

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin
MLaw K. Peterhans

Beschluss und Urteil vom 17. Mai 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____

gegen

1. B. _____ AG,

2. C. _____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ und / oder

Rechtsanwältin Dr. iur. HSG, LL.M. Y2. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Januar 2018
(CG160028-G)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 27 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 1 CHF 50'000.00 zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit dem 11. Februar 2016;

eventualiter sei die unter dem Letter of Intent vom 15. Juni 2015 geleistete Anzahlung von CHF 50'000 gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR angemessen richterlich herabzusetzen und der Beklagte im Mehrumfang (CHF 50'000 – richterlich herabgesetzte Anzahlung) zur Bezahlung nebst Zins zu 5% seit dem 11. Februar 2016 an die Klägerin 1 zu verpflichten;

subeventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 2 CHF 50'000.00 zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit dem 11. Februar 2016;

sub-subeventualiter sei die unter dem Letter of Intent vom 15. Juni 2015 geleistete Anzahlung von CHF 50'000 gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR angemessen richterlich herabzusetzen und der Beklagte im Mehrumfang (CHF 50'000 – richterlich herabgesetzte Anzahlung) zur Bezahlung nebst Zins zu 5% seit dem 11. Februar 2016 an den Klägerin 2 [recte: Kläger 2] zu verpflichten;

2. es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 12. Februar 2016) der Rechtsvorschlag zu beseitigen und der Klägerin 1 Rechtsöffnung für CHF 50'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 11. Februar 2016 zu erteilen;

je unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Januar 2018:

1. Die Klage der Klägerin 1 wird abgewiesen.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 2 den Betrag von CHF 50'000.– zuzüglich Zins von 5% seit dem 13. April 2016 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage des Klägers 2 abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr der Klage der Klägerin 1 wird auf CHF 5'550.– festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten der Klage der Klägerin 1 werden ihr auferlegt. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin 1 geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von CHF 5'550.– verrechnet. Die von der Klägerin 1 geleisteten Barvorschüsse im Betrag von insgesamt CHF 200.– werden ihr zurückerstattet. Die Klägerin 1 wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen.
5. Die Entscheidgebühr der Klage des Klägers 2 wird auf CHF 5'550.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten der Klage des Klägers 2 werden dem Beklagten auferlegt.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 2 eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen.

(8./9. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge des Beklagten und Berufungsklägers:

(Urk. 96 S. 1)

Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 31.01.18 (Geschäftsnummer CG160028-G/U/Sv/ke) sei aufzuheben, soweit der Beklagte verurteilt worden ist,

1. dem Kläger zu 2) den Betrag von 50.000 CHF zuzüglich Zins von 5 % seit dem 13.04.16 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage des Klägers zu 2) abgewiesen;

2. die Gerichtskosten der Klage des Klägers zu 2) zu zahlen;

3. dem Kläger zu 2) eine Parteientschädigung von 7.000 CHF zu bezahlen;

und die Klage sei abzuweisen.

Erwägungen:

I.

1. Die B. _____ AG (Klägerin) ist eine Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaft mit dem Zweck der Finanzierungsberatung von Unternehmen und Privatpersonen. Verwaltungsrat mit Einzelunterschriftsberechtigung der Klägerin war D. _____, der Sohn von C. _____ (Kläger). Der Kläger ist Verwaltungsrat mit Einzelunterschriftsberechtigung der E. _____ in Liquidation (nachfolgend E. _____ AG) mit Sitz in F. _____ AG. Der Beklagte ist Präsident des Verwaltungsrats mit Einzelunterschriftsberechtigung der Mediengesellschaft G. _____ AG mit Sitz in H. _____, welche das ...-Magazin "I. _____" produziert und vertreibt. Zudem besass der Beklagte das Verlagsunternehmen J. _____ Holding AG in Liquidation mit Sitz in H. _____.

Der Kläger, der Beklagte und K. _____ haben am 15. Juni 2015 einen *Letter of Intent* unterzeichnet. Dieser regelte die Zusammenarbeit der Parteien, um die J. _____ Holding AG unter neuem Namen und in einer neuen Struktur gemeinsam weiterzuentwickeln. Die Umstrukturierung war in drei Schritten geplant. Erstens sollte ein Kaufvertrag zwischen den Parteien des *Letter of Intent* abgeschlossen werden, wonach der Kläger 500'000 Inhaberaktien und K. _____ 250'000 Inhaberaktien der J. _____ Holding AG vom Beklagten erwerben würden. Zweitens war vorgesehen, dass eine Gesellschaft namens G. _____ AG nach schweizerischem Recht gegründet werden sollte. Drittens sollten die Parteien einen Aktionärsbindungsvertrag abschliessen. In der Folge erhielt der Beklagte eine Anzahlung von CHF 50'000.-, und zwar CHF 21'000.- von der Klägerin und CHF 29'000.- von der E. _____ AG. Die im *Letter of Intent* vorgesehene Kooperation kam nicht zustande. Die Kläger verlangen mit der vorliegenden Klage vom Beklagten die Rückerstattung der Anzahlung. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Kläger, nicht aber die Klägerin Vertragspartei des *Letter of Intent* gewesen sei. Aus diesem ergebe sich kein Rückerstattungsanspruch, jedoch hätten der Kläger und der Beklagte vereinbart, dass letzterer die geleistete Anzahlung zurückerstatte.

Die Vorinstanz wies daher die Klage der Klägerin ab und hiess diejenige des Klägers gut. Die Berufung des Beklagten richtet sich gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung.

II.

Die Klage wurde mit Eingabe vom 11. Juli 2016 unter Beilage der Klagebewilligung vom 24. Mai 2016 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1 und 2). Der Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden. Nach Durchführung eines Beweisverfahrens erging am 31. Januar 2018 das angefochtene Urteil (Urk. 97). Gegen dieses hat der Beklagte mit Berufungsschrift vom 5. März 2018 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 95/1, Urk. 96). Mit Präsidialverfügung vom 16. März 2018 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 5'550.– zu leisten (Urk. 99). Der Vorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 100). Eine Berufungsantwort wurde in Anwendung von Art. 312 Abs. 1, 2. Halbsatz, ZPO nicht eingeholt.

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., 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 ent-

halten 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., Art. 311 N 36). 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).

2. Die Vorinstanz hat die Klage der Klägerin abgewiesen. Dies ist unangefochten geblieben und daher in Rechtskraft erwachsen. Davon ist Vormerk zu nehmen.

IV.

1. Ziff. 1 des *Letter of Intent* lautet wie folgt (Urk. 5/3):

„Kaufvertrag für Aktien zwischen A. _____ [Beklagter] als Verkäufer einerseits und C. _____ [Kläger] und K. _____ [K. _____] als Käufer anderseits:

- Das Kapital von J. _____ Holding besteht aus 2'500[0]'000 Inhaberaktien à nom CHF 1,00, die sich vollständig im Besitz von A. _____ befinden.
- Der Verkäufer verkauft und der Käufer zu 1 erwirbt 500'000 Inhaberaktien der Gesellschaft zu nominal 500'000 CHF und der Käufer zu 2 erwirbt 250'000 Inhaberaktien der Gesellschaft zu nominal 250'000 CHF.
- Der Kaufpreis beträgt CHF 500'000 bzw. CHF 250'000

- Der Kaufpreis wird gemäss bei Vertragsunterzeichnung bzw. Valuta spätestens 30.6.2015 mit 10 % angezahlt.
- ...
- ...
- Der Vertrag gilt unter der Voraussetzung der erfolgreichen Realisierung aller drei Verträge und wird im Falle des Mislingens – mit Ausnahme der erfolgten Anzahlungen von je 10 % – rückwärts abgewickelt.
- ...“

Am Ende des *Letter of Intent* heisst es:

„Dieser Vertrag geht aus von der Annahme von Abschluss der drei Verträge bis 31.12.2015. Danach sind die Parteien wieder frei, es sei denn, eine Verlängerung werde durch schriftliche Übereinkunft beschlossen.“

2. a) Die Vorinstanz erwog, der Kläger und der Beklagte seien sich über den Ausstieg des ersteren aus dem Projekt einig gewesen. Die Rückabwicklung sei von ihnen diskutiert worden. K. _____ sei nicht involviert gewesen, schein aber zumindest nichts gegen den Ausstieg des Klägers gehabt zu haben. Zu klären bleibe, ob der Beklagte und der Kläger vereinbarten, dass die von diesem an den Beklagten geleistete Anzahlung zurückzuzahlen sei oder ob sie vom Beklagten einbehalten werden dürfe (Urk. 97 S. 20 f.).

Dazu formulierte die Vorinstanz mit Beschluss vom 8. Mai 2017 als Hauptbeweise des Klägers Folgendes (Urk. 54 S. 5):

- „3.1 Anlässlich eines auf das E-Mail von D. _____ an den Beklagten vom 20. Oktober 2015 (act. 28/5c) folgenden Mittagessens in Berlin am 28. Oktober 2015 einigten sich der Beklagte und D. _____, handelnd für die Klägerin 1, ausdrücklich auf eine Rückabwicklung des *Letter of Intent* gegen Rückführung der namens und für Rechnung der Klägerin 1 geleisteten Anzahlung im Betrag von CHF 50'000.– in voller Höhe, was gemäss dem Beklagten ‚kein Problem‘ sei.
- 3.2 Mit E-Mail vom 17. November 2015 (act. 5/9) bestätigte der Beklagte die Einigung zwischen ihm und der Klägerin 1, die Anzahlung von CHF 50'000.– mit dem Rücktritt vom Vertrag zurückzubezahlen und stimmte der Rückzahlung zu.“

Als Hauptbeweismittel sah die Vorinstanz im gleichen Beschluss die "persönliche Befragung" von „D. _____, Klägerin 1“ sowie die Urkunden 5/3, 5/7-9, 28/5c, 28/5d und 28/5e, als Gegenbeweismittel des Beklagten die Urkunden 33/1 und 5/12 vor. Weshalb die Vorinstanz zum Beweisthema K. _____ als Zeugen be-

fragte, begründete sie nicht. Allerdings konnte K._____ ohnehin keine sachdienlichen Angaben machen (Urk. 97 S. 22 E. 17 und S. 23 E. 17.3).

b) Zur Beweiswürdigung führte die Vorinstanz aus, D._____ habe sich in einer ersten E-Mail (Urk. 28/5d) am 29. Oktober 2015, d.h. ein Tag nach dem Mittagessen in Berlin, an den Beklagten gewandt. In dieser Nachricht spreche D._____ "die Rückführung des Vorschusses" an und "erbitte(t)" vom Beklagten deren zeitnahe Vornahme. Der Beklagte habe diese E-Mail zunächst nicht beantwortet und somit die Rückzahlung des Vorschusses weder bestätigt noch verweigert, wie er auch selbst zutreffend ausführe. Er habe sich erst am 12. November 2015 wieder per E-Mail (Urk. 5/6) gemeldet und vom Kläger die formale Rücktrittserklärung gefordert, welche dieser mit E-Mail vom 14. November 2015 (Urk. 5/7) in Aussicht gestellt habe. In Antwort auf letztere E-Mail habe der Beklagte in einer weiteren E-Mail vom 17. November 2015 (Urk. 5/9) was folgt festgehalten: "Lieber C._____, zurückkommend auf den Rücktritt und die Aktionen von deinem Sohn D._____ waren wir bereit Dir das Geld an die Kanäle aus denen es gekommen ist zurück zu zahlen [sic]." Der Beklagte führe in der gleichen Nachricht sodann an, Pfändungen stünden der Auszahlung entgegen und die Auszahlung würde von Dritten blockiert. Der Kläger solle doch einfach dafür sorgen, dass er, der Beklagte, an ihn auszahlen könne.

Im Rahmen der Parteibefragung, so die Vorinstanz weiter, habe der Kläger zu Protokoll gegeben, der Beklagte habe die Rückzahlung der Anzahlung anlässlich des Mittagessens vom 28. Oktober 2015 akzeptiert und erklärt, dies stelle kein Problem dar. Die einzige Bedingung des Beklagten sei gewesen, dass er das Geld auf die gleichen Konten habe zurückzahlen wollen, von denen er es erhalten habe. Der Beklagte habe ausgesagt, D._____ habe anlässlich dieses Mittagessens die Anzahlung in ein Darlehen umwandeln wollen, das habe er jedoch entschieden abgelehnt. An anderer Stelle gebe der Beklagte zu verstehen, er habe wohl gesagt, dass das Geld allenfalls zurückbezahlt werden könne, wenn es zu einer Einigung käme. Dazu sei es im Nachgang jedoch nicht gekommen. Auf die explizite Frage, weshalb der Beklagte in seiner E-Mail festgehalten habe, man sei zur Rückzahlung bereit gewesen ("waren wir bereit..."), habe der Beklagte

entgegnet, das Wort "waren" sei in der Vergangenheitsform und heisse nicht, dass es effektiv so gewesen sei. Überdies müsse diese Aussage im Kontext der ganzen E-Mail gelesen werden.

Gemäss Vorinstanz enthält die E-Mail des Beklagten eine deutliche Aussage über seine Absicht, die Gelder an den Kläger zurückzuzahlen. Im Lichte dieser Nachricht liege der Schluss sehr nahe, dass sich die Parteien tatsächlich über die Rückzahlung der Anzahlung geeinigt hätten bzw. der Beklagte damit einverstanden gewesen sei. Das decke sich mit den Aussagen von D._____. Dieser habe detailreich geschildert, was anlässlich des Mittagessens zwischen ihm und dem Beklagten im Oktober 2015 in Berlin gemäss seiner Erinnerung besprochen worden sei. Auch wenn D._____ mancherorts eingestehe, sich an gewisse Einzelheiten nicht konkret zu erinnern, liessen sich die Aussagen zu einem stimmigen Gesamtbild zusammenfügen. Daraus lasse sich schliessen, dass die Rückzahlung der Anzahlung anlässlich des erwähnten Gesprächs tatsächlich thematisiert und darüber auch eine Einigung erzielt worden sei. Demgegenüber seien die diesbezüglichen Aussagen des Beklagten im Rahmen der Parteibefragung bei näherer Betrachtung nicht stichhaltig. Zwar äussere sich der Beklagte in der erwähnten E-Mail tatsächlich in der Vergangenheitsform über die Bereitschaft der Rückzahlung ("waren wir bereit ..."). Entgegen der Aussage des Beklagten sei diese Form jedoch nicht Ausdrucksmittel einer bloss hypothetischen Vorgehensweise, sondern vielmehr einer vergangenen Tatsache. Bemerkenswert sei zudem, dass sich der Beklagte in seiner E-Mail vom 17. November 2015 explizit über die Frage der Rückzahlung der Anzahlung geäussert habe, obwohl in der vorangehenden Nachricht des Klägers nur allgemein von der Rückabwicklung des *Letter of Intent* die Rede sei. Auch das deute darauf hin, dass sich der Beklagte der Thematik der Rückzahlung bewusst und damit einverstanden gewesen sei. Es sei im Übrigen kaum nachzuvollziehen, welchen Zweck die Parteien mit der von ihnen explizit angestrebten "Rückabwicklung" verfolgt hätten, wenn die Rückzahlung der Anzahlung davon ausgenommen werden sollte. Wie die Kläger zurecht vorbrächten, sei nicht ersichtlich, welche weiteren Punkte einer Rückabwicklung bedurft hätten. Der Beklagte habe auf die entsprechende Frage keine nachvollziehbare Begründung anbringen können. Wie die Kläger argumentieren würden, spreche zudem

das Antwortschreiben des Beklagten vom 10. Februar 2016 (Urk. 5/12) auf das Mahnschreiben der Klägerin vom 1. Februar 2016 (Urk. 5/11) dafür, dass der Beklagte akzeptiert habe, dem Kläger die Rückzahlung der Anzahlung zu schulden. Zwar werde in diesem Schreiben bestritten, dass ein Schuldverhältnis zwischen dem Beklagten und der Klägerin bestehe. Nur der Kläger sei Vertragspartei des *Letter of Intent*. Der Beklagte führe in der Folge jedoch an, dass "nach Klärung dieses Sachverhalts die gegenseitigen Forderungen einander gegenüber gestellt werden" könnten (vgl. Urk. 5/12). Inwiefern dem Kläger aus dem Rechtsgeschäft des *Letter of Intent* eine andere Forderung als die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung zustehen sollte, sei unerfindlich. Dies umso mehr, als im vorerwähnten Schreiben der Klägerin – wie auch in sämtlicher vorangehender Kommunikation des Klägers und des Beklagten – nur die Rückzahlung der Anzahlung als möglicher Anspruch thematisiert worden sei.

Damit stehe als Beweisergebnis fest, dass sich die Parteien über die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von CHF 50'000.– geeinigt hätten, der Beklagte danach jedoch seine Meinung geändert und nicht mehr habe zurückzahlen wollen. Ohne Einverständnis des Klägers habe der Rückabwicklungsvertrag in diesem Punkt bzw. die vereinbarte Rückzahlung jedoch nicht nachträglich abgeändert werden können. Denn entgegen den Ausführungen des Beklagten könne angesichts des deutlichen Wortlauts der genannten E-Mails und der überzeugenden Darstellung von D._____ nicht davon ausgegangen werden, der Beklagte habe bloss eine unverbindliche Absichtserklärung abgegeben. Die Parteien hätten sich über die Rückzahlung der Anzahlung geeinigt. Darauf sei der Beklagte zu behaupten. Die in der E-Mail des Beklagten vom 17. November 2015 angeführten Vorbehalte – Pfändungen gegen den Kläger, Ansprüche Dritter, etc. – stünden einer Rückzahlung nicht entgegen, was der Beklagte im Verfahren auch nicht mehr vorgebracht habe (Urk. 97 S. 22-25).

3. a) Richtig ist zunächst der Hinweis des Beklagten, dass der Kläger und K._____ beim Mittagessen in Berlin am 28. Oktober 2015 nicht dabei gewesen sind (Urk. 96 S. 2). Etwas anderes geht aus dem angefochtenen Entscheid nicht

hervor. Die Vorinstanz hat sich bei ihren Erwägungen weder auf Aussagen des Klägers noch von K._____ abgestützt.

b) aa) Zur „Zeugenaussage“ von D._____ bemerkt der Beklagte, dass es sich um den Sohn des Klägers handle und er den Rückzahlungsanspruch über seine Firma, die Klägerin, ebenfalls geltend gemacht habe. Der Zeuge habe also ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse. Unter Berücksichtigung der Klage der Klägerin gehe es bei dieser Klage wirtschaftlich um sein eigenes Geld. Nach der Lebenserfahrung dürfte dieser Umstand sein Erinnerungsvermögen durchaus beeinflussen, sodass die unkritische Übernahme seiner Erklärung, man habe sich beim Gespräch in Berlin über die Rückzahlung verständigt, zumindest einer Begründung bedürfte. Daran fehle es. Die Vorinstanz sei sich der Schwäche ihrer Argumentation bewusst gewesen. Ansonsten hätte sie wohl kaum formuliert: „Im Lichte dieser Nachricht liege der Schluss nahe, dass die Parteien sich tatsächlich über die Rückzahlung geeinigt haben ...“ (Urk. 96 S. 3).

bb) D._____ wurde von der Vorinstanz richtigerweise als Partei befragt (Art. 191 ZPO), da er damals Alleinaktionär der Klägerin war und massgeblichen Einfluss auf diese ausübte (Prot. I S. 38; vgl. Higi, DIKE-Komm-ZPO, Art. 159 N 8). Die Parteibefragung ist ein vollwertiges Beweismittel. Aufgrund der Interessenlage kann der Beweiswert von Parteiaussagen reduziert sein. Entscheidend ist aber die Wertung der vorhandenen Beweismittel im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 41; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 34). Die Vorinstanz hat ihren Schluss, die Rückzahlung der Anzahlung sei anlässlich des Mittagessens thematisiert und darüber sei eine Einigung erzielt worden, daraus gezogen, dass D._____ das Gespräch „detaillreich geschildert“ habe, sich die Aussagen zu einem „stimmigen Gesamtbild“ zusammenfügen liessen und sich seine Aussagen mit der E-Mail des Beklagten decken würden. Darüber hinaus hat die Vorinstanz die Aussagen des Beklagten als nicht stichhaltig bezeichnet, dies begründet und auch Urk. 5/12, ein Schreiben des Beklagten vom 10. Februar 2016, in die Beweiswürdigung miteinbezogen (Urk. 97 S. 23 f.). Die Vorinstanz hat also korrekterweise die Aussagen von

D._____ auf ihre Überzeugungskraft hin geprüft und eingebettet in die übrigen Beweisergebnisse gewürdigt.

cc) Der Beklagte macht geltend, D._____ habe in seiner Einvernahme mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass er sich an Einzelheiten des Berliner Gesprächs nicht mehr genau erinnern könne (Urk. 96 S. 5). Allerdings fehlt ein Aktenverweis, wo D._____ das gesagt haben soll, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

c) aa) Der Beklagte wirft die Frage auf, welche Parteien sich nach Auffassung der Vorinstanz geeinigt haben. D._____ habe die Klägerin mit der Begründung klagen lassen, sie sei die Forderungsinhaberin. Folgerichtig sei er bis zum Urteil der Vorinstanz davon ausgegangen, die Forderung stehe der Klägerin und wirtschaftlich mithin ihm zu. Es sei nicht ersichtlich, dass er beim Gespräch in Berlin eine andere Meinung gehabt haben könnte. Er habe dies nicht vorgetragen, sodass er in Berlin mangels abweichender eigener Behauptung ebenfalls für die Klägerin gesprochen habe. Gegenstand des Gesprächs sei ein Dienstleistungsangebot der Klägerin gewesen. Sie und D._____ hätten dem Beklagten die Kapitalbeschaffung angeboten. Ein abschliessendes Ergebnis habe man in dem Gespräch offensichtlich nicht formuliert, was sich zwingend aus der E-Mail vom 29. Oktober 2015 ergebe. Nach Rücksprache mit L._____ [recte wohl: C._____] habe er nämlich als Erstes mitgeteilt, dass er von seinem diesbezüglichen Angebot Abstand nehme. Er fahre fort: „In diesem Sinne würde ich (B._____ AG) gerne die Rückführung des Vorschusses zu einer Beteiligung, die nun nicht stattfindet, seitens uns, mit dir ansprechen.“ Darin komme die zeitliche Reihenfolge zum Ausdruck. Nachdem die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und dem Beklagten nicht mehr zustande komme, möchte er die Rückführung des Vorschusses ansprechen. Es würden Vorschläge zur Zahlungsweise mit der abschliessenden Frage folgen: „Können wir das so machen bis zum 6.11.?“ Dieser Wortlaut lasse mitnichten erkennen, dass man sich am Tag zuvor abschliessend über die Rückführung des Vorschusses geeinigt habe. Das Gegenteil sei der Fall. Schon gar nicht lasse sich hineininterpretieren, dass D._____ tags zuvor für den Kläger eine abschliessende Vereinbarung getroffen habe. D._____ habe in Berlin offensicht-

lich eigene Interessen wahrgenommen, weil er der Meinung gewesen sei, ihm stünden eventuelle Rückzahlungsansprüche zu, der Vater habe unter Hinweis auf das Kürzel „i.A.“ bei der Unterzeichnung des *Letter of Intent* für seine Firma gehandelt. D. _____ habe nicht vorgetragen, dass er mit Vollmacht für den Kläger gehandelt habe und auch keine Vollmacht vorgelegt. In seiner E-Mail vom 17. November 2015 an den Kläger sei der Beklagte auf die fehlende Bevollmächtigung zu sprechen gekommen. Wörtlich habe der Beklagte ausgeführt: „Weiterhin möchte ich dir mitteilen, dass ich nicht mit deinem Sohn D. _____ über Interner mit ihm sprechen kann ohne eine Vollmacht zu haben ...“ Beim Gespräch in Berlin sei daher keine Rückzahlungsvereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beklagten zustande gekommen. (Urk. 96 S. 3 ff.).

bb) Die Kläger hatten in der Klagebegründung ausgeführt, D. _____ habe gegenüber dem Beklagten erstmals anlässlich eines gemeinsamen Mittagessens am 28. Oktober 2015 erklärt, von der im *Letter of Intent* vorgesehenen Kooperation Abstand nehmen zu wollen. Daraufhin habe der Beklagte mit E-Mail vom 12. November 2015 vorgeschlagen, dass der Kläger vom *Letter of Intent* zurücktrete und die ihm überlassenen Unterlagen und Visitenkarten zurückgebe gegen Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von CHF 50'000.–. Wie vom Beklagten erbeten, sei der Kläger einerseits mittels einer auf dem *Letter of Intent* angebrachten Erklärung und andererseits per E-Mail vom 14. November 2015 zurückgetreten und habe die Rückzahlung der CHF 50'000.– verlangt (Urk. 2 S. 7). Im E-Mail vom 17. November 2015 an den Kläger habe der Beklagte der Rückzahlung explizit zugestimmt (Urk. 2 S. 8).

In der Replik machten die Kläger geltend, anlässlich des besagten Essens hätten sich die Klägerin und der Beklagte auf eine Rückabwicklung des *Letter of Intent* geeinigt. Und zwar hätten sie sich ausdrücklich auf einen Rücktritt gegen Rückführung der namens und für Rechnung der Klägerin geleisteten Anzahlung in voller Höhe geeinigt, was gemäss dem Beklagten „kein Problem“ sei (Urk. 27 S. 8). Dies war Beweisthema von Beweissatz 3.1. Weiter hatten die Kläger ausgeführt, mit E-Mail vom 17. November 2015 habe der Beklagte ausdrücklich die Einigung zwischen ihm und der Klägerin bestätigt, die Anzahlung von CHF 50'000.–

gegen Rücktritt zurückzubezahlen (Urk. 27 S. 10). Dies war Beweisthema von Beweissatz 3.2. An wen die Rückzahlung zu leisten sei, kommt aus diesen Behauptungen nicht explizit zum Ausdruck. Die Kläger schrieben denn auch, es könne kein Zweifel darüber bestehen, dass sich Beklagter und Kläger auf eine Rückzahlung der Anzahlung geeinigt hätten. Daran ändere nichts, dass der Beklagte in der Folge verschiedene substanzlose, bestrittene und nicht belegte Ausreden bemüht habe, um *den Klägern* [Hervorhebung durch das Gericht] die Rückzahlung zu verweigern (Urk. 27 S. 10). Primär verlangten sie aber Rückzahlung an die Klägerin, welche sie anstelle des Klägers als Partei des *Letter of Intent* betrachteten (Urk. 27 S. 24 f.).

cc) Der Beklagte bestätigte in seiner Parteibefragung, dass anlässlich des Mittagessens über die Anzahlung von CHF 50'000.– gesprochen worden sei. D._____ habe bereits eine E-Mail geschickt gehabt, worin er die Absicht erklärt habe, diese Anzahlung in ein Darlehen umzuwandeln. Diese E-Mail bzw. der skurrile Vorschlag von C._____ sei besprochen worden. Er, der Beklagte, habe gesagt, dass er an diesem Vorschlag nicht interessiert sei. Er sei nur erstaunt gewesen über die Vorschläge. Er könne sich nicht erinnern, dass sie sich einig gewesen seien, dass das Projekt abgebrochen werden sollte (Prot. I S. 63 f.).

Gemäss D._____ hätten sie bei diesem Treffen hauptsächlich versucht zu klären, ob sein Angebot, sich um die Finanzierung zu kümmern, angenommen werde. Dies wäre kostenpflichtig gewesen. Sie (C._____ spricht jeweils in der Mehrzahl) hätten eine Gebühr verrechnet, falls es ihnen gelungen wäre, ein Investment zu bekommen. Diese Gebühr hätte es ermöglicht, die restlichen 90 % der Aktien zu bezahlen. Der Beklagte habe das Angebot nicht annehmen wollen. Er habe gesagt, er habe ein gutes Netzwerk und es sei für ihn unproblematisch, aus eigener Kraft CHF 5-6 Millionen zu beschaffen. Sie seien sich dann einig gewesen, dass es unter diesen Umständen wohl besser sei, die Zusammenarbeit aufzulösen. Dann hätten sie gesagt, dass sie sich an dieser Stelle trennen und den *Letter of Intent* inkl. Anzahlung rückabwickeln würden. Es gebe bezüglich des Gesprächs eine Notiz, weil er (D._____) nach Meetings stets aufschreibe, was besprochen worden sei. Der Beklagte habe gesagt, die Beendigung des Projekts

sei kein Problem und sie könnten alles rückabwickeln. Es sei ihm lediglich wichtig, dass er die Gelder in den gleichen Kanälen bzw. über die gleichen Konten bezahlen könne. Das habe ihn (D._____) verwundert, sei aber kein Problem gewesen. Es sei ihm bewusst gewesen, dass die Gesellschaft des Klägers, die E.____ AG, einen Teil der Anzahlung geleistet habe, weil es so schnell gehen müssen. Die Klägerin habe das danach ausgeglichen und den entsprechenden Betrag der E.____ AG überwiesen. Der Beklagte habe sich diesbezüglich offenbar nicht wohl gefühlt. Das sei aber alles in Ordnung gewesen, und er hätte auch an die E.____ AG zurückzahlen können (Prot. I S. 46 ff.).

Die E-Mail vom 29. Oktober 2015 lautet wie folgt (Urk. 28/5d):

„Lieber A._____

Vielen Dank für die feine Lunch-Einladung und Dein offenes Gespräch gestern!

Gerne komme ich darauf – auch nach Rücksprache mit C._____ – wie folgt zurück:

Die Zeit der Refinanzierung ist noch nicht so reif und auch C._____ dürfte in den kommenden Monaten stärker absorbiert sein, sodass es ratsam ist, von unserem Angebot Abstand zu nehmen.

Hinzu kommt, dass es (Unterlagen vorausgesetzt) auch nicht so schwierig sein dürfte, um das Kapital in Eurem eigenen Netzwerk zu beschaffen.

In diesem Sinne würde ich (B.____ AG) gerne die Rückführung des Vorschusses zu einer Beteiligung, die nun nicht stattfindet seitens uns, mit Dir ansprechen.

Hierfür erbitten wir in der kommenden Woche die folgenden beiden Rücküberweisungen, welche Dir C._____ morgen noch mit Kontodetails angeben würde:

- 1.) Rückzahlung der Auslage der E.____ AG über CHF 29.000 (einfache Rückführung)
- 2.) Rückzahlung der Privatauslagen über ein Berlinkonto und durch Bargeld von mir (dies haben wir bereits als Auslage der B.____ AG gebucht).

Hier wäre dann eine Überweisung über CHF 21.000 zu Gunsten der B.____ AG richtig.

Können wir das so machen bis zum 6.11.?

Ich hoffe, dass wir damit Klarheit über die Versuche einer Zusammenarbeit geschaffen haben und wir drücken Dir weiterhin alle Daumen für ein gutes Gelingen und stehen Dir für Fragen zu Deinem Vorhaben als Freunde immer wieder gerne zur Verfügung.

Mit besten Grüßen aus ...,

D. _____“

Die E-Mail erweckt den Eindruck, dass es – nach Rücksprache mit dem Kläger – nur noch der definitiven Absage durch D. _____ bedurfte, um die Zusammenarbeit gemäss *Letter of Intent* zu beenden. Als Folge davon spricht D. _____ die Rückzahlung der CHF 50'000.– an und stellt in Aussicht, dass der Kläger am nächsten Tag die Kontodetails übermitteln werde. Wenn D. _____ schreibt, er würde gerne die Rückführung des Vorschusses ansprechen, dann bedeutet das nicht zwingend, dass die Rückzahlung ein Tag zuvor nicht zur Sprache gekommen war, denn in der E-Mail erwähnt D. _____ die Rückzahlung erstmals. Die Frage, ob das bis zum 6.11. machbar sei, muss sich nicht auf die grundsätzliche Bereitschaft des Beklagten zur Zahlung beziehen, sondern kann eine (höfliche) Zeitvorgabe für die Rückzahlung sein. Richtig ist, dass sich aus dieser E-Mail nicht ableiten lässt, D. _____ und der Beklagte hätten sich tags zuvor über die Rückzahlung geeinigt. Das hat die Vorinstanz auch nicht behauptet.

dd) Aus den Aussagen von D. _____ und der E-Mail des Beklagten vom 17. November 2015 (Urk. 5/9; s. vorn Ziff. IV/2/b) ergibt sich, dass dieser bereit war, die Anzahlung auf den Kanälen, aus denen sie geleistet worden war, zurückzuerstatten. Offenbar sah der Beklagte – im Einklang mit dem *Letter of Intent* – stets den Kläger und nicht die Klägerin als an der Rückforderung anspruchsberechtigt. Und er betrachtete D. _____ als Vertreter des Klägers. So führte der Beklagte in der Duplik aus, auch wenn D. _____ immer wieder eine Beteiligtenstellung der Klägerin ins Spiel gebracht habe, habe der Beklagte erwidert, dass der Kläger den Vorgängen zustimmen müsste. Dem Beklagten sei daran gelegen gewesen, dass der Kläger als natürliche Person Beteiligter gewesen sei und die formale Rückabwicklung in die Wege geleitet habe. Für den Beklagten sei D. _____ immer nur als Auftragnehmer des Klägers tätig geworden, nicht als Ver-

treter der Klägerin. Gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2015 sei die Klägerin selber davon ausgegangen, dass die Anzahlung nicht an sie zurückgezahlt werden musste, was sie offensichtlich habe ändern wollen. Bezeichnenderweise sei dieses Angebot vom Beklagten nicht angenommen worden (Urk. 31 S. 2 und 3).

Die Textpassage in der E-Mail vom 17. November 2015 zitiert der Beklagte nur unvollständig, heisst es doch dort (Urk. 5/9): „Weiterhin möchte ich dir mitteilen, das(s) ich nicht mit Deinem Sohn D._____ über Interner [gemeint Internet; vgl. Urk. 31 S. 2] mit Ihm sprechen kann ohne eine Vollmacht zu haben, den ich übrigens sehr schätze aber von Ihm aufgefordert werde unter Fristsetzung eine Rückzahlung an Ihn zu leisten.“ Anlass für den Beklagten, den Kläger auf die fehlende Vollmacht hinzuweisen, bildete offenbar die Aufforderung von D._____, die Rückzahlung an ihn zu leisten. Dies bestätigt, dass der Beklagte davon ausging, dass der Kläger Gläubiger der Rückforderung war, und steht keineswegs im Widerspruch dazu, dass der Beklagte auch ohne (schriftliche) Vollmacht D._____ als Auftragnehmer des Klägers betrachtete. Aus der nach dem Mittagessen in Berlin geführten Korrespondenz (Urk. 28/5d, 28/5e, 5/7 und 5/9) ergibt sich, dass D._____ dem Kläger das Angebot des Beklagten, die Rückzahlung auf den Kanälen vorzunehmen, auf denen die Anzahlung geleistet worden war, übermittelte und der Kläger dieses Angebot annahm. So wurde dem Beklagten mit E-Mail vom 30. Oktober 2015 mitgeteilt, wohin er die Zahlungen veranlassen sollte (Urk. 28/5e). Am 14. November 2015 teilte der Kläger dem Beklagten seinen Rücktritt vom *Letter of Intent* mit, stellte die Rückgabe der Arbeitsunterlagen in Aussicht und erwartete die Rückabwicklung (Urk. 5/7). Am 17. November 2015 bestätigte der Beklagte, dass er dem Kläger das Geld zurückzahlen möchte (Urk. 5/9): „Bitte Sorge doch einfach dafür, dass ich an Dich auszahlen kann, ohne das(s) ich mich als Drittschuldner haftbar mache.“

d) Auf die weiteren Ausführungen der Vorinstanz, weshalb sie zum Schluss kam, dass die Kläger den Beweis über die Einigung der Parteien über die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von CHF 50'000.– erbracht hätten, geht der Beklagte in seiner Berufungsschrift nicht ein. Im Ergebnis ist daher die Berufung

abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

V.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren nicht zuzusprechen, da der Beklagte unterliegt und den Klägern kein rechtserheblicher Aufwand entstanden ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 31. Januar 2018 rechtskräftig ist.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 31. Januar 2018 wird bestätigt, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 5'550.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage eines Doppels von Urk. 96, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 50'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. Mai 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

MLaw K. Peterhans

versandt am:
am