H.\_\_\_\_ ging (Urk. 30/13). Der Schuldbrief wurde sodann mit Grundbuchanmeldung vom tt.mm. (Vollzug am tt.mm.) 2015 auf die Beklagte übertragen (Urk. 3/5; siehe auch Urk. 30/14).

#### **E. 1.6**

Mit Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 hielten die F.\_\_\_\_ AG und der Kläger 1 schriftlich fest, dass der Kläger 1 der F.\_\_\_\_ AG aus vorbestehenden  
- 6 - Schuldverhältnissen insgesamt CHF 1'502'903.80 schulde und dass diese Ge-  
samtschuld in ein neues Darlehen umgewandelt werde mit einer Laufzeit bis

#### **E. 1.7**

Mit Schreiben vom 30. März 2017 erklärte die Beklagte den Klägern die Kündigung des Schuldbriefs (Urk. 3/8). Das Schreiben wurde von den Klägern am 31. März 2017 entgegengenommen (Urk. 30/25).

#### **E. 1.8**

Die Kläger sind von der D.\_\_\_\_ (Grundpfandgläubigerin an der 5. Pfand- stelle der Liegenschaft an der J.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich) auf Pfandverwer- tung betrieben worden (Urk. 30/2 S. 6). Das Betreibungsamt Zürich 7 stellte den Klägern in der Folge eine Kopie des Lastenverzeichnisses zu (Urk. 3/2). Da die Kläger die im Lastenverzeichnis an der 4. Pfandstelle eingetragene Schuldbrief- forderung der Beklagten (Urk. 3/2 S. 12 Nrn. 37–41) fristgerecht bestritten, setzte ihnen das Betreibungsamt mit Schreiben vom 29. April 2019 eine Frist von 20 Ta- gen an, um Klage auf Aberkennung dieser Ansprüche im Lastenverzeichnis ein- zureichen (Urk. 3/1a–1b).

#### **E. 1.9**

Gegen das Grundpfand der Beklagten an der 4. Pfandstelle wurde bei der Vorinstanz auch von der betreibenden Gläubigerin des an der 5. Pfandstelle ste- henden Grundpfands (D.\_\_\_\_) eine Klage eingereicht (Geschäfts-Nr.: FO190009-L). Jenes Verfahren wurde auf Gesuch der D.\_\_\_\_-Stiftung hin mit Verfügung vom 26. September 2019 bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorlie- genden Verfahrens sistiert (Urk. 20 im Geschäft FO190009-L).

#### **E. 2**

Rüge der fehlenden Behauptung und Substantiierung eines Treuhandver- hältnisses und einer Sicherungsabrede

## E. 2.1

Das Bezirksgericht Zürich erwog nach der Darstellung der Parteistandpunkte zusammenfassend, dass die Kläger am 10. Juli 2014 gegenüber dem Notariat und Grundbuchamt ...-Zürich die Erklärung für die Errichtung eines Registerschuldbriefs als Eigentümerschuldbrief abgegeben (Urk. 3/4 S. 1) und erklärt hätten, sich selber CHF 600'000.- schuldig zu sein und zur Sicherheit ein Grundpfandrecht an 4. Pfandstelle an ihrem Grundstück an der J.\_\_\_\_-Strasse ... (GB-Blatt 7) zu bestellen. Mit der noch am selben Tag erfolgten Eintragung im Grundbuch sei der Schuldbrief als Eigentümerschuldbrief daher gültig entstanden (Urk. 3/4 S. 4). Die Übertragung eines Registerschuldbriefs erfolge durch Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch und bedürfe einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers (Art. 858 Abs. 1 ZGB). Die Übertragung beruhe auf einer formlos gültigen Übertragungsvereinbarung (pactum de cedendo), mit welcher sich der Übertragende gegenüber dem Erwerber verpflichte, diesem die Schuldbriefforderung zu übertragen. Sei der Erwerber ein Treuhänder, werde ihm die Verwaltung des Schuldbriefs treuhänderisch übertragen. Der Treuhänder halte den Register-Schuldbrief in eigenem Namen, aber im Auftrag und auf Rechnung des Grundforderungsgläubigers. Die Übertragungsvereinbarung bestehe in diesem Fall in Verbindung mit einem Verwaltungstreuhandvertrag, mit welchem sich der Erwerber gegenüber dem Grundforderungsgläubiger verpflichte, die Schuldbriefgläubigerrechte gemäss den Weisungen des Grundforderungsgläubigers auszuüben. Für das Vorliegen einer Treuhandsache sei es im Übrigen keine Rolle, ob das Treugut dem Treuhänder durch den Treugeber direkt oder durch einen Dritten übertragen worden sei (Urk. 62 S. 7 f.).

- 13 - Vorliegend sei die Übertragung des Register-Schuldbriefs auf die Beklagte gemäss schriftlicher Grundbuchanmeldung durch die Kläger und bisherigen Pfandgläubiger erfolgt (Urk. 3/5). Aus der E-Mail Korrespondenz des Klägers 1 mit H.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ (zwei damalige Verwaltungsräte der F.\_\_\_\_ AG) gehe hervor, dass die Parteien und die F.\_\_\_\_ AG mit dem Schuldbrief die Absicherung der Darlehensforderung der F.\_\_\_\_ AG gegen den Kläger 1 (Grundforderung) beabsichtigt hätten (Urk. 30/12). Diese Absicht sei von den Klägern sodann auch anlässlich der Hauptverhandlung nochmals bestätigt worden (Prot. I S. 13 f.). Da I.\_\_\_\_ (damaliger Verwaltungsrat der F.\_\_\_\_ AG) in der Folge mit dem Kläger 1 vereinbart habe, dass dieser den Schuldbrief direkt an die Beklagte - und nicht an die F.\_\_\_\_ AG - übertrage (Urk. 30/13), lasse sich der Wille der Beteiligten, wie von der Beklagten geltend gemacht, vernünftigerweise nur dahingehend deuten, diese habe den Schuldbrief als von der F.\_\_\_\_ AG beauftragte Treuhänderin und zur Sicherung der vorbestehenden Darlehensforderungen bzw. der nachfolgend konsolidierten Darlehensforderung übertragen erhalten. Die Beklagte - welcher die Kläger bis zur späteren Abtretung der Darlehensforderung nichts geschuldet hätten - habe den Schuldbrief folglich nicht grundlos übertragen erhalten, sondern im Auftrag der F.\_\_\_\_ AG (Treuhandverhältnis) und als Sicherheit für die Darlehensschuld des Klägers 1 gegenüber der F.\_\_\_\_ AG (zumindest konkludent als Sicherungsabrede). Der Schuldbrief sei demzufolge rechtswirksam auf die Beklagte übertragen worden. Aus dem von den Parteien und der F.\_\_\_\_ AG gewollten "Dreiecksverhältnis", wodurch die F.\_\_\_\_ AG als ursprüngliche Grundforderungsgläubigerin nicht zugleich zur Schuldbriefgläubigerin geworden sei, könnten die Kläger folglich nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal alle grundpfandrechtlichen Formalitäten eingehalten worden seien (Urk. 62 S. 9 f. Ziff. 1.6).

## E. 2.2

Die Kläger machen in ihrer Berufung geltend, dass bezüglich der Einzelheiten der Schuldbriefforderung keinerlei vertragliche Abmachungen existierten, weder zwischen den Klägern und der F.\_\_\_\_\_ AG, noch zwischen den Klägern und der heutigen Beklagten. Insbesondere finde sich nirgends eine schriftliche Sicherungsvereinbarung, in welcher die persönliche Schuldpflicht der Kläger auf dem sicherungsübereigneten Schuldbrief (Schuldbriefforderung) anerkannt worden wäre. Die Beklagte habe jedoch den mündlichen Abschluss einer Sicherungsver-

- 14 - einbarung behauptet. Diesbezüglich sei aber weder in der vorinstanzlichen Klageantwort noch im Plädoyer des beklagten Rechtsvertreters anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eine Substantiierung, auch nicht ansatzweise, vorhanden: Aus der vorinstanzlichen Sachdarstellung der Beklagten gehe nicht hervor, an welchem Datum und mit welchen Worten der Parteien bezüglich der von der Beklagten behaupteten Schuldbriefforderung eine Sicherungsabrede abgeschlossen hätten. Die Beklagte erkläre nicht, was die Parteien bezüglich des Umstandes vereinbart hätten, dass die Beklagte bei Übertragung des Register-Schuldbriefes ja gar nicht Inhaberin der Grundforderung gewesen sei bzw. welches Rechtsverhältnis zwischen dem Inhaber der Grundforderung und der Inhaberin der Schuldbriefforderung begründet und auf welche Weise die Schuldner in dieses miteinbezogen worden wären. Offen bzw. von der Beklagten nicht behauptet sei eine vertragliche Abrede darüber, an wen die Kläger hätten zahlen müssen: An die Beklagte als Inhaberin der Schuldbriefforderung? Oder an die F.\_\_\_\_\_ AG als Inhaberin der Grundforderung? Was wäre vertraglich vorgekehrt gewesen, um eine Doppelzahlung zu verhindern? Was wären die Rechte und Pflichten der Beklagten als behauptete Sicherungserwerberin hinsichtlich der Verwendung des Schuldbriefes? Über all das habe sich die Beklagte in ihrer vorinstanzlichen Klageantwort und auch in ihrem Plädoyer völlig ausgeschwiegen. Nach der vorinstanzlichen Sachdarstellung der Kläger sei effektiv auch mündlich nie eine Sicherungsabrede abgeschlossen worden. Mit dem Kläger 1 als Vertreter der beiden Kläger seien die vorstehend aufgeführten essentiellen Vertragspunkte nie diskutiert oder vereinbart worden. Für die Richtigkeit dieser Sachdarstellung hätten die Kläger als (Gegen)-Beweis die Parteibefragung/Beweisaussage des Klägers 1 und die Zeugenbefragung von I.\_\_\_\_\_, der damals für die F.\_\_\_\_\_ AG die Verhandlungen mit dem Kläger 1 geführt habe, beantragt. Auf beide Beweisofferten sei die Vorinstanz nicht eingegangen (Urk. 61 S. 5 f. Ziff. 3). Der Schuldbrief über CHF 600'000.- sei von den Klägern mit Grundbuchanmeldung vom tt.mm.2015 (Urk. 3/5) auf die Beklagte übertragen worden. Dass bezüglich des Zwecks dieser Übertragung keinerlei schriftliche Abmachungen zwischen den Parteien oder Dritten bestünden, ergebe sich aus den Akten und werde auch von der Vorinstanz in ihrem Urteil nicht verneint. Die Vorinstanz

- 15 - nehme nun aber an, dass die Beklagte den Schuldbrief aufgrund eines mit der F.\_\_\_\_\_ AG bestehenden Treuhandverhältnisses von den Klägern entgegengenommen habe, mit dem Zweck, damit die Forderung der F.\_\_\_\_\_ AG gegenüber dem Kläger sicherzustellen. Dass keine entsprechende schriftliche Sicherungsabrede bestehe, sei unbestritten. In ihrem Urteil gehe die Vorinstanz davon aus, dass bezüglich des im Urteil angenommenen Treuhandverhältnisses zwischen der F.\_\_\_\_\_ AG und der Beklagten einerseits und bezüglich der Sicherungsabrede zwischen den Klägern und der F.\_\_\_\_\_ AG andererseits entsprechende konkludente Abmachungen vorlägen, was zu einem von den Parteien und

der F.\_\_\_\_\_ AG "gewollten Dreiecksverhältnis" führe (Urk. 61 S. 6 f. Ziff. II. 1). In diesem Zusammenhang missachte die Vorinstanz, dass die Beklagte weder in ihrer Klageantwort vom 15. Juli 2019, noch in ihrem Plädoyer anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Oktober 2019 entsprechende Behauptungen bezüglich dieses angeblichen Treuhandverhältnisses und auch bezüglich der angeblichen Sicherungsabrede gemacht habe. Es fehle auf Seiten der Beklagten an einer diesbezüglichen Sachdarstellung und erst recht an der erforderlichen Substantiierung. Substantiierung bedeute, dass der Sachverhalt, gestützt auf welchen der Beklagten die von ihr geltend gemachte Schuldbriefforderung zustehen solle, detailliert und vollständig hätte vorgetragen werden müssen (Urk. 61 S. 7 Ziff. II. 2). Es fehle an einer rechtsgenügenden Substantiierung der Sicherungsabrede und der Treuhandabrede. Indem die Vorinstanz, trotz des Fehlens solcher Sachbehauptungen der Beklagten, das im Urteil erwähnte "Dreiecksverhältnis" zwischen den Parteien mit Treuhandabrede einerseits und Sicherungsabrede andererseits unterstelle, verstosse sie gegen den Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO), was dem Berufungsgrund von Art. 310 lit. a ZPO entspreche (Urk. 61 S. 8).

### **E. 2.3**

Entgegen der Behauptung der Kläger in ihrer Berufung hat die Beklagte in ihrer Klageantwort vom 15. Juli 2019 (Urk. 28) bereits unter dem Titel "Ausblick" festgehalten, dass der Register-Schuldbrief als Grundpfandsicherheit für die Forderung aus dem Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 der Beklagten treuhänderisch übertragen worden sei und dass diese Sicherungsabrede von den Parteien

- 16 - mündlich getroffen und vom Kläger 1 mehrfach per E-Mail aktenkundig bestätigt worden sei (Urk. 28 S. 3). Die Parteien hätten im Vorfeld lange und intensiv über die Vertragsmodalitäten verhandelt, Gespräche geführt und den Verhandlungsfortschritt fortlaufend per E-Mail kommuniziert und in Aktennotizen festgehalten. Gegenstand dieser Verhandlungen seien insbesondere auch die für das im Vertrag gewährte Darlehen durch den Kläger 1 zu bestellenden Grundpfandsicherheiten gewesen (Urk. 28 S. 6 Rz. 17). Am 21. März 2014 habe eine Besprechung zwischen I.\_\_\_\_\_, damaliges Verwaltungsratsmitglied der F.\_\_\_\_\_ AG, und dem Kläger 1 stattgefunden. Anlässlich dieser Besprechung habe der Kläger 1 dargelegt, dass er momentan nicht in der Lage sei, seinen Verpflichtungen gegenüber der F.\_\_\_\_\_ AG nachzukommen. Er besitze aber zusammen mit seiner Frau, der Klägerin 2, ein Einfamilienhaus an bester Lage, namentlich an der J.\_\_\_\_\_ - Strasse ... in ... Zürich, wobei er den Verkaufswert auf ca. CHF 6 Mio. geschätzt habe. Der Kläger 1 habe angeboten, dass auf besagter Liegenschaft für das verbleibende Darlehen samt Zinsen als Sicherheit ein Grundpfand (Schuldbrief) zugunsten der F.\_\_\_\_\_ AG bestellt werden könne. I.\_\_\_\_\_ habe zur Besprechung vom 21. März 2014 eine Aktennotiz erstellt, welche er dem Kläger 1 am 24. März 2014 per E-Mail zugestellt habe und gegen deren Inhalt der Kläger 1 nie opponiert habe und erst heute in Frage stelle, nachdem er sich seinen Schuldverpflichtungen treuwidrig zu entziehen versuche (Urk. 28 S. 6 Rz. 18). Die Beklagte führte in der Klageantwort vom 15. Juli 2019 weiter aus, dass am

### **E. 2.4**

Mit diesen Ausführungen hat die Beklagte, entgegen der Behauptung der Kläger, sowohl die Sicherungsabrede als auch die Treuhandabrede genügend behauptet und auch substantiiert. Die diesbezügliche Rüge der Kläger ist unberechtigt.

### **E. 3**

Behauptete fehlende Beweisofferten durch die Beklagte

### **E. 3.1**

Die Kläger machen in ihrer Berufung weiter geltend, dass, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Beklagte den Abschluss des Treuhandvertrags und der Sicherungsabrede substantiiert behauptet hätte, diese keine Beweisofferten für die behaupteten Vereinbarungen genannt habe, obschon sie nach Bestreitung durch sie (die Kläger) den Beweis hätten erbringen müssen (Art. 8 ZGB). Dies habe die Beklagte nicht einmal ansatzweise getan: Sie habe keine Beweisofferten dafür genannt, was genau der Kläger 1 als Vertreter der Kläger mit dem für die F.\_\_\_\_\_ AG handelnden I.\_\_\_\_\_ mündlich oder konkludent vereinbart habe (Urk. 61 Ziff. 3 S. 8 f.).

### **E. 3.2**

Die Kläger haben vor Vorinstanz als Beweismittel diverse Urkunden (Urk. 3/1-11), die Einvernahme von I.\_\_\_\_\_ als Zeuge, die Parteibefragung der

- 20 - Beklagten und die Parteibefragung/Beweisaussage des Klägers 1 offeriert (Urk. 1 S. 4 ff.).

### **E. 3.3**

Die Beklagte ihrerseits hat als Beweisofferten diverse Urkunden (Urk. 30/10-13, Urk. 30/20), die Einvernahme von I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ als Zeugen sowie die Parteibefragung und Beweisaussage des Klägers 1 genannt (Urk. 28 S. 6 ff.). Damit erweist sich die diesbezügliche Rüge der Kläger als unbegründet.

### **E. 4**

Behauptete Verletzung des Rechtes auf Beweis bzw. des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV)

### **E. 4.1**

Die rechtserhebliche Tatsachenbehauptung wird im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime erst durch Bestreitung beweisbedürftig (BSK ZPO-Guyan, Art. 150 N 4). Beweisen heisst hier die Tätigkeit, welche darauf zielt, die entscheidende Instanz mittels Beweismaterial davon zu überzeugen, dass sich eine beweisbedürftige Tatsachendarstellung realisiert hat (BSK ZPO-Guyan, Art. 150 N 5). Ein Beweisverfahren hat grundsätzlich stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht taugliche Beweismittel angeboten hat (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Keine streitigen Tatsachen liegen vor, wenn sich die Parteien im Prozess auf Urkunden berufen, deren Inhalt unbestritten ist. Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dort, wo das Gericht prozesskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen mit dem Endentscheid zu liefern. Grundsätzlich sind (unter dem Vorbehalt einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung) alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (BGer 4A\_145/2015 vom 6. Juli 2015, E. 5.4.2). Damit ein Mittel als Beweismittel überhaupt zulässig ist, muss es - vorbehalten Art. 168 Abs. 2 ZPO - in den Katalog von Art. 168 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit

- 21 - der jeweiligen (mittelbaren), regelmässig weiteren Definition des Beweismittels passen (BSK ZPO-Guyan, Art. 152 N 5). Art. 168 Abs. 1 ZPO führt in einer abschliessenden Aufzählung im Sinne von Kategorien die zulässigen Beweismittel auf (BSK ZPO-Hafner, Art. 168 N 1; BGE 141 III 433 E. 2.5.1). Aus der Gleichrangigkeit der einzelnen Beweismittel folgt, dass das Gericht die Reihenfolge der Abnahme der Beweismittel nach freiem Ermessen festlegen kann (BSK ZPO-Hafner, Art. 168 N 18). Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Bei der Überzeugungsbildung müssen sich somit die Mitglieder des Spruchkörpers einzeln der Frage stellen, ob sie aufgrund der Würdigung der Beweise sowie gegebenenfalls unter Einbezug des Verhaltens der Parteien und der Dritten von der Wahrheit des Beweisgegenstandes überzeugt sind. Die Überzeugungsbildung und die Beweiswürdigung stehen in Wechselwirkung zueinander (BSK ZPO-Guyan, Art. 157 N 1). Frei ist die Beweiswürdigung, wenn sie nicht festen Regeln (v.a. über den Wert eines Beweises) folgen muss. Freie Beweiswürdigung bedeutet nicht Willkür, sondern Pflicht zu gewissenhafter Schlussfolgerung aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens (BSK ZPO-Guyan Art. 157 N 2 f.). Teil der freien Beweiswürdigung und Errungenschaft von modernen Zivilverfahrensrechten bildet die Freiheit des Gerichtes, losgelöst von festen Regeln und insbesondere von Bindungen an Hierarchien unter den Beweismitteln würdigen zu können (BSK ZPO-Guyan, Art. 157 N 5). Die Beweiskraft ist zu unterscheiden vom Beweismass. Die Beweiskraft betrifft die Wirkung des Beweises auf die Entscheidungsfindung, das Beweismass dagegen den Grad der Überzeugung, der beim Gericht gegeben sein muss. Die Beweiskraft einzelner Beweise ist nicht messbar. Das Gericht kann nur die Beweiskraft der im konkreten Fall vorliegenden Beweise miteinander vergleichen. Möglich sind gewisse allgemeine Aussagen zur üblichen Beweiskraft der verschiedenen Beweismittel, die jedoch im Einzelfall verifiziert werden müssen (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 20-22). Häufig ist die Urkunde das zuverlässigste Beweismittel, jedenfalls wenn sie echt und richtig ist. Ihre hohe Beweiskraft haben Urkunden grundsätzlich nur, wenn sie vollständig vorliegen. Werden Urkunden auszugsweise vorgelegt oder abgedeckt

- 22 - eingereicht, können sie dennoch gewöhnlichen Beweiswert haben, wenn sie so, wie sie vorliegen, unverdächtig sind. Ob dem so ist, ergibt sich unter der Verhandlungsmaxime primär aus den Bestreitungen der Gegenpartei (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 23 f.). Mit Vorsicht zu würdigen sind Urkunden, die aus dem elektronischen Verkehr stammen (vor allem ausgedruckte E-Mails usw.). Die Schwachstelle der heute alltäglichen elektronischen Datenübermittlung liegt darin, dass die Inhalte während des Übermittlungsvorganges verändert werden können, ohne Spuren zu hinterlassen. Allerdings ist der Beweiswert höher, wenn sich beide Parteien darauf berufen, d.h. wenn Mails und Antwortmails in einem Ausdruck sind, was häufig vorkommt (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 26 und 28). In der Regel weniger verlässlich sind Zeugen- und Parteiaussagen (BSK ZPO-Guyan, Art. 157 N 6c). Zeugenaussagen haben vor allem dann Bedeutung, wenn eine Tatsache weder mit Urkunden noch mit einem Gutachten bewiesen werden kann (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 41). Die Beweiswürdigung ist willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidrelevantes Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 137 III 226 E. 4.2). Allerdings verpflichtet der aus Art. 152 Abs. 1 ZPO fliessende Beweisführungsanspruch das Gericht nicht, allen Beweisansprüchen stattzugeben; er schliesst die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus (BGer 4A\_452/2013 vom

31. März 2014, E. 3.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlaubt die antizipierte Beweiswürdigung dem Gericht, weitere Beweismittel abzulehnen, wenn es in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 136 I 229 E. 5.3, m.w.H.).

#### **E. 4.2**

Die Kläger machen im Rahmen ihrer Berufung geltend, sie hätten in Nachachtung ihres Gegenbeweisrechts die Zeugenbefragung von I.\_\_\_\_\_ und die Parteibefragung/Beweisaussage des Klägers 1 beantragt. Die Vorinstanz habe diese Beweisofferten übergangen und habe zu dem, was im Detail zwischen dem

- 23 - Kläger 1 und I.\_\_\_\_\_ besprochen werden sei, keinen Beweis abgenommen. Damit habe die Vorinstanz das Recht der Kläger auf Beweis bzw. deren Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet (Urk. 61 S. 8 f. Ziff. 3).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz würdigte die E-Mail-Korrespondenz des Klägers 1 mit H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ von der F.\_\_\_\_\_ AG vom 13. Juni 2014 (Urk. 30/12) und hielt dazu fest, daraus gehe hervor, dass die Parteien und die F.\_\_\_\_\_ AG mit dem Schuldbrief die Absicherung der Darlehensforderungen der F.\_\_\_\_\_ AG gegen den Kläger 1 (Grundforderung) beabsichtigt hätten. Diese Absicht sei von den Klägern sodann auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Oktober 2019 nochmals bestätigt worden (Prot. I S. 13 f.). Da I.\_\_\_\_\_ (damaliger Verwaltungsrat der F.\_\_\_\_\_ AG) in der Folge mit dem Kläger 1 vereinbart habe, dass dieser den Schuldbrief direkt an die Beklagte - und nicht an die F.\_\_\_\_\_ AG - übertrage (E-Mails vom 9. und 10. Juli 2014, Urk. 30/13), lasse sich der Wille der Beteiligten, wie von der Beklagten geltend gemacht, vernünftigerweise nur dahingehend deuten, diese habe den Schuldbrief als von der F.\_\_\_\_\_ AG beauftragte Treuhänderin und zur Sicherung der vorbestehenden Darlehensforderungen bzw. der nachfolgend konsolidierten Darlehensforderung übertragen erhalten. Die Beklagte - welcher die Kläger bis zur später erfolgten Abtretung der Darlehensforderung nichts geschuldet hätten - habe den Schuldbrief folglich nicht grundlos übertragen erhalten, sondern im Auftrag der F.\_\_\_\_\_ AG (Treuhandverhältnis) und als Sicherheit für die Darlehensschuld des Klägers 1 gegenüber der F.\_\_\_\_\_ AG (zumindest konkludent erfolgte Sicherungsabrede). Der Schuldbrief sei demzufolge rechtswirksam auf die Beklagte übertragen worden. Aus dem von den Parteien und der F.\_\_\_\_\_ AG gewollten "Dreiecksverhältnis", wodurch die F.\_\_\_\_\_ AG als ursprüngliche Grundforderungsgläubigerin nicht zugleich zur Schuldbriefgläubigerin geworden sei, könnten die Kläger folglich nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal alle grundpfandrechtlichen Formalitäten eingehalten worden seien (Urk. 62 S. 9 f. Ziff. 1.6).

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz hat die durch die Parteien eingereichten Urkunden und die Ausführungen des Klägers 1 anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Oktober 2019 (Prot. I S. 11 ff.) gewürdigt. Zur Prüfung der Frage, ob die Vorinstanz zu

- 24 - Recht auf die Abnahme weiterer Beweismittel verzichtet hat, sind die vorliegend relevante E-Mail-Korrespondenz und die Angaben des Klägers 1 bei seiner Befragung im Rahmen der Hauptverhandlung zu beleuchten.

#### **E. 4.4.1**

Die von der Beklagten eingereichte Urkunde 30/10 ist eine Aktennotiz vom 21. März 2014 zu einer Besprechung zwischen dem Kläger 1 und I. \_\_\_\_\_. Unter dem Thema "Aktualisierung" ist festgehalten, dass der Kläger 1 die Forderung von CHF 786'989.00 per 31. März 2014 nicht begleichen könne und den VR F. \_\_\_\_\_ AG bitte, ihm mehr Zeit zu geben, um das Darlehen und die Anzahlung zurückzubezahlen. Auch sei der Kläger 1 heute nicht in der Lage einen Tilgungs- vorschlag für die Gesamtsumme zu unterbreiten. Der Kläger 1 informiere darüber, dass er zurzeit finanziell immobilisiert sei. Der Kläger 1 besitze mit seiner Frau ein Einfamilienhaus an bester Lage an der J. \_\_\_\_\_-Strasse ..., Zürich, mit einem Ver- kaufswert von ca. CHF 6 Mio. Unter dem Titel "Weiteres Vorgehen" wird unter an- derem festgehalten, dass in Erwägung gezogen werde, die CHF 2 Mio. z.B. in Form eines Schuldbriefes im Grundbuch eintragen zu lassen (Urk. 30/10 S. 2). Diese Aktennotiz wurde dem Kläger 1 mit E-Mail vom 24. März 2014 zugestellt (Urk. 30/11). Die Kläger haben den Inhalt dieser Aktennotiz nicht bestritten (Urk. 51 und 61). Aus der Aktennotiz geht hervor, dass I. \_\_\_\_\_ und der Kläger 1 das Thema Si- cherheit ansprachen und in Erwägung gezogen haben, die CHF 2 Mio. z.B. in Form eines Schuldbriefes im Grundbuch eintragen zu lassen. Dass es dabei um eine Sicherheit für die Ausstände des Klägers 1 ging, zeigen die übrigen Einträge in Bezug auf das weitere Vorgehen, wo festgehalten wird, dass der Kläger 1 versi- chert habe, dass der VR keine Bedenken haben müsse, dass die Forderungen von ihm nicht beglichen werden würden.

#### **E. 4.4.2**

Urk. 30/12 ist eine E-Mail-Nachricht des Klägers 1 an I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ vom 13. Juni 2014. Darin nimmt der Kläger 1 Bezug auf eine Besprechung vom 3. Juni 2014 und hält unter anderem das Folgende fest: "Sie haben mich darauf hingewiesen, dass der auf C. \_\_\_\_\_ zu übertragende Registerschuldbrief über CHF 2.0 Mio. auf der Wohnung Nr. 3/L. \_\_\_\_\_ als Deckung für Sie ungenügend sei und haben mich aufgefordert, Ihnen zusätzlich auf den in meinem Eigentum

- 25 - verbleibenden Wohnungen Nr. 1 und 2/L. \_\_\_\_\_ je einen weiteren Schuldbrief über CHF 200'000.00 und auf meinem EFH J. \_\_\_\_\_-Strasse ... einen Schuldbrief über CHF 600'000.00 zu übertragen. Ich habe zugesagt, diese Schuldbriefe zu er- richten und Ihnen wunschgemäss zu übertragen. Sofern ich anderweitige Geldge- ber finden und Sie entsprechend (teilweise) ablösen würde, werden Sie mir die betreffenden Schuldbriefe zur Verfügung stellen. Wenn ich die Wohnungen ver- kaufen kann, werden Sie mir gegen die entsprechenden Rückflüsse Schuldbriefe aushändigen und/oder für die Eigentumsübertragung erforderlichen Rangrücktritte gewähren. Gegen die Übertragung der soeben erwähnten Schuldbriefe sind Sie namens der F. \_\_\_\_\_ damit einverstanden, dass ich die offene Schuld gegenüber der F. \_\_\_\_\_ (inkl. Zins) mit den vereinbarten Monatsraten von jeweils CHF 50'000.00 abtrage; Sie gewähren mir in diesem Sinne Stundung" (Urk. 30/12 S. 2). Aus dieser Nachricht geht zusammenfassend hervor, dass bei der Besprechung vom 3. Juni 2014 zwischen dem Kläger 1, I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ festgehalten wurde, dass der Kläger 1 bezüglich dem Abbau der Ausstände teilweise Zusagen nicht eingehalten hat und der Kläger 1 dies als zutreffend bestätigt hat. Auch ist festgehalten, dass für die Schulden, die der Kläger 1 gegenüber der F. \_\_\_\_\_ AG hat, der zu übertragende Registerschuldbrief über CHF 2.0 Mio. auf der Wohnung Nr. 3/L. \_\_\_\_\_ als Deckung ungenügend sei und vom Kläger 1 weitere Schuld- briefe als Sicherheit zu leisten sind. Die Kläger 1 und 2 äusserten sich zu dieser E-Mail in den Rechtsschriften nicht (Urk. 51 und 61). Anlässlich seiner

Befragung vor Vorinstanz erklärte der Kläger 1 auf Vorhalt, dass aus dieser Mail hervorgehe, dass die Schuldbriefe zur Sicherung bestehender Schulden verwendet wurden, dass dies sicher die Meinung gewesen sei (Prot. I S. 15).

#### **E. 4.4.3**

Die Urkunde 30/13 enthält eine E-Mail-Nachricht des Klägers 1 an I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ vom 9. Juli 2014. Darin schreibt der Kläger 1 das Folgende: " Sehr geehrte Herren. Die Errichtung des Schuldbriefes über CHF 600'000.00 gemäss Beilage findet morgen auf dem Notariat ... statt. Die Eintragung des Schuldbriefes im Grundbuch wird nachher noch einige Tage in Anspruch nehmen. Ist es für Sie in Ordnung, dass ich anschliessend den Schuldbrief auf C.\_\_\_\_\_ übertrage?(...)".

- 26 - I.\_\_\_\_\_ antwortet am 10. Juli 2014 per E-Mail wie folgt: "Sehr geehrter Herr Dr. A.\_\_\_\_\_. Besten Dank für die Information. Ja, bitte übertragen Sie den Schuldbrief dann an C.\_\_\_\_\_ (...)". Aus den beiden Nachrichten geht hervor, dass I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, die beide als Verwaltungsräte die F.\_\_\_\_\_ AG vertraten, damit einverstanden waren, dass der Kläger 1 den Schuldbrief über CHF 600'000.00 nach Errichtung an die Beklagte überträgt. Die Kläger äusserten sich zu dieser E-Mail nicht (Urk. 51 und 61).

#### **E. 4.4.4**

Mit E-Mail vom 12. August 2014 ersuchte der Kläger 1 das Notariat ..., Frau P.\_\_\_\_\_, das Formular "Gläubigerwechsel" vorzubereiten, mit den folgenden Eckdaten: - Bisherige Gläubiger: 1. B.\_\_\_\_\_, geb. tt.2.1956, von Zürich und M.\_\_\_\_\_ AG, verheiratet, J.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., ... Zürich; 2. A.\_\_\_\_\_, Dr. iur., geb. tt.12.1951, von Zürich und M.\_\_\_\_\_ AG, verheiratet, J.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., ... Zürich; - Pfandsumme: CHF 600'000.00; - Pfandstelle: 4. Rang; - Lastend auf Grundstück GB-Blatt 7, Kat. Nr. 8, J.\_\_\_\_\_ -Strasse ...; - Neue Gläubigerin: Frau C.\_\_\_\_\_, geb. tt.9.1948, von N.\_\_\_\_\_ BE, ... [Adresse]; - Kostentragung: durch bisherige Gläubiger (Urk. 30/14). Auch zu dieser E-Mail äusserten sich die Kläger 1 und 2 nicht (Urk. 51 und 61).

#### **E. 4.4.5**

Die Urkunde 30/15 enthält eine E-Mail-Nachricht von K.\_\_\_\_\_ (O.\_\_\_\_\_) an den Kläger 1 vom 19. September 2014, 15:16 Uhr. Darin bezieht sich K.\_\_\_\_\_ auf eine E-Mail und ein Telefonat des Klägers 1, deren Inhalt er an den Verwaltungsrat der F.\_\_\_\_\_ AG weitergeleitet hat. K.\_\_\_\_\_ schreibt, dass Stand heute Mittag bei der F.\_\_\_\_\_ AG keine Zahlung des Klägers 1 eingegangen sei. Sodann ist das Folgende festgehalten: "Im Auftrag von Herrn I.\_\_\_\_\_ fordere ich Sie auf, bis am Mittwoch, 24. September 2014, folgenden Forderungen nachzukommen: 1. Aushändigung des Schuldbriefes von Fr. 600'000.-, lastend auf der J.\_\_\_\_\_ - Strasse ... in Zürich; 2. Übergabe der beiden Schuldbriefe von je Fr. 200'000.-, lastend auf der Wohnung 1 in G.\_\_\_\_\_; 3. Bezahlung einer weiteren Rate von Fr. 50'000.- an die F.\_\_\_\_\_ AG". Der Kläger 1 antwortet am selben Tag um 15:36 Uhr per E-Mail und schreibt an Herr K.\_\_\_\_\_ wie folgt: "Einverstanden, soweit nicht schon geschehen" (Urk. 30/16). Die Kläger 1 und 2 dementieren den Inhalt dieser Mail nicht (Urk. 51 und 61).

- 27 -

#### **E. 4.5**

Aufgrund der E-Mail-Korrespondenz aus dem Jahr 2014, deren Inhalt von den Klägern wie erwähnt nicht bestritten wurde, ist erstellt, dass zwischen dem Kläger 1 und der F.\_\_\_\_\_

AG vereinbart wurde, dass die Schuldbriefforderung als Sicherheit für die Darlehen der F.\_\_\_\_\_ AG an den Kläger 1 diene. Ebenfalls geht aus dieser Korrespondenz hervor, dass der Kläger 1 mit I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ übereinkam, dass die Kläger den Schuldbrief auf die Beklagte übertragen. Dies kann nicht anders verstanden werden, als dass die Beklagte als Verwaltungsratspräsidentin der F.\_\_\_\_\_ AG den Schuldbrief treuhänderisch für die F.\_\_\_\_\_ AG hielt.

#### **E. 4.6**

Der Schluss der Vorinstanz (Urk. 62 S. 10) auf das Vorliegen sowohl eines Treuhandverhältnisses als auch einer konkludenten Sicherungsvereinbarung ist damit nicht zu beanstanden. Soweit die Kläger die fehlende Einvernahme von I.\_\_\_\_\_ und des Klägers 1 rügen, so zeigen sie nicht auf, was sich aus den entsprechenden Befragungen ihrer Ansicht nach hätte ergeben sollen. Die Rüge der Kläger ist damit unberechtigt. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Einvernahmen das Beweisergebnis noch umzustossen vermöchten. Auch aus diesem Grund konnte die Vorinstanz von der Abnahme der offerierten weiteren Beweismittel absehen.

#### **E. 5**

Novation

##### **E. 5.1**

Die Kläger machen geltend, dass der von der Vorinstanz verwendete Begriff "Konsolidierung" das rechtlich Vorgefallene nicht treffe. Mit dem Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 (Urk. 30/9) sei das Schuldverhältnis des Klägers 1 mit der F.\_\_\_\_\_ AG vollständig neu geregelt worden. Es liege hier also eine Novation i.S.v. Art. 116 OR vor, was in Nachachtung von Art. 114 Abs. 1 OR zum Erlöschen vorbestehender Pfandsicherheiten geführt habe, soweit überhaupt zugunsten der F.\_\_\_\_\_ AG unter Einbezug der Beklagten solche bestanden hätten. Das verkenne die Vorinstanz in ihrem Urteil, womit sie gegen Art. 114 und 116 OR verstossen habe (Urk. 61 S. 10 Ziff. 5).

##### **E. 5.2**

Das Bundesgericht erwog in seiner Rückweisungsentscheid, gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO seien neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren

- 28 - ren nur noch eingeschränkt zulässig. Diese Norm äussere sich jedoch nicht zu neuen rechtlichen Qualifikationen bzw. Argumenten. Eine neue rechtliche Qualifikation sei im Berufungsverfahren unbeschränkt zulässig. Soweit die Beschwerdeführer (Kläger) demnach einzig eine neue rechtliche Qualifikation des Darlehensvertrags vom 1. Juni 2015 auf der Basis bereits festgestellter oder im Berufungsverfahren zulässigerweise gerügter Tatsachen anstrebe, sei ihre Argumentation zulässig. Einzig insoweit, als sie damit neue Tatsachenbehauptungen (etwa über einen tatsächlichen Parteiwillen) aufstellen wollten, hänge das neue Vorbringen von der novenrechtlichen Zulässigkeit dieser neuen Tatsachenbehauptungen ab. Soweit ersichtlich, gehe es den Beschwerdeführern nicht um neue Tatsachenbehauptungen, sondern einzig um eine neue rechtliche Qualifikation des Darlehensvertrages vom 1. Juni 2015. Insoweit sei die Berufung auf eine Novation zulässig und die Beschwerde begründet (vgl. Urk. 80 S. 10 f.).

##### **E. 5.3**

Die Beklagte wendete in der Berufungsantwort vom 11. Juni 2020 (Urk. 72) ein, dass die vorbestehenden Schuldverhältnisse mit einer Laufzeit bis zum 1. Juni 2016 und einer Verzinsung von 7% sowie einer teilweisen Rückzahlung "à jour" gebracht worden und in einem schriftlichen Vertrag konsolidiert worden seien. Von einer Novation der Schuldverhältnisse sei dagegen seitens der Kläger nie die Rede gewesen. Ob dem Darlehensvertrag ein übereinstimmender Neuerungs-wille des Klägers 1 und der F.\_\_\_\_\_ AG zugrunde liege, sei nach bundesge- richtlicher Rechtsprechung durch Auslegung zu ermitteln (BGE 126 III 375) und kraft der Vermutung in Art. 116 f. OR im Zweifel zu verneinen (Urk. 72 S. 7 f. Rz 24). Die F.\_\_\_\_\_ AG habe mit der Konsolidierung der Schuldverhältnisse in ei- nem schriftlichen Darlehensvertrag und der vorgängigen Übertragung des Regis- terschuldbriefs an die Beklagte als Sicherheit für die aus dem Darlehensverhältnis fliessenden Verpflichtungen das Interesse gehabt, klare Verhältnisse zu schaffen und die Darlehensforderung grundpfandrechtlich zu sichern. Es widerspräche dia- metral den Interessen der F.\_\_\_\_\_ AG und würde jeder Logik entbehren, wenn mit der Konsolidierung der bestehenden Darlehen in einem schriftlichen Vertrags- dokument die vorgängige Sicherungsabrede hätte aufgehoben werden sollen (Urk. 72 S. 8 Rz 25). Nachdem der tatsächliche Wille der F.\_\_\_\_\_ AG und des Klägers 1 offenkundig gegen das Vorhandensein eines Neuerungs-willens spre-

- 29 - che, bestehe auch kein Raum für die Anwendung der Auslegung des Parteiwillens nach dem Vertrauensprinzip (Urk. 72 S. 8 Rz 26).

#### **E. 5.4**

Art. 116 OR regelt nicht den Novationsvertrag, sondern beschränkt sich auf die Festlegung von (widerlegbaren) Vermutungen zum Nicht-Vorliegen einer No- vation. Entgegen älterer Auffassung ist die Norm - und das Institut an sich - weder überflüssig noch schädlich, sondern Ausfluss des Grundsatzes der Vertragsfrei- heit, der auch die Respektierung des Neuerungs-willens gebietet. Die Norm dient der Klarheit der Beweislage und im Ergebnis einer engen Begrenzung der Novati- onswirkung. Entsprechend gering bleibt freilich die praktische Bedeutung der Neuerung (BSK OR I-Loacker, Art. 116 N 1). Novation im Sinne des Art. 116 OR ist die Tilgung eines alten Schuldverhältnisses durch ein neues, wobei der Ver- pflichtungsgrund des neuen nicht im alten Schuldverhältnis liegt, sondern in dem die Neuerung bewirkenden, neuen und selbständigen Rechtsgeschäft besteht (BSK OR I-Loacker, Art. 116 N 2).

#### **E. 5.5**

Wie die Beklagte zutreffend ausführt, hat der Kläger 1 selber vorgebracht, dass die Zahlungen der F.\_\_\_\_\_ AG ihm zur Finanzierung eigener Bauprojekte gedient hätten. Dieser habe die Qualifikation der Zahlungen vom 14. Dezember 2009, 5. Februar 2010, 15. Dezember 2010 und 23. November 2012 (Urk. 30/4-8) als Darlehen nie in Frage gestellt, womit diese Schuldverhältnisse bereits vor dem Abschluss des Darlehensvertrages vom 1. Juni 2015 als Darlehen im Sinne von Art. 312 ff. OR zu qualifizieren seien. Die Zahlung vom 3. Dezember 2012 (Urk. 30/8) hätte als Vorauszahlung für einen noch abzuschliessenden Kaufver- trag verwendet werden sollen. Nachdem der Kaufvertrag jedoch nicht zustande gekommen sei und sich der Rechtsgrund damit nicht verwirklicht habe, hätten die F.\_\_\_\_\_ AG und der Kläger 1 den Betrag im Nachgang an das Nichtzustande- kommen des Vertrags ebenfalls als Darlehen qualifiziert. Im Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 seien somit ausschliesslich vorbestehende

Darlehensforderungen konsolidiert worden, weshalb die Novation selbst vor diesem Hintergrund zu verneinen sei (Urk. 72 S. 9 Rz 28).

#### **E. 5.6**

Vor Vorinstanz machten die Kläger geltend, dass bezüglich der Einzelheiten der Schuldbriefforderung keinerlei vertragliche Abmachungen existierten, we-

- 30 - der zwischen den Klägern und der F. \_\_\_\_\_ AG noch zwischen den Klägern und der heutigen Beklagten. Insbesondere finde sich nirgends eine Sicherungsvereinbarung, in welcher die persönliche Schuldpflicht der Kläger aus dem sicherungsübereigneten Schuldbrief (Schuldbriefforderung) anerkannt worden wären. Es sei auch nirgends eine Novation, wie sie gemäss Art. 842 Abs. 2 ZGB möglich wäre, vereinbart, und nirgends finde sich eine Vereinbarung, welche die Kündigungsfrist für die Schuldbriefforderung in Abweichung von Art. 847 ZGB regeln würde (Urk. 1 S. 5 lit. d). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Oktober 2019 (Prot. I S. 10 ff.) führte der Kläger 1 aus, dass ihm Dr. E. \_\_\_\_\_ über die F. \_\_\_\_\_ AG verschiedene Darlehen gewährt habe. Es sei eine sukzessive Reihe von Darlehen gewesen. Dieser habe ihm die Darlehen immer ohne Sicherheit gewährt. Der heute geltend gemachte Betrag entspreche den Darlehen. Es seien aber mehr gewährt worden. Zwischenzeitlich hätten Rückzahlungen stattgefunden (Prot. I S. 12). Auf Vorhalt, wonach gemäss seiner Darstellung mit dem Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 die bestehenden Schulden konsolidiert worden seien und auf die Frage, wie er darauf komme, dass mit dieser Konsolidierung die Sicherung der Grundforderung verloren gegangen sei, sagte der Kläger 1, dass er so etwas nie behauptet habe. Einen solchen Kausalzusammenhang habe er nie gezogen, er habe nicht gesagt, dass die Sicherung mit der Konsolidierung verloren gegangen sei. Er sage etwas ganz anderes, nämlich dass es keine gültige Sicherungsabrede gebe und erst recht keine, welche alle essentialia enthalten würde. Konsolidierung heisse lediglich, dass die verschiedenen existierenden Forderungen zusammengefasst und mit den Rückzahlungen à jour gebracht worden seien. Das habe gar nichts mit Sicherung oder Nichtsicherung zu tun (Prot. I S. 15).

#### **E. 5.7**

Diese Ausführungen des Klägers 1 vor Vorinstanz zeigen mit aller Deutlichkeit, dass es sich beim Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 nicht um eine Novation handelt, sondern dass es - auch nach dem Verständnis der Parteien - eine Zusammenfassung der verschiedenen existierenden Forderungen bzw. von der F. \_\_\_\_\_ AG dem Kläger 1 gewährten Darlehen ging, die mit den Rückzahlungen à jour gebracht worden waren. Dies geht im Übrigen auch aus dem Darlehensvertrag vom 1. Juni 2015 (Urk. 30/9), insbesondere dessen Ziff. 2 und 4, hervor. Der Einwand der Kläger zielt ins Leere.

- 31 -

#### **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 600'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht

hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.  
Zürich, 28. November 2023 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der  
Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. A. Huizinga Dr. Chr. Arnold versandt am: st

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