

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB170033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
die Oberrichter Dr. H.A. Müller und Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 23. November 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster
vom 13. September 2016 (CG150021-I)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- „1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 164'205 zuzüglich Zins zu 5% seit 10. April 2015 zu bezahlen;
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 24. April 2015) im Umfang der Gutheissung der Klage zu Gunsten des Klägers zu beseitigen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beklagten.“

Verfügung und Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 13. September 2016:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Auf den Antrag der Beklagten, es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 24. April 2015) aufzuheben, wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 15'000.–.
4. Die Entscheidgebühr wird dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag wird vom Kläger nachgefordert.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 19'500.– zuzüglich Fr. 1'560.– (8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(6./7. Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 48 S. 2):

- „1. Es seien die Ziffern 1, 3, 4 und 5 des Dispositivs der Verfügung und des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 13. September 2016 (CG150021) aufzuheben;

2. Es sei die Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger CHF 164'205 zuzüglich Zins zu 5 % seit 10. April 2015 zu bezahlen;
3. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 24. April 2015) im Umfang der Gutheissung der Klage zu Gunsten des Klägers und Berufungsklägers zu beseitigen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 56 S. 2):

- „1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Klägers.“

Erwägungen:

I.

Die Parteien unterhielten von Juli 2001 bis Mai 2014 eine Beziehung. Aus dieser ging ein Kind hervor, D._____, geboren am tt.mm.2007. Ab November 2004 mietete die Beklagte an der E._____-Strasse ... in ... Zürich für sich und ihre zwei Kinder eine 5.5-Zimmerwohnung. Der monatliche Mietzins betrug Fr. 3'499.– für die Wohnung und Fr. 150.– für den Parkplatz. Der Kläger kam von Beginn weg für den Mietzins auf. Ab August 2008 liess er der Beklagten mit einem Dauerauftrag bei der F._____[Bank] monatlich Fr. 3'649.– überweisen. Die Beklagte wiederum bezahlte die Mietzinsen für Wohnung und Parkplatz ebenfalls per Dauerauftrag jeweils am auf die Überweisung durch den Kläger folgenden Tag. Ab 1. Dezember 2010 mietete die Beklagte von der G.____AG ein Haus am H.____-Weg ... in I._____ für einen monatlichen Mietzins von Fr. 6'000.–. Der Kläger bezahlte den Mietzins ab Mietbeginn an die Vermieterin. Am 31. Mai 2011 gab die Beklagte die Wohnung an der E.____-Strasse ... in Zürich auf und zog in das Haus in I._____ um. Im Mai 2014 trennten sich die Parteien. Im März

2015 hob der Kläger den Dauerauftrag zugunsten der Beklagten in der Höhe von Fr. 3'649.– auf.

Der Kläger macht geltend, ab Juni 2011 seien die monatlichen Zahlungen von Fr. 3'649.– an die Beklagte irrtümlich erfolgt, weil er den Dauerauftrag vergessen habe, und verlangt mit der vorliegenden Klage die Rückerstattung der bis und mit Februar 2015 aufgelaufenen Summe von Fr. 164'205.–. Die Vorinstanz hat einen Anspruch des Klägers aus Schenkungsrecht wie auch aus ungerechtfertigter Bereicherung verneint.

II.

Die Klage samt Klagebewilligung ging am 21. August 2015 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1 und 2). Diese holte eine schriftliche Klageantwort ein (Urk. 13) und führte eine Instruktionsverhandlung durch (Prot. I S. 9). Danach fand eine erste Hauptverhandlung statt, an der die Parteien die Replik bzw. Duplik erstatteten (Prot. I S. 13 ff.). Am Ende dieser Hauptverhandlung setzte das Gericht dem Kläger [recte: der Beklagten] Frist an, um die als Beweis offerierten F._____ - Kontoauszüge der Beklagten einzureichen (Prot. I S. 17). Nachdem die Beklagte diese Beweismittel eingereicht hatte (Urk. 37 f.), führte die Vorinstanz am 13. September 2016 eine zweite Hauptverhandlung durch, anlässlich welcher die Parteien zu den eingereichten Urkunden Stellung nahmen und ihre Schlussvorträge hielten (Prot. I S. 18 ff.). Gleichentags fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Endentscheid (Urk. 49). Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 12. Juni 2017 rechtzeitig Berufung (Urk. 48). Er leistete den ihm auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 11'300.– rechtzeitig. Die Berufungsantwort ging am 24. August 2017 ein (Urk. 56). Mit Eingabe vom 7. September 2017 machte der Kläger von seinem Replikrecht Gebrauch und reichte neue Urkunden ein (Urk. 58 und 60/3-8). Die Beklagte nahm hierzu mit schriftlicher Eingabe vom 29. September 2017 Stellung (Urk. 63). Diese Stellungnahme wurde anschliessend dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt.

III.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin

Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h., wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2). Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden. Die Bestimmungen der Prozessordnung über den sogenannten Aktenschluss und das Novenrecht sind zwingender Natur. Neue Tatsachen, welche die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllen, sind deshalb auch dann unbeachtlich, wenn sie von der Gegenpartei nicht bestritten oder gar anerkannt werden (vgl. *OGer ZH NE160001 vom 11.08.2016, E. 3.2.2*).

Der Kläger hat mit seiner freiwilligen Repliksschrift vom 7. September 2017 verschiedene Urkunden aus dem Konkursverfahren der G._____ AG eingereicht (Urk. 60/3-8) und stellt in diesem Zusammenhang neue Behauptungen auf, ohne darzutun, weshalb ihm dies nicht bereits mit der Berufungsschrift möglich gewesen wäre. Das Vorbringen ist verspätet. Überdies ist nicht ersichtlich und wird vom Kläger nicht dargelegt, welche entscheiderelevanten Schlüsse aus angeblich fingierten Mietverträgen für das Haus in I._____, aus den Eigentumsverhältnissen bei der G._____ AG, aus einer offenbar vom Konkursamt gegen die Beklagte erstatteten Strafanzeige, aus (vom Kläger bestrittenen) Kontakten der Beklagten zum Sozialamt C._____ und aus dem aktuellen Mietverhältnis der Beklagten zu ziehen wären.

3. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und voll-

streckbar. Vorliegend ist somit der Entscheid der Vorinstanz vom 13. September 2016 bezüglich Dispositiv-Ziffer 2 mit Eingang der Berufungsantwort am 24. August 2017 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 315 N 6 und 15). Dies ist vorzumerken.

IV.

1. a) Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob der Kläger seine Forderung auf den von ihm geltend gemachten Schenkungsvertrag stützen könne. Der Kläger habe im Rahmen seines ersten Schlussvortrages anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. September 2016 erstmals vorgebracht, er habe einen vertraglichen Anspruch auf Rückerstattung aus Schenkungsrecht, da feststehe, dass er den Betrag von monatlich Fr. 3'649.– zum Zwecke bzw. unter der Auflage der Bezahlung der Miete E.____-Strasse der Beklagten überwiesen habe. Dies gehe unter anderem eindeutig aus der Höhe der Zahlung hervor, welche exakt der Miete E.____-Strasse entspreche. Mit dem Wegfall der Miete E.____-Strasse habe die Beklagte den Zweck der Schenkung bzw. die damit verbundene Auflage zur Begleichung der Miete E.____-Strasse nicht mehr erfüllt. Der Kläger behaupte damit – so die Vorinstanz weiter – lediglich Rechtsfolgen, ohne die rechts- bzw. entscheidenderheblichen Tatsachen substantiiert darzulegen. Er habe weder substantiiert dargelegt, inwiefern ein Schenkungsvertrag vorliege bzw. inwiefern er in Schenkungsabsicht eine Zuwendung an die Beklagte vorgenommen habe, noch habe er konkret erklärt, ob und inwiefern eine Auflage vorgelegen habe und inwiefern diese nicht erfüllt worden wäre. Nur der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass die Nichterfüllung einer Auflage ungerechtfertigt sein müsse, damit der Widerruf gemäss Art. 249 Ziff. 3 OR zulässig sei, wobei dem Beschenkten vor dem Widerruf eine Nachfrist – analog zu Art. 107 OR – zur Erfüllung der Auflage anzusetzen wäre (unter Hinweis auf BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 249 OR N 13). Dass der Kläger eine solche Nachfrist angesetzt hätte, mache er nicht geltend. Mit allfälligen Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit dem Rückerstattungsanspruch aus Schenkungsrecht im Rahmen des ersten Schlussvortrages wäre der Kläger ohnehin nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zuzulassen gewe-

sen. Ein vertraglicher Anspruch sei demnach mangels rechtsgenügender Substantiierung zu verneinen (Urk. 49 S. 10).

b) Der Kläger vertritt in seiner Berufungsschrift die Auffassung, er habe die tatsächlichen Behauptungen bereits in der Klage und in der Replik aufgestellt und im Schlussvortrag rechtliche Ausführungen gemacht, was zulässig sei. In der Klage habe er dargelegt, dass er der Beklagten ab August 2008 ohne Gegenleistung jeden Monat Fr. 3'649.– zugewendet habe. Damit habe er ausreichend substantiiert dargelegt, dass eine Schenkung vorgelegen habe, zumal die Beklagte den Schenkungscharakter nicht substantiiert bestritten habe. Der Kläger habe auch die Zweckgebundenheit der Schenkung prozessual korrekt dargelegt. Die Schenkung von Fr. 3'649.– pro Monat habe dazu gedient, der Beklagten die Bezahlung des monatlichen Mietzinses von Fr. 3'469.– für die Wohnung an der E. _____ - Strasse ... zu ermöglichen. Der Kläger habe der Beklagten keine Nachfrist ansetzen können, um die empfangenen Gelder dem ursprünglichen Zweck zuzuführen, weil er den Dauerauftrag bereits vergessen gehabt habe. Eine Nachfristansetzung hätte auch keinen Sinn ergeben, weil die Beklagte die Wohnung im Mai 2011 aufgegeben habe. Es wäre geradezu absurd gewesen, wenn der Kläger der Beklagten im Juni 2011 Frist angesetzt hätte, die empfangenen Gelder dem ursprünglichen Zweck entsprechend zu verwenden (Urk. 48 S. 8 ff.).

Die Beklagte macht in der Berufungsantwort u.a. geltend, damit der Schenker einen Schenkungswillen haben könne, müsse er wissen, dass er eine Zuwendung tätige, was der Kläger gerade bestreite. Sie habe schon vor Vorinstanz bestritten, dass die Überweisungen ausschliesslich für die Miete an der E. _____ - Strasse bestimmt gewesen seien; mithin habe es keine entsprechende Auflage gegeben. Die Vorinstanz gehe zu Recht davon aus, dass das klägerische Vorbringen hinsichtlich eines Schenkungsvertrages verspätet gewesen sei (Urk. 56 S. 6 f.).

c) Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert (Art. 239 Abs. 1 OR). Die Schenkung ist ein Vertrag. Sie setzt eine Vereinbarung der Parteien über eine unentgeltliche Vermögensübertragung voraus. Auf Seiten

des Schenkers muss der Schenkungswille, auf Seiten des Beschenkten der Wille zum Empfang des Geschenkes vorhanden sein (BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 239 N 1 und 3). Der Schenker muss um die unentgeltliche Zuwendung wissen, sie leisten wollen und sie freiwillig erbringen (Maissen, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, AISUF 152, Freiburg 1996, S. 41 Rz 130). Der Schenkungsvertrag kann zwei Formen aufweisen: die Handschenkung (Art. 242 OR) oder das Schenkungsversprechen (Art. 243 OR). Drückt der Schenkende seine Absicht, eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, dadurch aus, dass er die Sache direkt dem Beschenkten übergibt, der sie annimmt, liegt eine Handschenkung vor. Der Abschluss des Schenkungsvertrages erfolgt in diesem Fall gleichzeitig mit der Erfüllung, sodass die Entstehung des Vertrags mit seinem Erlöschen durch Erfüllung zusammenfällt. Beim Schenkungsversprechen verpflichtet sich der Schenker gegenüber dem Schenkungsempfänger, ihm unentgeltlich einen Vermögenswert zu übergeben, und der Schenkungsempfänger nimmt die Offerte an. Der Vertrag führt zur Entstehung einer Verbindlichkeit, deren Erfüllung der Schenkungsempfänger verlangen kann. Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 243 Abs. 1 OR). Ein Bankauftrag, der die Schenkungsabsicht nicht ausdrückt, kann kein gültiges Versprechen darstellen. Wird indessen ein wegen eines Formfehlers nichtiges Versprechen danach durch Übertragung des Vermögenswerts von einem Vermögen in ein anderes vollzogen, handelt es sich gemäss Art. 243 Abs. 3 OR um eine gültige Schenkung von Hand zu Hand (BGE 136 III 142 = Praxis 99 [2010] Nr. 100, E. 3.3).

d) Vorliegend ist unbestritten, dass der Kläger die F._____ mittels eines Dauerauftrags anwies, monatlich Fr. 3'469.– auf ein Konto der Beklagten zu überweisen. Ein schriftliches Schenkungsversprechen wurde nicht behauptet. Nach dem Gesagten könnten daher die monatlichen Überweisungen nur Schenkungen von Hand zu Hand darstellen. Bei der Schenkung von Hand zu Hand sieht das Gesetz von einer Formvorschrift ab, weil hier die eigentliche Zuwendung der Vermögenswerte an die Stelle einer besonderen Form tritt und daher dem Schenker die Tragweise seines Handelns genügend vor Augen zu führen vermag (Cavin, Die Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, S. 187). In der tatsächlichen Zuwendung der Vermögenswerte liegt eine die Form ersetzende

Bekräftigung der Schenkungsabsicht (BGE 105 II 104, E. 3c). Eine solche hatte aber der Kläger nach seiner Darstellung ab Juni 2011 nicht mehr, wie die Beklagte zu Recht geltend macht. Um Schenkungen kann es sich ab diesem Zeitpunkt daher nicht handeln; es fehlt das subjektive Tatbestandselement des Schenkungswillens. Zudem moniert die Vorinstanz zu Recht, der Kläger habe nicht konkret erklärt, ob und inwiefern eine Auflage im Sinne von Art. 245 Abs. 1 OR vorlag. Es genügt nicht zu behaupten, die Schenkung von Fr. 3'649.– pro Monat habe dazu gedient, der Beklagten die Bezahlung des monatlichen Mietzinses von Fr. 3'469.– für die Wohnung an der E. _____-Strasse ... zu ermöglichen (Urk. 48 S. 9 Rz 32; Urk. 2 S. 3 Rz 7). Die Auflage ist die vom Schenker dem Beschenkten auferlegte Verpflichtung, eine bestimmte Leistung zu erbringen (Cavin, a.a.O., S. 189). Bei der Auflage handelt es sich um eine Vertragsbestimmung im Sinne einer Nebenbestimmung des Schenkungsvertrages (Maissen, a.a.O., S. 147 Rz 493 f.). Der Beschenkte muss die Auflage annehmen, damit sie klagbar wird (Art. 246 Abs. 1 OR), wobei die Annahme auch stillschweigend erfolgen kann (BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 246 N 1). Ob eine Auflage vorliegt, ist mitunter eine Frage der Vertragsauslegung, wobei abzuklären ist, ob die Parteien den Willen hatten, dass der Beschenkte eine Verpflichtung im eigentlichen Sinne des Wortes übernehmen sollte (Cavin, a.a.O., S. 190 f.; vgl. BGE 80 II 260 = Praxis 44 [1955] Nr. 1, E. 2). Der Kläger hat keinerlei Ausführungen dazu gemacht, dass die Parteien konkret vereinbart hätten, er schenke der Beklagten jeden Monat Fr. 3'649.– und diese verpflichte sich, mit diesem Betrag die jeweils fällige Monatsmiete für die Wohnung an der E. _____-Strasse ... in Zürich zu bezahlen. Mangels konkreter Behauptungen ist der Vertragsinhalt weder einem Beweisverfahren noch einer Auslegung zugänglich.

Die Vorinstanz hat demnach einen vertraglichen Anspruch des Klägers aus Schenkungsrecht zutreffend verneint.

2. a) Zu prüfen ist, ob der Kläger aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne von Art. 62 ff. OR Anspruch auf Rückerstattung der ab Juni 2011 bezahlten Beträge hat. Der Kläger hatte in der Klagebegründung geltend gemacht, ab diesem Zeitpunkt seien die Zahlungen ungerechtfertigt, da rechtsgrundlos, gewesen (Urk. 2 S. 5).

Gemäss Art. 62 Abs. 2 OR hat derjenige, welcher in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR). Hat jemand eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann er das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat (Art. 63 Abs. 1 OR).

b) Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs ist zunächst die Bereicherung der Beklagten. Die Vorinstanz hat eine solche im Umfang von Fr. 164'205.– zu Recht bejaht (Urk. 49 S. 12 f.), was im Berufungsverfahren von keiner Partei in Frage gestellt wird. Ob die Bereicherung im Zeitpunkt der Rückforderung nicht mehr vorhanden war, was unter den Voraussetzungen von Art. 64 OR dazu führt, dass die Rückerstattung nicht gefordert werden kann, ist nicht an dieser Stelle zu erörtern.

c) Ebenfalls unbestritten ist, dass der Kläger im selben Umfang entreichert ist und die Bereicherung der Beklagten aus dem Vermögen des Klägers stammt (Urk. 49 S. 13 f.).

d) aa) Ungerechtfertigt ist die Bereicherung, wenn sie ohne Rechtsgrund erfolgte. Gemäss Vorinstanz beschränkte sich der Kläger auf die sinngemässe Behauptung, den Dauerauftrag zugunsten der Beklagten zwecks Finanzierung des Mietzinses für die Wohnung in Zürich eingerichtet zu haben, womit der Zweck dieses Dauerauftrags mit dem Umzug in das Haus in I. _____ weggefallen sei. Zum Rechtsgrund für die Überweisungen im Zeitraum von August 2008 bis Mai 2011 habe sich der Kläger nicht geäussert. Die Bezahlung des Mietzinses als solches stelle jedenfalls keinen Rechtsgrund dar, möglicherweise aber die Erfüllung einer Schuld. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern sich aus den blossen Mietzinsverpflichtungen der Beklagten für die Wohnung in Zürich eine Schuld des Klägers zur Überweisung eines Betrages in gleicher Höhe an die Beklagte hätte ergeben sollen. Wenn nun aber keine Klarheit über den ursprünglichen Rechtsgrund der monatlichen Überweisungen bestehe, und das Vorliegen eines solchen werde vom

Kläger offensichtlich nicht bestritten, lasse sich auch nicht beurteilen, ob dieser Rechtsgrund vom Zeitpunkt des Bezugs der Wohnung in I._____ bzw. des Endes des Mietverhältnisses in Zürich nicht mehr bestanden habe. Den Kläger treffe die Behauptungs- und Beweislast für das Fehlen eines hinreichenden Rechtsgrunds für die Überweisungen ab Juni 2011. Die Ausführungen des Klägers erwiesen sich in dieser Hinsicht als unsubstantiiert. Es gelinge ihm nicht, den Beweis für das Fehlen eines Rechtsgrunds zu erbringen. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Bereicherung der Beklagten nicht in ungerechtfertigter Weise erfolgt sei (Urk. 49 S. 15).

bb) Der Kläger macht in seiner Berufung geltend, er habe im August 2008 in Schenkungsabsicht einen Dauerauftrag zu Gunsten der Beklagten eingerichtet. Derartige Schenkungen seien in Beziehungen nicht unüblich. Selbst wenn er für die Überweisungen von August 2008 bis Mai 2011 keinen Rechtsgrund nachgewiesen hätte, würde dies nicht bedeuten, dass es für die Überweisungen ab Juni 2011 einen Rechtsgrund gegeben habe. Ab diesem Zeitpunkt habe er keine Schenkungsabsicht mehr gehabt und seien die Überweisungen unfreiwillig erfolgt, weil er den Dauerauftrag vergessen habe. Seine Unkenntnis über den Fortbestand des Dauerauftrags sei eine innere Tatsache, die sich nur indirekt beweisen lasse. Sie könne anhand von tatsächlichen Vermutungen nachgewiesen werden: Wer für die Bezahlung von Mietzinsen durch den Mieter einen Dauerauftrag zu Gunsten des Mieters einrichte, wolle den Dauerauftrag nach Beendigung des Mietvertrages vermutlich nicht mehr weiterlaufen lassen. Es komme hinzu, dass der Kläger ab Dezember 2010 auch den Mietzins für den neuen Mietvertrag der Beklagten bezahlt habe. Ferner bestehe eine tatsächliche Vermutung, dass ein verheirateter Mann nach Beendigung einer ausserehelichen Beziehung einen zuvor eingerichteten Dauerauftrag nicht weiterführen wolle. Letzteres sei insbesondere dann der Fall, wenn die Beendigung der Beziehung in einen Streit führe (Urk. 48 S. S. 11 f.).

Die Beklagte moniert in der Berufungsantwort, die Behauptung des Klägers, er habe bis Mai 2011 eine Schenkungsabsicht gehabt, sei verspätet erhoben worden. Als Begründung für das Wegfallen des Zahlungsgrundes genüge der Umzug der Beklagten nicht, denn das Mietverhältnis an der E._____ -Strasse stel-

le nicht den Rechtsgrund für die Zahlungen des Klägers dar. Weiter bestreitet die Beklagte, dass es sich bei den vom Kläger vorgebrachten Sachverhalten um natürliche Vermutungen handle; es gebe für gegenteilige Verhaltensweisen gleich natürliche Erklärungen (Urk. 56 S. 6, 9 f.).

cc) In ungerechtfertigter Weise ist jemand bereichert, wenn überhaupt kein gültiger Grund für die Vermögensverschiebung vorliegt, sei es, dass das Grundgeschäft fehlt, sei es, dass ein Zuwendungsgeschäft nichtig oder ungültig ist (Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., § 27 N 7; Keller/Schauvelberger, Ungerechtfertigte Bereicherung, 3. A., Basel und Frankfurt am Main 1990, S. 53). Aufgrund der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat der Kläger die Voraussetzungen seiner Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zu beweisen (BGE 132 III 432, E. 2.1). Entsprechend trifft ihn auch die Behauptungslast. Der Beweis des fehlenden Rechtsgrunds ist ein Negativbeweis. Der Gläubiger hat nicht jeden theoretisch denkbaren Rechtsgrund seiner Leistung auszuschliessen, sondern darf sich darauf beschränken, die nach den Umständen ohnehin in Betracht fallenden oder vom Empfänger behaupteten Rechtsgründe auszuräumen. Den Kondiktionsschuldner trifft eine Mitwirkungslast, indem er zum Beweis des Gegenteils beitragen muss (BGE 98 II 231, E. 5). Er hat eine erweiterte Bestreitungslast und nur entsprechend substantiiertes Vorbringen hat der Gläubiger im Regelfall zu widerlegen (BK ZGB-Walter, Art. 8 N 532).

dd) Vor Vorinstanz begründete der Kläger das Fehlen eines Rechtsgrunds für seine Zahlungen ab Juni 2011 damit, dass ab diesem Zeitpunkt das Mietverhältnis der Beklagten für die Wohnung an der E.____-Strasse ... in Zürich nicht mehr bestanden habe (Urk. 2 S. 5). Zuvor habe er der Beklagten monatlich Fr. 3'649.- überwiesen, damit sie die Miete für diese Wohnung habe bezahlen können (Urk. 2 S. 3). Die Beklagte habe über keine ausreichenden finanziellen Mittel verfügt bzw. sei mit ihren Mitteln wenig haushälterisch umgegangen (Urk. 2 S. 3).

Gemäss Beklagter war es dem Kläger wichtig, seinen Reichtum darzustellen. Dazu habe gehört, dass er sie mit reichlichen finanziellen Mitteln ausgestattet habe. Er habe ihr zuerst eine Wohnung an der E.____-Strasse ... in Zürich zur

Verfügung gestellt. Ausserdem habe die Beklagte über eine Kreditkarte verfügen können. Der Kläger habe ihr Geld überwiesen oder auch immer wieder vorbeigebracht. Die Einrichtung des Dauerauftrags von Fr. 3'649.– sei Teil der finanziellen Ausstattung der Beklagten durch den Kläger gewesen. Nach dem Umzug an den H._____-Weg ... in I._____ habe der Kläger die Miete für diese Liegenschaft bezahlt. Die übrige Finanzierung sei bestehen geblieben. Die Beklagte habe weiterhin die Kreditkarte benutzen können. Auch der Dauerauftrag sei bestehen geblieben (Urk. 13 S. 3 f.). Die Beklagte hätte den Haushalt am H._____-Weg ... mit ihrem Einkommen von Fr. 5'000.– nicht finanzieren können. Nur schon die Miete habe Fr. 6'000.– betragen. Der Kläger sei frei gewesen, wieviel Geld er habe aufwerfen wollen, um die Beklagte zu finanzieren. Er habe ihr keine Budgetvorgaben gemacht. Wenn sie mehr gebraucht habe, habe der Kläger mehr Geld bar mitgebracht, insbesondere um grössere Rechnungen zu bezahlen (Urk. 13 S. 6). Die Bereicherung sei nicht ungerechtfertigt gewesen. Die Parteien hätten ein gemeinsames Kind. Der Kläger habe dafür gesorgt, dass dieses Kind und die Beklagte seinem Lebensstandard entsprechend aufwachsen bzw. leben könnten. Ausserdem habe er eine sittliche Pflicht gemäss Art. 63 Abs. 2 ZGB erfüllt, indem er sein Kind und die Beklagte unterhalten habe (Urk. 13 S. 8).

ee) Aus den Parteiaussführungen ergibt sich, dass der Kläger schon vor dem Bezug des Hauses in I._____ in einem erheblichen Umfang für den Lebensunterhalt der Beklagten aufgekommen ist. Es ist unbestritten, dass er die Wohnung an der E._____-Strasse ... in Zürich finanzierte und zu diesem Zweck ab August 2008 der Beklagten mit einem Dauerauftrag monatlich Fr. 3'649.– überwies. Die Beklagte macht in der Berufungsantwort zu Unrecht geltend, sie habe bereits vor Vorinstanz bestritten, dass die Überweisungen ausschliesslich für die Miete an der E._____-Strasse bestimmt gewesen seien (Urk. 56 S. 7 Rz 32). Die Formulierung, die monatliche Zahlung sei „Teil der finanziellen Ausstattung“ gewesen (Urk. 13 S. 3), beinhaltet keine solche Bestreitung. Der überwiesene Betrag wurde denn auch umgehend wiederum per Dauerauftrag zur Bezahlung der Miete verwendet. Dieser Verwendungszweck entfiel mit Beendigung des Mietverhältnisses an der E._____-Strasse ... in Zürich. Der Kläger hat erstmals in der Hauptverhandlung vom 13. September 2016 geltend gemacht, bei den monatlichen Über-

weisungen habe es sich um Schenkungen gehandelt. Ob er damit novenrechtlich verspätet einen Rechtsgrund für die Zahlungen behauptet hat, weil Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig waren, kann dahingestellt bleiben. Mit der Beendigung des Mietvertrages für die Wohnung an der E.____-Strasse ... in Zürich war jedenfalls der Zweck für die monatlichen Überweisungen von Fr. 3'649.– weggefallen. Ein Rechtsgrund für die dennoch fortgesetzten Überweisungen ist a priori nicht ersichtlich. Die Beklagte räumt ein, dass der Kläger weiterhin für den Lebensunterhalt von ihr und dem gemeinsamen Kind aufgekommen sei, die Miete für das Haus in I.____ inbegriffen. Hat der Kläger die monatlichen Überweisungen von Fr. 3'469.– ab Juni 2011 versehentlich geleistet, wie er geltend macht, kann es sich nicht um die Erfüllung einer sittlichen Pflicht handeln. Die Rückforderungssperre nach Art. 63 OR erfasst nämlich nur freiwillige Leistungen. Unfreiwillig sind auch Leistungen, welche aus Versehen erfolgt sind (CHK-Hahn, OR 63 N 4; Praxis 80 [1991] Nr. 16, E. 2a). Im Übrigen hat sich die Beklagte gemäss ihrer Darstellung mit den monatlichen Überweisungen von Fr. 3'649.– u.a. den gehobenen bis luxuriösen Lebensstil finanziert (Urk. 13 S. 6). Inwiefern es sich dabei um eine sittliche Pflicht des Klägers handeln soll, legt die Beklagte nicht näher dar.

ff) Kann der Kläger beweisen, dass die fortgesetzten Zahlungen über Fr. 3'649.– versehentlich überwiesen wurden, ist somit davon auszugehen, dass sie ohne Rechtsgrund erfolgten (Urk. 49 S. 16 E. 4.2.6.3.).

Die Vorinstanz erwog zunächst zutreffend, der Kläger trage die Beweislast dafür, dass er vergass, den Dauerauftrag beim Umzug der Beklagten von Zürich nach I.____ aufzuheben, und er sich des Dauerauftrags nicht mehr bewusst war. Der Kläger habe hierfür u.a. seine Parteibefragung bzw. Beweisaussage und den Kundenberater der F.____, J.____, als Zeugen offeriert. Dieser Zeuge solle bestätigen, dass der Kläger von ihm im März 2015 auf den Dauerauftrag angesprochen worden sei, sich an den Dauerauftrag erinnert und diesen aufgehoben habe. Auch solle er die klägerische Behauptung bestätigen, dass der Kläger nie die Absicht gehabt habe, Zahlungen nach Beendigung des Mietverhältnisses E.____-Strasse zu leisten, und dass dieser Dauerauftrag aus Versehen, ohne den Willen des Klägers erfolgt sei (Urk. 49 S. 17). Auf die Befragung des angebotenen Zeu-

gen sei – so die Vorinstanz weiter – in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten. Allein vom Hinweis des Kundenberaters auf den Dauerauftrag auf ein Versehen des Klägers zu schliessen, ginge viel zu kurz. Sodann sei davon auszugehen, dass J. _____ als Zeuge kaum etwas zur Erforschung des inneren Willens des Klägers bzw. des Versehens des Klägers werde beitragen können. Die als Beweismittel eingereichten Belastungsanzeigen vermöchten ein Versehen des Klägers ebenfalls nicht zu beweisen. Die als Beweismittel offerierte Partei- bzw. Beweisaussage des Klägers sei schliesslich naturgemäss von beschränkter Bedeutung, sei doch davon auszugehen, dass der Kläger die in den Parteivorträgen gemachten Ausführungen bestätigen werde, weshalb nicht mit neuen Erkenntnissen zu rechnen sei. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass sich der Kläger am vorliegenden Verfahren überhaupt nicht beteiligt habe. Er sei weder zur Instruktionsverhandlung vom 20. Januar 2016 noch zur Hauptverhandlung vom 11. Mai 2016 noch zur Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 13. September 2016 persönlich erschienen. Die Parteibefragung würde hingegen seine Anwesenheit voraussetzen. Der Beweis, dass er den Dauerauftrag vergessen habe und dieser aus Versehen weitergelaufen sei, gelinge dem Kläger nicht. Ein Irrtum aufseiten des Klägers sei deshalb ebenfalls zu verneinen (Urk. 49 S. 18).

Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Objektiv untaugliche Beweismittel, die den angestrebten Beweis gar nicht erbringen können, braucht das Gericht nicht abzunehmen. Subjektive Untauglichkeit liegt vor, wenn ein Beweismittel seiner Natur nach zur Erbringung des angestrebten Beweises an sich geeignet wäre, jedoch seine Abnahme im konkreten Fall als unergiebig oder nicht aussichtsreich erscheint. Die Verweigerung der Abnahme eines beantragten Beweismittels wegen subjektiver Untauglichkeit impliziert eine antizipierte Beweiswürdigung, indem einem Beweismittel noch vor dessen Abnahme die Beweiskraft abgesprochen wird. Dabei ist grösste Zurückhaltung angebracht, lässt sich doch der Beweiswert ohne Erhebung des Beweismittels nicht zuverlässig abschätzen. Bestehen nur Zweifel an der Tauglichkeit eines beantragten Beweismittels, so darf die Abnahme deswegen allein nicht verweigert werden.

Erst recht geht es nicht an, bestimmten Beweismitteln von vornherein generell die Beweiseignung abzusprechen (Hasenböhler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 152 N 19 ff.; BK ZPO-Brönnimann, Art. 152 N 18 f.). Das Gericht hat bei der antizipierten Beweiswürdigung den gleichen Beweisgrad anzuwenden wie für die Beurteilung der Sache. Es muss mit anderen Worten in gleichem Masse überzeugt sein, dass der beantragte Beweis überflüssig ist. Das kann es im ordentlichen Verfahren nur, wenn es auf Grund der Würdigung der bereits erhobenen Beweise der festen Überzeugung ist, der Beweis sei unumstösslich bereits erbracht. Wo das Gericht bloss auf die allgemeine Lebenserfahrung, auf allgemeine tatsächliche Vermutungen oder auf Indizien abstellt, darf es einen frist- und formgerecht angebotenen und tauglichen Beweis nicht ablehnen (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 119).

Parteibefragung und Beweisaussage sind gesetzlich vorgesehene, objektiv taugliche Beweismittel (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO). Der Richter bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Daraus folgt das Verbot fester Beweisregeln. Soweit diese gesetzliche Pflicht zur freien Beweiswürdigung Platz greift, was vorliegend der Fall ist, ist es nicht zulässig, diesen gesetzlich vorgesehenen Beweismitteln von vornherein jeden Beweiswert, also jede Überzeugungskraft abzusprechen (BGE 143 III 297, E. 9.3.2 S. 333). Schon gar nicht kann dies damit begründet werden, dass der Kläger persönlich nicht an den Gerichtsverhandlungen teilnahm. Ebenso erscheinen die Aussagen des Zeugen J._____ nicht von vornherein als untauglich, zum angestrebten Beweis zumindest etwas beizutragen. So kann er allenfalls etwas dazu aussagen, wie der Kläger auf die Mitteilung vom Dauerauftrag reagierte, ob er monatliche Belastungsanzeigen erhielt und ob er den Namen und die Adresse der Beklagten auf dem Dauerauftrag anpasste.

Der strittige rechtserhebliche Sachverhalt wird demnach durch Abnahme der von den Parteien frist- und formgerecht anbotenen Beweismittel abzuklären sein, wozu entgegen der Behauptung der Beklagten (Urk. 56 S. 14 Rz 77) u.a. die Parteibefragung bzw. Beweisaussage des Klägers gehört (vgl. Urk. 35 S. 6 und 8). Vor der Beweisabnahme sind die erforderlichen Beweisverfügungen zu treffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und wird

bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt (Art. 154 ZPO). Bei der Beweismwürdigung wird zu prüfen sein, ob die vom Kläger behaupteten tatsächlichen Vermutungen (vorangehende lit. bb) als Erfahrungssätze zu berücksichtigen sind (Art. 151 ZPO; BGer 5A_835/2012 vom 16. Mai 2013, E. 5a; BGE 123 III 241, E. 3a).

gg) Die angefochtenen Dispositiv-Ziffern des vorinstanzlichen Entscheids sind aufzuheben. Da der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist und für den Fall, dass die Überweisungen rechtsgrundlos erfolgten, auch über den Umfang der Rückerstattung entschieden werden muss, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c).

V.

Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf Fr. 8'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GebV OG). Im Übrigen wird die Vorinstanz über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens gemäss Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden haben.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Entscheid des Bezirksgerichts Uster vom 13. September 2016 bezüglich Dispositiv-Ziffer 2 am 24. August 2017 rechtskräftig geworden ist.
2. Im Übrigen wird der Entscheid des Bezirksgerichts Uster vom 13. September 2016 aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Verfahrensergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.

4. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der Vorinstanz überlassen. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 11'300.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 164'205.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. November 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
bz