

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H. A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer
sowie Gerichtsschreiberin MLaw V. Stübi

Urteil und Beschluss vom 16. Oktober 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
29. Mai 2018 (CG160118-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

"Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 180'000.00 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus MWST zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 29. Mai 2018 (Urk. 60):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 180'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2012 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'950.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und mit den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 20'520.– zu bezahlen. Zudem hat er der Klägerin die Kostenvorschüsse von Fr. 11'950.– sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 1'040.– zu ersetzen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 59 S. 2):

1. Es sei Ziff. 1 des Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Zürich in der Geschäfts-Nr. CG160118 vom 29. Mai 2018 insoweit teilweise aufzuheben, als dass der Beklagte und Berufungskläger zu verpflichten sei, der Klägerin und Berufungsbeklagten CHF 120'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 zu bezahlen.
2. Es seien Ziff. 2.-5. des Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Zürich in der Geschäfts-Nr. CG160118 vom 29. Mai 2018 vollständig aufzuheben und die Entscheidgebühr, die Kostenverteilung und die Parteientschädigung ausgangsgemäss nach dem Obsiegen respektive Unterliegen der Parteien neu festzusetzen.

Eventualiter sei die Sache zur Neufestsetzung der Entscheidgebühr, der Kostenverteilung und der Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die C1._____ GmbH (früher: C2._____ GmbH) betreibt ein Café an der D._____ -Strasse. Alleinige Inhaberin des Geschäfts war E._____. Per 1. August 2011 verkaufte sie dieses an den Beklagten. Der Vertrag vom 15. Juli 2011 betreffend Übertragung des Stammanteils weist einen "offiziellen" Kaufpreis von Fr. 900'000.– aus (Urk. 4/2). Dieser Betrag wurde bezahlt (Urk. 4/7). Mit separater handschriftlicher Bestätigung – ebenfalls vom 15. Juli 2011 – verpflichtete sich der Beklagte, weitere Fr. 300'000.– an E._____ zu bezahlen. Davon wurden am 10. Oktober 2011 und am 21. Dezember 2011 je Fr. 60'000.– abbezahlt (Urk. 4/6). Eine weitere angebliche Zahlung vom 5. September 2011 ist umstritten.

Am 1. Oktober 2014 trat E._____ ihre Forderung gegenüber dem Beklagten an F._____ ab (Urk. 4/8). Am 15. Juni 2015 trat dieser die Forderung an die Klägerin ab (Urk. 4/9).

2. Mit Urteil vom 29. Mai 2018 wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 180'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 zu bezahlen, unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (Urk. 60 S. 11).

Mit Eingabe vom 5. Juli 2018, hier eingegangen am 9. Juli 2018, erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 59 S. 2). Mit Verfügung vom 14. August 2018 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 6'350.-- zu bezahlen (Urk. 65). Da der Kostenvorschuss innert Frist nicht einging, wurde dem Beklagten am 4. September 2018 eine Nachfrist für die Bezahlung des Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 66). Innert dieser Nachfrist stellte der Beklagte mit Eingabe vom 11. September 2018 das Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Urk. 68). Der inzwischen fälschlicherweise von der Gegenpartei einbezahlte Kostenvorschuss wurde dieser mit Verfügung vom 2. Oktober 2018 wieder zurückerstattet (Urk. 78). Mit Schreiben vom 24. September 2018 äusserte sich die Klägerin unaufgefordert zum Armenrechtsbegehren des Beklagten (Urk. 76).

Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt lediglich noch Fr. 60'000.-- zuzüglich Zinsen, da der Beklagte die Forderung im Umfang der weiteren Fr. 120'000.-- nicht angefochten hat. Da die Berufung die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge hemmt (Art. 317 Abs. 1 ZPO), ist Dispositivziffer 1 des Urteils im Umfang von Fr. 120'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

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 aufzu-

stellen. 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). 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).

Wer sich auf neue Tatsachen beruft (Art. 317 Abs. 1 ZPO), hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34).

III.

1. Die Vorinstanz ging in ihrem Urteil von einem von den Parteien wirklich gewollten (dissimulierten) Kaufpreis von insgesamt Fr. 1'200'000.-- aus (Urk. 60 S. 4 f.). Sie nahm an, dass entgegen den Behauptungen des Beklagten keine Teilnichtigkeit bezüglich der Zusatzforderung von Fr. 300'000.-- gegeben sei. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass ein rechtsgültiger Vertrag über einen Kaufpreis von Fr. 1'200'000.-- für die C1. _____ GmbH zustande gekommen sei (Urk. 60 S. 6). Diese Ausführungen der Vorinstanz wurden vom Beklagten im Berufungsverfahren nicht gerügt. Er erklärte ausdrücklich, dass diese nicht Gegenstand der Berufungsbegründung seien (Urk. 59 S. 4). Die Vorinstanz ging weiter davon aus, dass eine Minderung des Kaufpreises, wie sie vom Beklagten geltend gemacht wurde, nicht in Betracht komme (Urk. 60 S. 6 ff.). Auch diese Erwägungen wurden vom Beklagten im Berufungsverfahren explizit nicht gerügt (Urk. 59 S. 4).

2.a) Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet demgemäss einzig noch die Frage, ob der Beklagte nebst den beiden anerkannten Barzahlungen bereits am 5. September 2011 eine erste Barzahlung in der Höhe von Fr. 60'000.-- an E. _____ geleistet habe. Bei den Akten befindet sich eine Kopie einer Schuldaner-

kennung des Beklagten vom 15. Juli 2011 über Fr. 300'000.--. Darauf vermerkte E. _____ den Erhalt zweier Abzahlungsraten von je Fr. 60'000.--, nämlich einer am 10. Oktober 2011 erfolgten sowie einer weiteren vom 21. Dezember 2011 (Urk. 4/6). Der Beklagte behauptete jedoch eine weitere Zahlung von Fr. 60'000.-- (Urk. 18 S. 4). Zum Beweis reichte er die Kopie einer Quittung vom 5. September 2011 über Fr. 60'000.-- zu den Akten, welche die Unterschrift von E. _____ aufweist (Urk. 19/1). Die Klägerin bestritt diese Zahlung und stellte sich auf den Standpunkt, dass die entsprechende Quittung gefälscht sei (Urk. 32 S. 5 f.).

Die Klägerin machte geltend, dass E. _____ die Zahlungen von je Fr. 60'000.-- vom 10. Oktober und 21. Dezember 2011 auf der Schuldanerkennung vom 15. Juli 2011 (Urk. 4/6) als bezahlt vermerkt habe. Für die zweite Zahlung am 21. Dezember 2011 habe E. _____ auch noch eine separate Quittung ausgestellt, von welcher E. _____ keine Kopie erstellt habe (Urk. 2 S. 7). Der Beklagte habe es bis anhin unterlassen, Originalquittungen der drei Teilzahlungen vorzulegen. Hiefür gebe es nur einen Grund. Diese Bestätigungen im Original existierten nicht, da die dritten Fr. 60'000.-- nie bezahlt worden seien. Was der Beklagte meine, wenn er von seinen angeblichen "drei Bestätigungen je einer Teilzahlung von Fr. 60'000.--" spreche, sei die Kopie seiner Schuldanerkennung, worauf E. _____ den Erhalt der beiden genannten Zahlungen für sich notiert und dem Beklagten eine Kopie plus eine weitere Quittung über Fr. 60'000.-- (für die Zahlung vom 21. Dezember 2011) gegeben habe (Urk. 2 S. 12). Eine Woche nachdem E. _____ dem Beklagten die zweite Teilzahlung von Fr. 60'000.-- mit separater Quittung bestätigt habe, sei der Beklagte auf E. _____ zugekommen und habe gefragt, ob sie ihm nicht eine zweite Quittung über die am 21. Dezember 2011 bezahlten Fr. 60'000.-- ausstellen könne, da er die entsprechende Quittung verloren habe. E. _____ habe dem Beklagten darauf eine Kopie der von ihm unterzeichneten Schuldanerkennung gegeben, worauf sie die beiden Zahlungen vom 10. Oktober 2011 bzw. 21. Dezember 2011 für sich notiert habe. Nun meine der Beklagte offenbar, dass er die von ihm nie verlorene (separate) Quittung vom 21. Dezember 2011 zusammen mit der Kopie der Schuldanerkennung, auf welcher E. _____ die beiden von ihm geleisteten Teilzahlungen für sich notiert und ihm auch eine Kopie davon gegeben habe, vorlegen könne und diese dann als

drei Quittungen für je eine Teilzahlung von Fr. 60'000.-- angesehen würden (Urk. 2 S. 12). Die Klägerin hielt in ihrer Replikschrift vor Vorinstanz an ihrem Standpunkt fest. Sie wiederholte, dass am 5. September 2011 keine Zahlung über Fr. 60'000.-- vom Beklagten an E._____ geleistet worden sei. Ebenfalls habe E._____ keine Quittung diesen Datums erstellt (Urk. 32 S. 5, 26). Die vom Beklagten eingereichte Kopie der Quittung vom 5. September 2011 sei eine Fälschung. Die sich darauf befindliche Unterschrift von E._____ sei gefälscht. Der Beklagte müsse daher die Originalquittung einreichen (Urk. 32 S. 6, 16). Die Klägerin korrigierte zudem ihre in der Klagebegründung vorgebrachte Version bezüglich der Existenz einer separaten Quittung über die geleistete Zahlung von Fr. 60'000.-- vom 21. Dezember 2011: Eine weitere Quittung, als diejenige auf der Schuldanerkennung für die Zahlungen von je Fr. 60'000.-- vom 10. Oktober 2011 bzw. 21. Dezember 2011 (vgl. Urk. 4/9), existiere nicht. Es sei keine zweite, separate Quittung für die Zahlung vom 21. Dezember 2011 vorhanden, wie dies ursprünglich fälschlicherweise aufgrund eines Missverständnisses von ihr vorgebracht worden sei (Urk. 32 S. 7, 26, 27). Diese korrigierte Sachverhaltsdarstellung erscheint durchaus plausibel, da die Klägerin die Quittungen nicht selbst erstellt hatte und somit auf die Sachdarstellung Dritter angewiesen war. Zudem ist eine solche Korrektur von Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Replik ohne Weiteres zulässig. Die Vorbringen des Beklagten in der Berufungsbegründung (Urk. 59 S. 4, 6) bezüglich dieser zunächst widersprüchlichen Behauptungen der Klägerin sind daher nicht zu hören. Da der Beklagte auf die Einreichung einer Duplik verzichtete (Urk. 40), bestritt er letztere Behauptung im Übrigen auch nicht, weshalb davon auszugehen ist, dass bezüglich der Zahlung vom 21. Dezember 2011 auch nach Auffassung des Beklagten keine separate Quittung ausgestellt wurde.

b) Der Beklagte behauptete in der Klageantwort, er habe E._____ drei Tranchen à Fr. 60'000.-- bezahlt und zwar am 5. September, 10. Oktober und 21. Dezember 2011. Den Erhalt habe E._____ zweimal auf der Bestätigung vom 15. Juli 2011 (10. Oktober und 21. Dezember 2011) und - bezüglich des 5. Septembers 2011 - auf einer separaten Quittung quittiert (Urk. 18 S. 7, 9; Urk. 19/1). Die Klägerin hielt in ihrer Replikschrift vor Vorinstanz an ihrem Standpunkt fest. Sie wiederholte, dass am 5. September 2011 keine Zahlung über Fr. 60'000.-- vom Beklagten an E._____ geleistet worden sei. Ebenfalls habe E._____ dafür keine

Quittung erstellt (Urk. 32 S. 5, 26). Die vom Beklagten eingereichte Kopie der Quittung vom 5. September 2011 sei eine Fälschung. Die sich darauf befindliche Unterschrift von E. _____ sei gefälscht. Der Beklagte müsse daher die Originalquittung einreichen (Urk. 32 S. 6, 16). Eine weitere Quittung als diejenige auf der Schuldanerkennung für die Zahlungen von je Fr. 60'000.-- am 10. Oktober bzw. 21. Dezember 2011 existiere nicht (Urk. 32 S. 7, 26, 27). Die Klägerin machte somit explizit geltend, dass nur diese eine Quittung (Urk. 4/6) von E. _____ ausgestellt worden sei.

Beide Parteien hatten zum Beweis, dass der Beklagte am 5. September 2011 Fr. 60'000.-- in bar an E. _____ bezahlt habe, u.a. diese als Zeugin benannt (Urk. 41 S. 2). Die Zeugin erklärte auf entsprechende Frage, dass der Beklagte ihr zweimal Fr. 60'000.-- in bar bezahlt habe. Eine weitere Zahlung sei nicht erfolgt (Urk. 49 S. 4, 6 f.). Weiter gab sie zu Protokoll, dass der Beklagte einmal eine Quittung verlangt habe. Sie habe auf einem Zettel einfach gegengezeichnet, dass er ihr das Geld bezahlt habe (Urk. 49 S. 4 f.). Auf Vorhalt von Urk. 4/6 (Bestätigung vom 15. Juli 2011 bezüglich der Schuldanerkennung über Fr. 300'000.-- sowie Quittung für die am 10. Oktober bzw. 21. Dezember 2011 bezahlten Beträge von je Fr. 60'000.--) erklärte die Zeugin, dass es sich bei dieser Urkunde genau um den Zettel handle, von dem sie eben gesprochen habe. Ob der Beklagte noch eine zweite Quittung habe, wisse sie nicht. Sie wisse auch nicht, woher er die dritte vorgelegte Quittung habe (Urk. 49 S. 5). Auf Vorlage von Urk. 19/1 (Quittung vom 5. September 2011 über Fr. 60'000.--) meinte die Zeugin, dass sie dieses Schriftstück nie unterschrieben, geschweige denn damals gesehen habe. Sie habe es zum ersten Mal bei Rechtsanwalt Y1. _____ gesehen. Es handle sich bei der Unterschrift auf dieser Urkunde auch definitiv nicht um ihre Unterschrift (Urk. 49 S. 6). Sie nehme an, dass der Beklagte dieses Dokument erstellt habe. Er habe seit langem behauptet, dass er drei Mal bezahlt habe, was jedoch nicht der Fall sei. Jetzt komme er mit einer Quittung daher, die etwas ganz anderes aussage, als ihr Zettel. Wenn sie die dritte Zahlung erhalten hätte, hätte sie dies auf denselben Zettel (gemeint Urk. 4/6) geschrieben und sicherlich nicht vom Beklagten einen Zettel entgegengenommen. Das Dokument sei klar gefälscht (Urk. 49 S. 6 f.). Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die Zeugin erklärte, dass nur eine einzige Quittung bezüglich zweier erfolgter Zahlungen (10.

Oktober 2011 und 21. Dezember 2011) existiere, nämlich die in Urkunde 4/6 in Kopie vorliegende.

Der Beklagte machte geltend, dass ein Widerspruch zwischen den Vorbringen der Klägerin und dieser Zeugenaussage bestehe. Die Klägerin habe behauptet (Urk. 32 S. 16), die einzige Quittung, welche es bezüglich der Zahlungen des Beklagten gebe und welche die erfolgten Zahlungen des Beklagten auch korrekt wiedergebe, sei diejenige auf der Schuldanererkennung vom 15. Juli 2011. Die Vorinstanz messe dieser Behauptung keinerlei Bedeutung zu. Indem sie dies unterlasse, verkenne sie den offensichtlichen Widerspruch der zitierten Behauptung zur Zeugenaussage von E._____. Diese habe erklärt, dass der Beklagte für die von ihm geleisteten Zahlungen einen handschriftlichen Zettel als Quittung verlangt habe. Sie habe auf einem Zettel einfach gegengezeichnet, dass er ihr das Geld bezahlt habe. Dies sei auf einem Zettelchen gewesen, auf dem sie normalerweise die Bestellungen aufnehme. Eine Quittung habe er. Ob er eine zweite habe, wisse sie nicht. Sie wisse auch nicht, woher er die dritte Quittung habe, die er gebracht habe (Urk. 59 S. 7). Entgegen der Auffassung des Beklagten sind die Vorbringen der Klägerin mit den Aussagen der Zeugin deckungsgleich. Die Klägerin hatte sich, wie oben ausgeführt, auf den Standpunkt gestellt, dass nur eine einzige Quittung existiere, nämlich diejenige in Urkunde 4/6 (Schuldanererkennung vom 15. Juli 2011). Genau dasselbe erklärte, wie schon erwähnt, auch die Zeugin E._____, indem sie ausführte, dass sie nur auf einem einzigen Zettel die beiden erfolgten Zahlungen quittiert habe und dass es sich bei diesem Zettel um Urk. 4/6 handle. Die entsprechende Kritik des Beklagten ist demnach unbegründet und seine Vorbringen sind reine Spekulationen. Da es sich bei Urkunde 4/6 lediglich um eine Kopie handelt, steht nicht fest, ob diese der Originalgrösse der Urkunde entspricht, weshalb die Wortklauberei bezüglich der Unterscheidung von Zettel und Zettelchen gesucht erscheint. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass die Zeugin diesbezüglich unwahre Angaben gemacht hat. Der Beklagte machte dies vor Vorinstanz denn auch nicht geltend. Er verzichtete vor Vorinstanz auf Stellungnahme zu dieser Zeugeneinvernahme bzw. zum Beweisergebnis.

c) Ebenso verfehlt ist die Kritik des Beklagten, wonach die Echtheit der Urkunde von der Klägerin nicht genügend bestritten worden sei (Urk. 59 S. 8 f.). Die Klägerin hatte geltend gemacht, dass keine dritte Zahlung über Fr. 60'000.-- an

E._____ erfolgt sei und die Quittung daher gefälscht sein müsse. Der Rechtsvertreter von E._____ habe namens derselben diese Quittung und insbesondere die Unterschrift von E._____ als gefälscht bezeichnet (Urk. 32 S. 5 f.). Damit hat die Klägerin ihre Zweifel an der Echtheit der (kopierten und originalen) Urkunde im Sinne von Art. 178 ZPO ausreichend begründet (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 178 N 5). Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass die Bestreitung der Echtheit der Urkunde haltlos, missbräuchlich oder schikanös sein könnte. Unter diesen Umständen waren die Klägerin und das Gericht ohne Weiteres berechtigt, vom Beklagten die Einreichung der Originalurkunde zu fordern (Art. 180 Abs. 1 ZPO). Der beweisbelastete Beklagte wurde daher von der Vorinstanz im Rahmen des Beweisverfahrens zu Recht verpflichtet, dem Gericht das Original von Urk. 19/1 einzureichen (Urk. 41 S. 2).

Der Beklagte reichte in der Folge die Originalurkunde nicht ein. Vor Vorinstanz gab er keine Erklärung ab, weshalb er diese Urkunde nicht einreichen konnte. Im Rahmen der Berufungsbegründung machte er dann geltend, dass er nicht im Besitze einer Originalquittung sei, weil die Quittung von E._____ verfasst und unterzeichnet worden sei und sie ihm lediglich eine Kopie ausgehändigt habe (Urk. 59 S. 9). Diese Behauptungen sind neu und können daher im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO nicht entsprechen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, vermochte die vom Beklagten angerufene Zeugin E._____ seine Version nicht zu bestätigen. Es kann hiezu auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 60 S. 10). Auf das von ihm anbotene Beweismittel der Parteibefragung hatte der Beklagte verzichtet (Urk. 60 S. 10). Aufgrund dieser Beweislage ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass nur die zwei anerkannten Zahlungen über je 60'000.-- erfolgt seien. Daran vermag auch das vom Beklagten als echtes Novum geltend gemachte Schreiben von Rechtsanwalt Y2._____ vom 6. Juni 2018 nichts zu ändern (Urk. 59 S. 9 f. mit Verweis auf Urk. 63/2). Der Beklagte erklärte dazu, dass er sich in einem erbitterten Scheidungsdisput mit seiner Ehefrau befinde. Seine Ehefrau sei seit dem Kauf der C1._____ GmbH in das Geschäft involviert gewesen und wisse über sämtliche Belange der GmbH Bescheid. Ihr Rechtsanwalt, Y2._____, habe dem Scheidungsgericht unter anderem bezüglich der Beurteilung der GmbH mitgeteilt, dass neben dem Kaufpreis von

Fr. 900'000.-- zusätzlich ein Betrag von Fr. 300'000.-- versprochen worden sei, wovon tatsächlich Fr. 180'000.-- bezahlt worden seien (Urk. 63/2). Bei diesem Schreiben handelt es sich nicht um ein taugliches Beweismittel, sondern lediglich um eine unsubstantiierte Parteibehauptung in einem anderen Verfahren, welche keineswegs zutreffend sein muss. Der Beklagte hat es unterlassen, seine Ehefrau als Zeugin zu benennen. Jedenfalls vermag dieses Schreiben das obgenannte Beweisergebnis in keiner Weise zu erschüttern. Es bleibt dabei, dass der Beklagte ohne plausiblen Grund nicht in der Lage war, das Original der fraglichen Urkunde einzureichen. Zudem wurde durch die Zeugenaussage bestätigt, dass die fragliche Zahlung nicht erfolgt und auch nie eine diesbezügliche Quittung ausgestellt worden sei. Dass die Vorinstanz bei der Beweiswürdigung die von der Klägerin mit der Klageantwort eingereichten Urkunden 4/8 und 4/12 nicht berücksichtigte, wird vom Beklagten zu Unrecht gerügt (Urk. 59 S. 8). Er hatte sich in seiner Klageantwort dazu nicht konkret geäußert. Die erst im Berufungsverfahren gemachten Vorbringen sind demnach verspätet und daher nicht mehr zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Zudem ist zu bemerken, dass es sich bezüglich des Vorbringens von Rechtsanwalt Dr. X2._____ in seinem Schreiben vom 17. Oktober 2014 (Urk. 4/12), wonach die Forderung nur Fr. 120'000.-- (statt Fr. 180'000.--) betrage, um eine unbewiesene Parteibehauptung handelt, aus welcher der Beklagte auch nichts zu seinen Gunsten ableiten könnte. Er hatte diese Urkunde denn vor Vorinstanz auch nicht als Beweismittel genannt (vgl. Urk. 41).

Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als in allen Punkten unbegründet. Der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. Ist die Berufung offensichtlich unbegründet, so ist das Berufungsverfahren für den Beklagten auch im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO aussichtslos. Das Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 68) ist damit abzuweisen.

4. Bei diesem Ergebnis wird der Beklagte für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Gegenpartei keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Gerichtsgebühr beträgt bei einem Streitwert von noch Fr. 60'000.-- im Berufungsverfahren Fr. 6'350.--.

Ausgangsgemäss ist die Kosten- und Entschädigungsregelung der Vorinstanz (Dispositivziffern 2-4, Urk. 60 S. 11) zu bestätigen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 des Urteils vom 29. Mai 2018 im Umfang von Fr. 120'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung (bezüglich Ziff. 1) mit nachfolgendem Urteil.

und erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 29. Mai 2018 im angefochtenen Umfang bestätigt.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 6'350.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
5. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 59, 61 und 63/2, an den Beklagten unter Beilage einer Kopie von Urk. 76 und 77, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

7. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
8. 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 nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 60'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Oktober 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreibern:

Dr. L. Hunziker Schnider

MLaw V. Stübi

versandt am:

bz