

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110011-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. M. Kriech,
Ersatzoberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Notz

Urteil vom 8. November 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH X._____

gegen

C._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
22. Dezember 2010 (CG090034)**

Rechtsbegehren (Urk. 9/1 S. 2):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Teilforderungen zu bezahlen:
 - a) SFr. 155'000.- Darlehensforderung zuzüglich Verzugszins à 5% seit 16. April 1996,
 - b) SFr. 29'271.30 Baurechtszinsen- und Nebenkosten-Rückstände, Wert 30.6.1998, ... zuzüglich Verzugszins à 5% ab den jeweiligen Verfallsdaten ab 16. April 1996, ...
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge sowie Friedensrichterkosten à SFr. 800.00 zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Dezember 2010 (Urk. 47 S. 10f.):

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 12'000.-.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für anwaltliche Vertretung eine Prozessentschädigung von Fr. 18'500.- (MwSt. inbegriffen) zu bezahlen, zahlbar direkt an den unentgeltlichen Vertreter, Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____.
5. (...)
6. (...)"

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Dezember 2010 (CG090034) vollumfänglich aufzuheben, und
2. es sei die vor Vorinstanz anhängig gemachte Klage zu schützen, d.h. es sei die Beklagte und Appellatin zu verpflichten, der Klägerin und Appellantin zu bezahlen:
 - a) SFr. 155'000.00 zuzüglich Verzugszins à 5% seit 05.Juni 2004
 - b) SFr. 29'271.30 zuzüglich Verzugszins à 5% seit 05.Juni 2004

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Friedensrichterkosten) zulasten Beklagte & Appellatin."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 15 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Dezember 2010 (CG090034) sei zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

Ausgangslage

1. Am 23. Februar 1996 wurde der Kaufvertrag betreffend die heute noch von der Beklagten bewohnte Eigentumswohnung in der Liegenschaft C.____-Strasse ..., D.____, öffentlich beurkundet. Verkäuferin war die E.____-Genossenschaft (nachfolgend E.____), vertreten durch F.____ (nachfolgend F.____), Käuferin war die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte). Der Kaufpreis betrug CHF 647'000.00 (Urk. 9/1 S. 9f. mit Verweis auf Urk. 9/2/6). Finanziert wurde dieser von der Beklagten mit einer Hypothek der damaligen G1.____ und heutigen G2.____ AG (nachfolgend G.____ AG) in der Höhe von CHF 450'000.00. Die Finanzierung des Restbetrages abzüglich einer in ihrer Höhe unstrittenen Kaufpreisreduktion sollte unbestrittenermassen über ein Darlehen erfolgen, da die Beklagte nicht über eigene Mittel verfügte (vgl. Urk. 9/1 S. 10; Urk. 9/22 S. 9f; Urk. 9/14 S. 3ff., 12).

2.1 Bereits vor Unterzeichnung des Kaufvertrages hatten F.____ und die Beklagte am 27. November 1995 bzw. 12. Januar 1996 einen Darlehensvertrag unterschrieben, welcher in zwei hinsichtlich der Darlehenshöhe unterschiedlichen Fassungen existiert (Urk. 9/2/3 und Urk. 9/15/1; vgl. Urk. 9/1 S. 4; Urk. 9/14 S. 5). Gemäss diesem wurde der Beklagten im Zusammenhang mit dem Kauf der von

ihr schliesslich erworbenen Stockwerkeinheit ein Darlehen von CHF 122'000.00/CHF 147'000.00 "als erforderliche Restfinanzierung" gewährt. Als Darlehensgeber wurde im Ingress des Vertrages "F. _____ i.Fa. H. _____ AG" genannt. Das Darlehen war gemäss Vertrag ab Bezug der Wohnung zu verzinsen. Es sollte durch einen Inhaberschuldbrief im III. Rang sowie durch "die Versicherungsleistungen gemäss der Police" sichergestellt werden. Die Beklagte verpflichtete sich zur Errichtung eines "Mietzinskontos" bei der Bank, welche die I. und II. Hypothek gewährte, und es wurde die Höhe der darauf durch die Beklagte einzuzahlenden Beträge und deren Verwendung für verschiedene kaufobjektbezogene Kosten vereinbart. Weiter wurden Verpflichtungen des Darlehensgebers definiert, und es wurden "ordnungshalber" Verpflichtungen der E. _____ festgehalten. Schliesslich wurde der Darlehensgeber für berechtigt erklärt, "sein Guthaben" unter Überbindung seiner vertraglichen Verpflichtungen einer ihm nahestehenden Gesellschaft weiterzuverkaufen (Urk. 9/1 S. 5 mit Verweis auf Urk. 9/2/3; Urk. 9/14 S. 3ff. mit Verweis auf Urk. 9/15/1a und b).

2.2 Die Anmeldung der Übertragung des Eigentums an der von der Beklagten von der E. _____ erworbenen Stockwerkeinheit erfolgte am 16. April 1996 (Urk. 9/14 S. 7; Urk. 9/22 S. 10). Gleichzeitig errichtete die Beklagte einen Inhaberschuldbrief über CHF 155'000.00. Gemäss dem Wortlaut des entsprechenden öffentlich beurkundeten Pfandvertrages gewährte F. _____ der Beklagten gegen die Errichtung dieses Inhaberschuldbriefs ein Grundpfanddarlehen, wobei der Schuldbrief der G. _____ AG zu Gunsten von F. _____ c/o E. _____ zugestellt werden sollte (Urk. 9/1 S. 10 mit Verweis auf den Pfandvertrag; Urk. 9/14 S. 7f. mit Verweis auf den Pfandvertrag; Urk. 9/2/15; zum weiteren Schicksal des Schuldbriefs vgl. Urk. 9/14 S. 8 mit Verweis auf Urk. 9/15/3; Urk. 9/22 S. 11).

3.1 Mit der als Urk. 9/2/5a bei den Akten liegenden, vom 23. Dezember 1994 datierenden Zessionsurkunde erklärte F. _____ nach der (von der Beklagten hinsichtlich des Zeitpunkts bestrittenen) Darstellung der Klägerin am 16. April 1996 nach der Anmeldung der Eigentumsübertragung und der öffentlichen Beurkundung des Pfandvertrages (vgl. Erw. 2.2. hiavor) "den Darlehensbetrag von CHF 155'000.00 mit Rechten und Pflichten an die Bauherrschaft, E. _____" abzutreten

(Urk. 9/1 S. 5, 11 mit Verweis auf Urk. 9/2/5a; Urk. 9/22 S. 15; Urk. 9/14 S. 14). Festgehalten wurde dabei von F._____, dass er gestützt auf den Verkaufsauftrag und die damit verbundenen Abwicklungshandlungen den genehmigten Kaufvertrag entsprechend der Vollmacht auf dem Grundbuchamt I._____ instruktionsgemäss geschlossen habe. Für das der Käuferin seitens der Bauherrschaft bewilligte Darlehen von CHF 155'000.00 zwecks Abdeckung des Restkaufpreises sei mit der Käuferin ein Darlehensvertrag, vorerst lautend auf den Beauftragten F._____ i.Fa. H._____ AG, geschlossen worden (Urk. 9/1 S. 5, 11 mit Verweis auf Urk. 9/2/5a).

3.2 Die E._____ ihrerseits zederte gleichentags (wörtlich) den Betrag von CHF 155'000.00 bzw. das Darlehen inkl. Inhaberschuldbrief mit Rechten und Pflichten an Zahlungsstatt an die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin; Urk. 9/1 S. 5, 11 mit Verweis auf Urk. 9/2/5b). In der Zessionserklärung hielt die E._____ fest, dass sie gemäss Vereinbarung vom 16. April 1996 mit F._____ "das [...] Darlehen" mit Rechten und Pflichten zu einem Kaufpreis von CHF 155'000.00 von F._____ übernommen habe (Urk. 9/2/5b).

4. Am 23. April 2004 kündigte die Klägerin der Beklagten das Darlehen (Urk. 9/1 S. 15 mit Verweis auf Urk. 9/2/8; vgl. auch Urk. 9/22 S. 19).

Prozessgeschichte

5.1 Da die Beklagte die von ihr geforderte Rückzahlung des Darlehensbetrages und die Zahlung weiterer Beträge verweigerte, reichte die Klägerin schliesslich am 20. Juli 2009 beim Bezirksgericht Winterthur Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren ein. Dabei stützte sie sich auf den Darlehensvertrag vom 27. November 1995/12. Januar 1996 und machte geltend, F._____ habe der Beklagten zwecks Schliessung der Finanzierungslücke im Zusammenhang mit dem Erwerb ihrer Eigentumswohnung von der E._____ ein mit Inhaberschuldbrief abgesichertes Darlehen gewährt. Die entsprechende Darlehensforderung bzw. das Darlehen sei von F._____ an die E._____ und von der E._____ schliesslich an sie abgetreten worden. Nachdem das Darlehen ordentlich gekündigt worden sei, seien die Darlehenssumme zuzüglich Darlehenszinsen, Hypothekarzinsen,

Baurechtszinsen und Nebenkostenforderungen ausgewiesen und zur Zahlung fällig (Urk. 9/1 S. 4, 5, 8, 10ff., vgl. auch Urk. 9/22 S. 7).

5.2 Nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel (vgl. Prot. I S. 3ff.) wies die Vorinstanz die Klage der Klägerin mit Urteil vom 22. Dezember 2010 ab (Urk. 3 S. 10f.). Sie folgte dabei der Argumentation der Beklagten (vgl. Urk. 9/14 S. 8ff. und Urk. 9/43 S. 14ff.), wonach die Darlehensforderung mangels Übereignung des Darlehensbetrages gar nicht entstanden sei, weshalb es weder etwas zurückzahlen noch etwas zu verzinsen und zu amortisieren gebe (Urk. 3 S. 7ff.) und eine ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten mangels einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung zulasten der Klägerin nicht vorliege (Urk. 3 S. 9).

6.1 Mit Eingabe vom 14. Februar 2011 reichte die Klägerin gegen dieses Urteil unter Beachtung von Frist und Form gemäss Art. 311 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) Berufung ein (Urk. 2; Art. 405 ZPO). Das Berufungsverfahren wurde in der Folge nach den Art. 312ff. ZPO durchgeführt (vgl. Prot. II S. 2ff.). Der der Klägerin mit Verfügung vom 22. Februar 2011 auferlegte Kostenvorschuss (Urk. 6) ging am 7. März 2011 ein (Urk. 7). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 25. März 2011 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 10). Mit Eingabe vom 14. Mai 2011 stellte die Beklagte ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auch für das Berufungsverfahren (Urk. 12). Ihre fristgerecht eingereichte Berufungsantwort datiert vom 16. Mai 2011 (Urk. 15). Beide Eingaben wurden der Klägerin mit Verfügung vom 10. Juni 2011 zugestellt, verbunden mit einer Fristansetzung zur Stellungnahme zum Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und der Feststellung, dass mit der Zustellung der Berufungsantwort der Schriftenwechsel abgeschlossen sei (Urk. 16). Am 4. Juli 2011 reichte die Klägerin eine Replik ein (Urk. 17), welche der Beklagten samt Beilagen am 8. Juli 2011 zugestellt wurde (Urk. 19).

6.2 Das Verfahren ist spruchreif; der Entscheid ist aufgrund der Akten ohne Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels bzw. einer Berufungsverhandlung zu fällen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

II.

Urteil der Vorinstanz (Zusammenfassung)

1. Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Urteil fest, die Klägerin mache im Wesentlichen geltend, gestützt auf den rechtsgültig zustande gekommenen Darlehensvertrag vom 27. November 1995/12. Januar 1996 und die darauf folgenden Zessionen vom 16. April 1996 schulde die Beklagte die Rückzahlung des gesamten Darlehensbetrages, der im Nachhinein einvernehmlich auf Fr. 155'000.00 erhöht worden sei, sowie die Begleichung der per 31. Dezember 1998 offenen Hypothekar-, Darlehenszins-, Baurechtszins- und Nebenkostenforderungen in Höhe von Fr. 29'271.30. Sämtliche eingeklagten Ansprüche seien mit der ordnungsgemässen Kündigung des Darlehensvertrages zur Zahlung fällig geworden. Ebenso sei der geforderte Verzugszins ausgewiesen. Nachdem die Beklagte die Liegenschaft an der C.____-Strasse ... in D.____ auch heute noch bewohne, sei sie zudem im Ausmass des zwecks Finanzierung des Wohnungskaufs gewährten Darlehens, d.h. mindestens im Umfang des eingeklagten Betrages, unrechtmässig bereichert. Vor diesem Hintergrund erwog die Vorinstanz unter Berücksichtigung der Einwendung der Beklagten, das gemäss Darlehensvertrag vom 27. November 1995/12. Januar 1996 von F.____ geschuldete Darlehen sei nie geleistet worden, sodann, dass die Wirkung des Darlehensvertrags gemäss Art. 312 OR sich in erster Linie darin äussere, dass der Borger nur dann zur Rückzahlung des Darlehensbetrages verpflichtet sei, falls der Darleiher seiner Verpflichtung zur Entrichtung der versprochenen Darlehenssumme nachgekommen sei. Bei Gelddarlehen sei der Darlehensbetrag in bar oder durch Verschaffung einer Gutschrift zu leisten. Sofern vereinbart, könne die Darlehenssumme auch mittelbar übertragen werden, sei es durch Erwirken einer Gutschrift bei einem Dritten oder durch Zahlung an einen Dritten, etwa einen Gläubiger des Borgers. Vorliegend berufe sich die Klägerin auf die Rückzahlungspflicht der Beklagten laut Darlehensvertrag vom 27. November 1995/12. Januar 1996. Demgemäss trage sie die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass das Darlehen überhaupt valutiert worden sei. Die Klägerin räume in diesem Zusammenhang ein, dass tatsächlich kein Geld von der Darlehensgeberseite an die Beklagte geflossen sei. Sie gebe also zu, dass

keine Valutierung in bar oder durch Überweisung von Buchgeld stattgefunden habe. Die Klägerin bringe sodann nirgends vor, dass seitens von F. _____ oder der E. _____ als dessen Rechtsvorgängerin jemals eine Gutschrift in Höhe der Darlehenssumme zugunsten der Beklagten bewirkt worden wäre. Vielmehr mache die Klägerin einzig geltend, dass der Darlehensbetrag "an Zahlung statt" zur Restfinanzierung des Wohnungskaufs durch die Beklagte eingesetzt worden sei. Die Klägerin stelle sich damit sinngemäss auf den Standpunkt, dass die Darlehenssumme mittelbar übertragen worden sei. Wie erwähnt könne der Darleiher seine Aushändigungspflicht durch mittelbare Übertragung nur dann erfüllen, wenn dies mit dem Borger so vereinbart worden sei. Unbestritten sei indessen, dass der Darlehensvertrag vom 27. November 1995/12. Januar 1996 keine Bestimmung enthalte, wonach der Darleiher berechtigt gewesen wäre, das Darlehen durch mittelbare Übertragung der Darlehenssumme zu valutieren. Zwar führe die Klägerin hinsichtlich der Frage der Darlehensaushändigung noch aus, dass der Beklagten und ihrem Sohn die gewählte Finanzierungsart erläutert worden sei. Diese klägerischen Ausführungen genügten indessen den zivilprozessualen Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Behauptung nicht. So unterlasse es die Klägerin darzulegen, wann und mit wem die Beklagte konkret die Vereinbarung getroffen hätte, dass die Klägerin hinsichtlich des Darlehens befugt gewesen wäre, ihrer Aushändigungspflicht durch mittelbare Übertragung nachzukommen. Unerheblich sei sodann der Hinweis der Klägerin auf die Bau- und Handwerkerkosten, welche sie selber als Generalunternehmerin habe finanzieren müssen. Denn auch in diesem Zusammenhang werde weder von Seiten der Klägerin behauptet noch sei aufgrund ihrer eigenen Ausführungen ersichtlich, inwiefern sie in Erfüllung ihrer Pflicht zur Ausrichtung des Darlehens eine Leistung oder eine Zahlung an einen Dritten wie beispielsweise einen Gläubiger der Beklagten erbracht habe. So sei der Beklagten die Liegenschaft an der C. _____-Strasse ... gemäss Ziffer 4 der "Weiteren Bestimmungen" zum Kaufvertrag vom 23. Februar 1996 in schlüsselfertig erstelltem Zustand verkauft worden. Es sei daher auszuschliessen, dass die Beklagte über noch offene Rechnungen bei Handwerkern in Höhe von Fr. 155'000.00 verfügt hätte, welche die Klägerin zur Erfüllung ihrer Pflicht zur Darlehenshingabe anstelle der Beklagten hätte begleichen können. Vielmehr sei

gestützt auf die Ausführungen der Klägerin davon auszugehen, dass sie als für die Überbauung verantwortliche Generalunternehmerin für die Bezahlung von Handwerkern etc. einzustehen gehabt habe. Schuldner der Baukosten und Handwerkerrechnungen sei demnach letztlich ihrer eigenen Darstellung zufolge die Klägerin selbst und nicht die Beklagte gewesen. Auch nach ihren Angaben hätten die behaupteten Handwerkerzahlungen mithin der Tilgung einer klägerischen Schuld und nicht der Kreditierung der Beklagten gedient. Mit den Hinweisen auf die Baukosten und die Bezahlung der Handwerkerrechnungen bezeichne die Klägerin somit zugammengefasst keine Schuld der Beklagten, die jene in Erfüllung ihrer Pflicht zur Ausrichtung des Darlehens übernommen bzw. getilgt hätte. Schlussfolgernd ergebe sich, dass die Klägerin die Valutierung des Darlehens nicht dargetan habe. Dementsprechend sei die Beklagte nicht verpflichtet, den eingeklagten Darlehensbetrag zurückzuzahlen. Für die Geltendmachung von weiteren Ansprüchen, die nach klägerischer Sachdarstellung ebenfalls auf der Hingabe des Darlehens beruhen würden, bleibe kein Raum. Mangels einer ungerichtfertigten Vermögensverschiebung zulasten der Klägerin stehe dieser sodann auch kein Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte zu; die Klägerin sei nicht Kaufvertragspartei gewesen und der Beklagten sei die Darlehenssumme eben nicht ausgerichtet worden (Urk. 3 S. 5ff.). Vor diesem Hintergrund erübrige es sich, auf die von der Beklagten aufgeworfenen Fragen der Ungültigkeit der Abtreungskette auf Klägerseite und der Novation der eingeklagten Darlehensforderung infolge Errichtung eines Schuldbriefs näher einzugehen (Urk. 3 S. 9)

Einwände der Klägerin gegen das vorinstanzliche Urteil (Zusammenfassung)

2. Die Klägerin moniert im Berufungsverfahren eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts bzw. aktenwidrige tatsächliche Annahmen der Vorinstanz und eine unrichtige Rechtsanwendung durch diese (Urk. 2 S. 6f., 33ff.). Im Einzelnen macht sie in tatsächlicher Hinsicht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe ihrem Urteil zu Unrecht die Annahme zugrunde gelegt, F._____ habe den Darlehensvertrag mit der Beklagten abgeschlossen bzw. sei Darlehensgeber gewesen. F._____ habe den Darlehensvertrag als Beauftragter der E._____ abgeschlossen, welche der Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigen-

tumswohnung im Rahmen des E._____-Einstiegsmodells ins Wohneigentum darlehensweise einen Kredit gewährt habe (Urk. 2 S. 7f., 11ff.). Dass nicht F._____, sondern die E._____ als Verkäuferin und Bauherrin tatsächliche Darlehensgeberin gewesen sei, sei im erstinstanzlichen Verfahren aktenkundig gewesen. F._____ habe aktenkundig nur für die E._____, d.h. in deren Namen und auf deren Rechnung gehandelt und dabei unglücklicherweise seinen Namen gegeben, was formell fehlerhaft im Darlehensvertrag seinen Niederschlag gefunden habe. Massgeblich sei aber immer der wirkliche Inhalt und Sinn bzw. Parteiwille, welcher für die Beklagte erkennbar gewesen sei bzw. bei der Wahrung der dem Käufer obliegenden Sorgfaltspflicht hätte bekannt sein müssen. Der beidseitige Parteiwille habe klarerweise ein Verkäufendarlehen gewollt (Urk. 2 S. 13). Unter dem Titel "Rechtliche Würdigung des Sachverhalts" weist die Klägerin sodann darauf hin, dass sie bereits vor Vorinstanz auf die Eröffnung und Durchführung eines Beweisverfahrens angewiesen gewesen sei. Dieses sei ihr aber ohne plausible Begründung verwehrt worden, obwohl die Beweislage aufgrund der dem Urteil der Vorinstanz zugrundegelegten Sachverhalte, Tatsachen und Beweisdokumente keinesfalls spruchreif gewesen sei. Ein Beweisverfahren dränge sich hier umso mehr auf, als der dem Gericht vorgelegte Sachverhalt nicht nur kontrovers, sondern im Detail äusserst komplex und keineswegs einfach nachzuvollziehen gewesen sei, was zwingend einer Klärung z.B. durch den von der Klägerin wiederholt beantragten Zeugenbeweis mit Parteibefragung bedürfe (Urk. 2 S. 18, vgl. auch S. 19ff., 34, 37f.). So wie hier spielten bei komplexen Vertragsgefügen immer auch mündliche Absprachen einerseits sowie ein allenfalls unterschiedliches Vertragsverständnis eine Rolle, was es durch Beweise zu erforschen gelte, denn im Prozess gehe es zentral immer um die Wahrheitsfindung (Urk. 2 S. 19, 36). In rechtlicher Hinsicht hält die Klägerin schliesslich dafür, dass das ganze Vertragsgeflecht auf der Grundlage des sog. E._____-Modells ein Geflecht grundsätzlich zulässiger synallagmatischer Verträge darstelle, zumal im Zivilrecht Vertragsfreiheit herrsche. Zwischen Parteien zustande gekommene Verträge seien zu halten. Der Wechsel in der Person einer Vertragspartei sei grundsätzlich möglich, sei es dass eine andere im Einvernehmen mit der andern Vertragspartei in die vertraglichen Rechte und Pflichten eintrete, sei es dass eine der Vertragsparteien ihre

Rechte/Forderungen, wie vorliegend geschehen, an einen Dritten abtrete. Der Wechsel in der Person einer Partei könne demnach kein Grund sein, den Vertrag nicht einhalten zu müssen (Urk. 2 S. 22ff., 35). Das Darlehen sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz an zahlungsstatt durch Übereignung des gesamten Eigentums an der Wohnung vollzogen worden, was gemäss Art. 312 OR eine zulässige Form der Valutierung eines Darlehens darstelle (Urk. 2 S. 20, 26, 34). Die Beklagte habe mit der Unterschrift unter den Darlehensvertrag ein Rückzahlungsversprechen abgegeben, welches nach Treu und Glauben einzuhalten sei (Urk. 2 S. 27f., 35). Eine Novation habe nicht stattgefunden. Der Schuldbrief sei, wie das im Darlehensvertrag als Bedingung vorgesehen gewesen sei, innert rund eines Monats nach Eigentumsübertragung korrekt auf der Grundlage eines beurkundeten Pfandvertrags eröffnet worden. Es handle sich also um in sich geschlossene, eng vernetzte Vertragsverhandlungen. Mit der Eröffnung des Schuldbriefs sei also nicht etwa die dem Schuldbrief zugrunde liegende Forderung getilgt worden, vielmehr sei die vertraglich vorbehaltene Bedingung erfüllt worden (Urk. 2 S. 31f.). Die Beklagte, die die von der Klägerin teilfinanzierte Wohnung nach wie vor bewohne, sei auf der Grundlage des Darlehensverhältnisses im Ausmass des Darlehensbetrags bzw. des ihr so gewährten Kredits bereichert (Urk. 2 S. 32, 35).

Standpunkt der Beklagten im Berufungsverfahren (Zusammenfassung)

3. Die Beklagte hält die Einwände der Klägerin gegen das vorinstanzliche Urteil in ihrer Berufungsantwort für gänzlich unbegründet. Bei den Ausführungen der Vorinstanz handle es sich um eine zutreffende rechtliche Würdigung des von der Klägerin dargelegten Sachverhalts (Urk. 15 S. 23ff.). Die Klägerin mache im Berufungsverfahren einen völlig neuen und anderen Sachverhalt geltend, wenn sie behaupte, nicht F.____, sondern die E.____ sei Darlehensgeberin gewesen. Diese neue Tatsachenbehauptung sei dabei einerseits prozessual unzulässig, weil sie ohne weiteres bereits vor erster Instanz hätte geltend gemacht werden können. Andererseits sei sie auch falsch, wie sich ohne weiteres allein schon aus der Parteibezeichnung im Darlehensvertrag vom 27. November 1995 / 12. Januar 1996 ergebe. Von aktenwidrigen Annahmen der Vorinstanz könne keine Rede sein (Urk. 15 S. 5ff.). Die Sache sei vor erster Instanz spruchreif gewesen und sei

es immer noch. Ein Beweisverfahren sei nicht nötig. Es sei nicht Sache des Gerichts, im Rahmen eines Beweisverfahrens herauszufinden, wie denn der von der Klägerin in allgemeiner Form behauptete Vollzug der aktenkundigen Verträge (Erfüllung an zahlungsstatt) vor sich gegangen sein solle (Urk. 15 S. 12ff.). Der Grundsatz *pacta servanda sunt* werde nicht bestritten. Er könne aber nicht dazu führen, dass rechtlich nicht geschuldete Leistungen zu erbringen seien. Es gehe nicht darum, ob ein Parteiwechsel in zulässiger Form vorgenommen worden sei oder nicht. Mit der Zessionsurkunde sei nicht ein Parteiwechsel bezüglich des Darlehensvertrags vereinbart worden, sondern es sei ein Darlehensbetrag von Fr. 155'000.00 an die E._____ abgetreten worden, was mangels Erfüllung der vertraglichen Darlehenshingabeverpflichtung nicht möglich gewesen sei. Der Darlehensvertrag sei nicht durch die Eigentumsübertragung erfüllt worden. Die Restfinanzierung des Kaufpreises über die Bankhypothek hinaus sei vielmehr durch Gewährung eines Grundpfanddarlehens erfolgt, das einzig im Inhaberschuldbrief verkörpert sei. Dass diese rechtsgültig begründete Forderung durch Aushändigung und Übereignung des Schuldbriefs an die G._____ übergegangen sei, habe nicht die Beklagte zu vertreten. Es würde jeglicher Logik widersprechen, wenn die Beklagte verpflichtet wäre, neben dem im Schuldbrief verkörperten Grundpfanddarlehen auch noch ein nie übereignetes Darlehen gemäss Darlehensvertrag zurückzuzahlen. Bei der Errichtung eines Schuldbriefs werde gemäss Art. 855 Abs. 1 ZGB eine Novation vermutet. Die Gewährung eines Grundpfanddarlehens gegen Errichtung eines Inhaberschuldbriefs sei im Darlehensvertrag nicht vorgesehen gewesen. Mit der entsprechenden Vereinbarung sei etwas Neues geschaffen worden. Die Errichtung des Schuldbriefs sei keine Bedingung des Darlehensvertrages gewesen. Eine Novation durch "die Abtretung des Darlehensvertrages" habe sie nie geltend gemacht. Ungerechtfertigt bereichert sei sie angesichts der Übernahme der im Inhaberschuldbrief verkörperten Grundpfandschuld von vornherein nicht (Urk. 15 S. 16ff.).

III.

Aktenwidrige tatsächliche Annahmen/Novenrecht

1.1 Die Klägerin räumt in der Berufungsbegründung ein, dass die Vorinstanz den Sachverhalt in den grossen Zügen grundsätzlich richtig wiedergegeben habe. Mit der "Detaildarstellung zum Sachverhalt und dessen Deutung und Auslegung" sei sie jedoch nicht einverstanden, weshalb sie den "der Vorinstanz wirklich unterbreiteten Sachverhalt als klärende Gegendarstellung zur Urteilsbegründung analysierend" richtig stelle (Urk. 2 S. 10). Kernaussage der "klärenden Gegendarstellung" ist dabei das, was die Klägerin bereits unter dem Titel "Kurzfassung zum Sachverhalt" festhält, nämlich: F. _____ habe den Darlehensvertrag mit der Beklagten aktenkundig nur als Beauftragter der E. _____ abgeschlossen. Darlehensgeberin sei die E. _____, welche die Finanzierungslücke beim Kauf der Eigentumswohnung durch die Beklagte durch ein Verkäuferdarlehen in der Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und Bankhypothek finanziert habe (Urk. 2 S. 8, 11ff.). Diese Behauptung hat allerdings - anders als die einleitende Formulierung der Klägerin glauben machen will - nichts mehr mit ihren tatsächlichen Behauptung vor Vorinstanz zu tun. Dort hatte sie vielmehr durchwegs damit argumentiert, dass F. _____ der Beklagten ein Darlehen zur Restfinanzierung des Kaufpreises der durch die Beklagte von der E. _____ erworbenen Wohnung gewährt habe und dieses dann mit den in den Urk. 9/2/5a und Urk. 9/2/5b dokumentierten Erklärungen an die E. _____ und in der weiteren Folge an sie zediert worden sei. So hatte die Klägerin in der Klageschrift zur Frage, wer den Darlehensvertrag mit der Beklagten abgeschlossen hatte bzw. wer Darleiher sei, ausgeführt, die Art der Darlehensforderung gehe zurück auf ein im Rahmen des sog. E. _____ - Einstiegsmodells von F. _____ den Stockwerkeigentümern als Überbrückung gewährtes Darlehen (Urk. 9/1 S. 7), die Finanzierung des Restkaufpreises nach der von einer Bank gestellten Hypothek sei durch ein von F. _____ gewährtes Darlehen erfolgt (Urk. 9/1 S. 8), die Beklagte habe den Wohnungskauf u.a. durch ein Darlehen des F. _____ in der Firma H. _____ AG finanziert (Urk. 9/1 S. 10), der Darlehensgeber F. _____ habe sein Darlehen in der Folge an die E. _____ zediert, welche dasselbe an die Klägerin zediert habe (Urk. 9/1 S. 11, vgl. auch S. 5), bei

dem von der Beklagten unterzeichneten Vertrag zwischen F._____ und ihr handle es sich um einen klassischen Darlehensvertrag (Urk. 9/1 S. 14). In der Replik bestätigte sie ihre Darstellung bezüglich der Vertragspartner indirekt, indem sie festhielt, rückblickend könnte man sich überlegen, ob es nicht einfacher gewesen wäre, wenn die Klägerin den Darlehensvertrag direkt eingegangen wäre (Urk. 9/22 S. 8), bzw. der Darlehensvertrag sei aktenkundig mit Rechten und Pflichten an die Klägerin zediert worden (Urk. 9/22 S. 14, vgl. auch S. 15). Ein Vertretungsverhältnis machte sie nur insoweit geltend, als sie ausführte, dass F._____, was der Beklagten offen gelegt und bekannt gewesen sei, als "Vertreter der Klägerin (vorerst von deren Rechtsvorgängerin E._____, als Verkäuferin) gehandelt habe und damit denn auch den Darlehensvertrag auf seinen Namen eingegangen sei". Das sei völlig legal, die Wirkungen des Darlehensgeschäfts seien zunächst bei F._____ als bevollmächtigtem Vertreter eingetreten, sodann durch weitere Rechtsakte (Abtretungen) bei der Klägerin (act. 9/22 S. 16). Sie behauptete mit anderen Worten zuletzt eine indirekte Stellvertretung zunächst im Verhältnis zur E._____ und dann zu ihr (vgl. dazu BSK-WATTER, N. 2 zu Art. 32 OR). Dass F._____ den Darlehensvertrag in unmittelbarer Stellvertretung bzw. im Namen der E._____ und als Folge davon mit direkter Wirkung für die E._____ abgeschlossen habe, machte sie dagegen nicht geltend. Insbesondere ist solches vor dem Hintergrund der hier wiedergegebenen Behauptungen auch nicht aus den weiteren von der Klägerin in der Berufungsbegründung zur Unterstützung ihres Standpunkts bezeichneten Passagen in der erstinstanzlichen Replik herauszulesen (vgl. Urk. 2 S. 11). Gemäss den Ausführungen unter Ziffer 2.1 (Urk. 9/22 S. 3) war F._____ mit Verkaufs-/Vertragsverhandlungen beauftragt, also mit der Verhandlungsführung. Eine Beauftragung zum Abschluss von Verträgen behauptet die Klägerin entgegen dem in ihrer Berufungsreplik Vorgetragenen (Urk. 17 S. 2) an dieser Stelle weder allgemein noch hinsichtlich des Darlehensvertrages im Speziellen. Wenn die Klägerin sodann unter "Zu Ziff. 1.4." festhielt, die Beklagte sei darüber informiert/aufgeklärt gewesen, dass tatsächlich die Klägerin die wirkliche Darlehensgeberin gewesen sei (Urk. 9/22 S. 6), so war das im Licht ihrer übrigen Ausführungen so zu verstehen, dass die formell-juristischen von den wirtschaftli-

chen Verhältnissen abwichen bzw. eine indirekte Stellvertretung im Sinne des replicando unter "Zu Ziff. 3.2." Vorgetragenen vorlag.

1.2.1 Die Erhebung der Berufung hat zur Folge, dass der Prozess vor der Berufungsinstanz weitergeführt wird. Der Streitgegenstand bleibt allerdings der gleiche, weshalb Tatsachen und Beweismittel, die die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren nicht oder nicht rechtzeitig vorgebracht haben, im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden können. Neue tatsächliche Behauptungen werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn die entsprechende Tatsache bereits vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können bzw. bereits dazumal bekannt war, indes nur deshalb nicht vorgebracht wurde, weil die Rechtserheblichkeit der Tatsache unrichtig beurteilt wurde. Wer sorgfältig ist, hat vor erster Instanz die richtigen - rechtserheblichen - Tatsachen vorzutragen. Nur in Ausnahmefällen kann es auch im kantonalen Verfahren Fälle geben, in denen erst der Entscheid der ersten Instanz Anlass zum Vorbringen neuer Tatsachen gibt. Es geht dabei um Fälle, in denen die Partei vor erster Instanz in jeder Hinsicht sorgfältig prozessiert hat, indes aufgrund des Entscheides der ersten Instanz begründeten Anlass hat, vor der kantonalen Berufungsinstanz neue Tatsachen vorzutragen (ZK-REETZ/HILBER, N. 30 zu Art. 317 ZPO).

1.2.2 Die Beklagte macht in der Berufungsantwort vor diesem Hintergrund zu Recht geltend, die neue Sachverhaltsdarstellung der Klägerin sei im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig (Urk. 15 S. 5, 9). Die Behauptung, F._____ habe den Darlehensvertrag mit der Beklagten nur als Beauftragter der E._____ abgeschlossen, Darlehensgeberin sei die E._____ gewesen, hätte die Klägerin ohne weiteres bereits vor Vorinstanz vortragen können. Weshalb sie das nicht tat, bleibt ihr Geheimnis.

1.2.3 Prozessuale Versäumnisse der Vorinstanz, die über die Zulassung von Noven im Berufungsverfahren zu korrigieren wären (vgl. sinngemäss Urk. 2 S. 16), liegen nicht vor. Insbesondere bestand - anders als die Klägerin anzunehmen

scheint (Urk. 2 S. 10ff.) - keine Pflicht des erstinstanzlichen Gerichts, die von der Beklagten mitgetragene Sachdarstellung der Klägerin, wonach F. _____ als Darlehensgeber Partei des unter dem 27. November 1995 bzw. 12. Januar 1996 unterzeichneten Darlehensvertrages war, zu hinterfragen. Private können ihre Beziehungen innerhalb der gesetzlichen Schranken beliebig ausgestalten. Dazu gehört auch die Freiheit der Wahl des Vertragspartners bzw. die Freiheit zu bestimmen, wer durch einen Vertrag Rechte eingeräumt erhält und Pflichten übernimmt. Es ist mithin nicht das Gesetz, das definiert, wer in einem konkreten Fall aus einem Vertrag berechtigt und verpflichtet ist, sondern es sind die Beteiligten, die diese durch Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen festlegen (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 OR). Werden vertragliche Ansprüche in einem Prozess geltend gemacht, ist es daher für die Beurteilung des Rechtsstreits u.a. wesentlich, wer gemäss der einschlägigen privaten Absprache Vertragspartei war und wer allenfalls Rechtsnachfolger dieser Vertragspartei war bzw. ist. Wird ein Verfahren - wie vorliegend - von der Verhandlungsmaxime beherrscht, ist es dabei das Recht und die Pflicht der Parteien, dem Gericht diesbezüglich das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen, und das Gericht darf dem Urteil nur behauptete Tatsachen zugrunde legen (§ 54 ZPO). Das Gericht ist weder verpflichtet noch berechtigt, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Nur wenn das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt, darf und muss der Richter von seiner Fragepflicht Gebrauch machen (§ 55 ZPO). Solche unklaren Vorbringen lagen hier aber nicht vor und zwar selbst dann nicht, wenn man davon ausginge, dass die Vorinstanz die ihr von den Parteien vorgelegten Urkunden auf ihre grundsätzliche Übereinstimmung mit der Behauptung der Klägerin hätte überprüfen müssen.

Die Klägerin vermischt unzulässigerweise den Kaufvertrag betreffend die Stockwerkeinheit und den Darlehensvertrag, wenn sie unter Hinweis auf verschiedene Passagen in ihrer erstinstanzlichen Replik und unter Hinweis auf das Rubrum von Urk. 9/2/6 geltend macht, die Vorinstanz hätte bei näherem Hinsehen erkennen müssen bzw. sie habe "aktenwidrig" übersehen, dass F. _____ nur als Beauftragter der E. _____ gehandelt habe (Urk. 2 S. 8, S. 11ff.). Richtig ist, dass F. _____ besagtes Dokument aktenkundig als Bevollmächtigter der E. _____ unterzeichne-

te, welche ihrerseits unbestrittenermassen Baurechtsnehmerin, Bauherrin und Verkäuferin der Stockwerkeinheit war. Bei Urk. 9/2/6 handelt es sich allerdings um den Kaufvertrag betreffend die Stockwerkeinheit und nicht um den Darlehensvertrag. Letzterer ist in einem separaten Schriftstück dokumentiert und weist - nebst der Beklagten - "F. _____ i.Fa H. _____ AG" als Vertragspartei aus, worauf die Klägerin selber verweist (Urk. 2 S. 8, 11). Damit stimmen die Abtretungsurkunden überein. Diese sind zwar - was die Klägerin richtig bemerkt (Urk. 2 S. 12) - beide auf dem Briefpapier der E. _____ verfasst. Ihr Wortlaut bestätigt aber die erstinstanzliche Sachdarstellung der Klägerin, wonach (formell) F. _____ Darlehensgeber war und die Klägerin dessen (allfällige) Forderung über zwei Zessionen erworben hatte (vgl. Urk. 9/2/5a und 9/2/5b). Der in den Abtretungsurkunden erwähnte, auf dem Stockwerkeigentum der Beklagten lastende Inhaberschuldbrief wurde sodann gemäss Ziffer I. des öffentlich beurkundeten Pfandvertrags zwar, wie die Klägerin richtig zitiert, "zugunsten von F. _____, c/o E. _____ - Genossenschaft" an die G. _____ zugestellt. Der Schluss, die E. _____ und nicht F. _____ habe der Beklagten ein (Grundpfand-)Darlehen gewährt bzw. der Schuldbrief sei F. _____ zuhanden der E. _____ ausgehändigt worden (Urk. 2 S. 15), drängt sich allerdings weder bei einer isolierten Betrachtung des Wortlauts der Passage noch bei einer Interpretation derselben in ihrem Kontext auf. Im Gegenteil lässt der öffentlich beurkundete Wortlaut der betreffenden Vertragsklausel keinen Zweifel daran, dass F. _____ persönlich der Beklagten ein Grundpfanddarlehen gewährte, was wiederum klar macht, dass der Vermerk "c/o" einzig der Identifizierung von F. _____ als Grundpfandgläubiger mit seiner Zustelladresse diene. Dementsprechend musste dieser Vermerk die Vorinstanz aber entgegen der von der Klägerin offenbar vertretenen Auffassung (Urk. 2 S. 13) auch nicht dazu veranlassen, die klägerische Sachdarstellung, wonach (formell) F. _____ Darlehensgeber war und die Klägerin dessen (allfällige) Forderung über zwei Zessionen erworben hatte, als unklar im Sinne von § 55 ZPO zu beurteilen.

Die im Berufungsverfahren von der Klägerin neu eingereichten Urkunden 5/3-6 standen der Vorinstanz nicht zur Verfügung. Unklarheiten bezüglich der erstinstanzlichen Sachdarstellung konnten sich durch eine Einsicht in diese also von vornherein nicht ergeben. Vergleichbares gilt für die neuen Behauptungen betref-

fend die buchhalterische bzw. steuerliche Behandlung des Darlehens durch die E._____/Klägerin bzw. F.____ (vgl. Urk. 2 S. 13, 14f.). Diese beschlagen im Übrigen nicht die Vorstellung der Beteiligten über die Identität des Darlehensgebers, sondern diejenige über die Valutierung des Darlehens. Sie konnten daher die Vorinstanz ebenso wenig wie die Vorstellungen der G.____ betreffend die Werthaltigkeit des der Beklagten gewährten Darlehens (vgl. Urk. 2 S. 12) zum Schluss führen, die klägerische Behauptung, wonach (formell) F.____ der Darlehensgeber gewesen sei, sei irgendwie unklar.

1.3 Zusammengefasst stellen die Behauptungen der Klägerin in der Berufungsbegründung, die darauf hinauslaufen, F.____ habe den Darlehensvertrag mit der Beklagten nur als Beauftragter der E.____ abgeschlossen, Darlehensgeberin sei die E.____ gewesen, welche die Finanzierungslücke beim Kauf der Eigentumswohnung durch die Beklagte durch ein Verkäufendarlehen in der Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und Bankhypothek finanziert habe, nicht eine "klärende Verdeutlichung der bereits mit Akten vor Vorinstanz vorgetragenen Behauptungen zum Sachverhalt" (Urk. 2 S. 16), sondern im Licht von Art. 317 Abs. 1 ZPO unzulässige Noven dar. Auszugehen ist im Folgenden mithin von der klägerischen Darstellung im erstinstanzlichen Verfahren, wonach F.____ Darlehensgeber war.

1.4 Der Vollständigkeit anzufügen ist, dass sich daran auch nichts ändert, wenn man die Behauptung der Klägerin, F.____ habe den Darlehensvertrag als Vertreter der E.____ für diese abgeschlossen, nicht als neue tatsächliche Behauptung, sondern als neues rechtliches Vorbringen versteht und den am 27. November 1995 bzw. 12. Januar 1996 von F.____ und der Beklagten unterzeichneten Darlehensvertrag deshalb hinsichtlich der Person des Darlehensgebers objektiviert auslegt. So ist zunächst der Wortlaut des Darlehensvertrages, was die Person des Darlehensgebers betrifft, eindeutig. Im Ingress des Vertrages wird F.____ mit dem Zusatz in der Firma H.____ AG als Darlehensgeber genannt. In der Unterschriftenzeile ist festgehalten: "Der Darlehensgeber: [...] (F.____)". Hinweise auf die E.____ als Darlehensgeberin finden sich darin keine. Sie fehlen aber auch im übrigen Vertragstext. Ohne dass damit zur Frage der Novation Stellung genommen werden soll, ist sodann festzuhalten, dass auch im öffentlich be-

urkundeten Pfandvertrag F._____ als Grundpfandgläubiger genannt wird und der entsprechende Schuldbrief der G._____ AG zu seinen Gunsten eingeliefert wurde (Urk. 9/2/15; vgl. dazu auch Erw. II.1.2.3). Beide von der Beklagten mit Blick auf die Restfinanzierung ihrer Wohnung abgeschlossenen Verträge nennen also ausdrücklich F._____ als Gläubiger und enthalten auch im Übrigen keinerlei Hinweis darauf, dass F._____ diese in fremdem Namen abgeschlossen hat. Ob das dem E._____ -Modell im Einzelnen entsprach oder nicht, spielt keine Rolle. Tatsache ist, dass die Beklagte aufgrund der Formulierung und Ausgestaltung der Verträge von F._____ als Darlehensgeber ausgehen konnte und musste. F._____ selber sah sich im Übrigen offensichtlich auch als solcher. Entgegen der Auffassung der Klägerin beinhaltet Urk. 9/2/5a objektiv betrachtet (und unabhängig von der Frage ihrer Rechtsgültigkeit) nämlich nicht die Erklärung, dass "die Darlehensforderung tatsächlich E._____ als Verkäuferin zustehe" (Urk. 2 S. 9, 13), sondern bestätigt, dass F._____ den Vertrag (wenn auch nur vorerst) im eigenen Namen abgeschlossen hatte. Selbst die E._____ sah das offensichtlich nicht anders, betrachtet man die unter ausdrücklichem Hinweis auf eine Kaufvereinbarung mit F._____ betreffend das Darlehen erfolgte Abtretung des Betrages von CHF 155'000.00 an die Klägerin (Urk. 9/2/5b). Dass F._____ auch die Vereinbarung vom 2. August 1996 persönlich als Sicherungsgeber unterzeichnete (vgl. Urk. 9/15/3), bestätigt die Sichtweise zusätzlich.

Verletzung des rechtlichen Gehörs/Durchführung eines Beweisverfahrens

2.1 Eine Veranlassung, ein Beweisverfahren durchzuführen, bestand weder für Vorinstanz noch besteht sie für die Berufungsinstanz. Beweis ist ungeachtet der allgemeinen Komplexität eines zu beurteilenden Sachverhalts (vgl. Urk. 2 S. 18) immer nur über Tatsachen zu erheben, die streitig und für die Beurteilung des Rechtsstreits relevant sind (§ 133 ZPO). Eine Befragung von Zeugen und Parteien zwecks Klärung eines komplexen Sachverhaltes - wie es der Klägerin vorzuschweben scheint (Urk. 2 S. 18) - sieht die Prozessordnung auch unter dem Titel "Beweisverfahren" nicht vor. Das zivilprozessuale Beweisverfahren dient mit anderen Worten - anders als die Beweiserhebung im Strafverfahren - nicht einer allgemeinen, ergebnisoffenen Klärung des Sachverhalts. Wenn bei "komplexen Ver-

tragsgefügen immer auch mündliche Absprachen einerseits, sowie ein allenfalls unterschiedliches Vertragsverständnis eine Rolle" spielen (Urk. 2 S. 19) und der Vollzug eines Vertrages "bekanntlich kaum je umfassend aktenkundig gemacht wird" (Urk. 2 S. 20), enthebt dies die behauptungsbelastete Partei in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Zivilprozess nicht davon, allfällige mündliche Absprachen und den Vollzug des Vertrages (aus ihrer Sicht) zu behaupten. Das Beweisverfahren ersetzt weder Behauptungen noch dient es dazu, einer Partei die Möglichkeit zu geben, eine unbestritten gebliebene Sachdarstellung nachträglich zu korrigieren.

2.2 Entsprechend war und ist das Gericht nicht gehalten, ein Beweisverfahren über die (unbestritten gebliebene) Behauptung der Klägerin zu eröffnen, F. _____ habe der Beklagten ein Darlehen gewährt.

2.3 Wenn die Klägerin sich in ihrer Berufungsbegründung sodann auf den Standpunkt stellt, der Darlehensvertrag bzw. dessen Vollzug sei strittig (Urk. 2 S. 19), ist das richtig, was die rechtliche Beurteilung der Sachlage betrifft. Die für die rechtliche Beurteilung der umstrittenen Frage der Valutierung des Darlehens wesentlichen Umstände wie die Person des Darlehensgebers, die erfolgten Vermögenstransfers und die Art und Weise der Übertragung allfälliger Rechtspositionen auf mögliche Rechtsnachfolger des Darlehensgebers sind jedoch in tatsächlicher Hinsicht nicht umstritten. So ist nach dem Erwogenen davon auszugehen, dass nach übereinstimmender Darstellung der Parteien F. _____ der Darlehensgeber war und die E. _____ bzw. die Klägerin, wenn überhaupt, dann durch die in den Urk. 9/2/5a und Urk. 9/2/5b dokumentierten Erklärungen in die Rechtsposition von F. _____ eingetreten sind. Einig sind sich die Parteien sodann darin, dass der Beklagten der Darlehensbetrag nie in bar oder als Gutschrift bei einer Bank zur Verfügung gestellt worden ist und der einzige Vermögenstransfer zugunsten der Beklagten aus dem Umfeld F. _____/E. _____/Klägerin in der Übertragung des Eigentums an der der Beklagten von der E. _____ mit Vertrag vom 23. Februar 1996 verkauften Eigentumswohnung in der Liegenschaft C. _____-Strasse ..., D. _____, bestand (vgl. auch Urk. 2 S. 20, 34). Zu Kontroversen Anlass gibt einzig die Frage, ob in dieser Eigentumsübertragung durch die E. _____ eine Valutierung des

von F._____ versprochenen Darlehens gesehen werden kann, und diese kann allein auf der Basis des unbestrittenen Sachverhalts beantwortet werden (vgl. nachfolgend Erw. III.). Unerheblich ist insbesondere, ob das Darlehen in den Büchern der E._____ bzw. der Klägerin erfasst war (Urk. 2 S. 14f., 20f., 31). Die Erfassung in den Büchern kann die Darlehenshingabe nicht ersetzen, sie ist bestenfalls Ausdruck derselben. Es kann deshalb auch offen bleiben, ob die entsprechende Behauptung im Licht von Art. 317 ZPO überhaupt noch zu berücksichtigen wäre.

2.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren entgegen der Auffassung der Klägerin spruchreif ist. Eine Rückweisung zur Durchführung eines Beweisverfahrens oder die Durchführung eines Beweisverfahrens durch die Berufungsinstanz erübrigt sich.

III.

1. Gemäss Art. 312 OR verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte. Die Rückzahlung des Darlehens setzt voraus, dass dem Borger die Darlehenssumme rechtsgültig verschafft bzw. ausgehändigt worden ist. Der Darleiher kann die Valuta dem Borger entweder in bar übergeben oder ihm die Gutschrift auf ein Bank- oder Postkonto verschaffen. Die Aushändigung der Darlehenssumme kann auch mittelbar mit Hilfe Dritter bewerkstelligt werden. Der Darleiher kann beispielsweise zu Gunsten des Borgers eine Gutschrift bei einem Dritten erwirken oder an einen Gläubiger des Borgers leisten. Hingegen bedarf dies einer entsprechenden Vereinbarung (BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 312 N 7).

2.1 Nach dem Erwogenen ist davon auszugehen, dass F._____ den Darlehensvertrag mit der Beklagten im eigenen Namen unterzeichnete und damit die Verpflichtung zur Ausrichtung des Darlehens an die Beklagte übernahm. Unbestritten ist, dass er persönlich in der Folge der Beklagten die Darlehenssumme weder in bar auszahlte noch ihr eine Gutschrift auf einem Bank- oder Postkonto verschaff-

te. Weiter macht die Klägerin auch nicht geltend, dass F._____ die Kaufpreisschuld der Beklagten gegenüber der E._____ als Verkäuferin der Stockwerkeinheit (teilweise) beglich. Vielmehr stellt sie sich auf den Standpunkt, die E._____ habe durch Übertragung des Eigentums an der von der Beklagten erworbenen Stockwerkeinheit die Darlehenssumme im Sinne einer Teil-Finanzierung bzw. Teil-Kreditierung des Kaufpreises geleistet (Urk. 9/22 S. 8, 15; vgl. Urk. 2 S. 20). Das würde allerdings voraussetzen, dass die E._____ im Zeitpunkt der Anmeldung des Eigentumsübergangs auf die Beklagte gegenüber dem Grundbuchamt (vgl. zur materiellen Wirkung der Anmeldung BSK-SCHMID, N. 20 zu Art. 963 ZGB) auch Darlehensgeberin war. Das wiederum würde bedingen, dass F._____ der E._____ den Darlehensvertrag vor der Grundbuchanmeldung vom 16. April 1996 als Ganzes übertragen hätte, es also nicht nur zur Übertragung einer Forderung (konkret der Rückzahlungsverpflichtung), sondern darlehensgeberseitig zu einem Parteiwechsel gekommen wäre.

2.2 Ausser in vom Gesetz vorgesehen Einzelfällen, die vorliegend nicht interessieren, kann eine Vertragsübernahme auch rechtsgeschäftlich durch eine dreiseitige Vereinbarung unter Beteiligung der ursprünglichen Vertragsparteien und dem Übernehmer stattfinden (BSK-TSCHÄNI, N. 1 zu Art. 175 OR). Eine solche Vereinbarung zwischen der Beklagten, F._____ und der E._____ wurde von der Klägerin aber nie behauptet. Zwar formuliert sie, F._____ habe in der Folge "sein Darlehen" an die E._____ zediert (Urk. 9/1 S. 11) bzw. die E._____ habe den Darlehensvertrag an die Klägerin abgetreten (Urk. 9/22 S. 7) bzw. der Darlehensvertrag sei aktenkundig mit Rechten und Pflichten an die Klägerin zediert worden (Urk. 9/22 S. 14), was implizieren könnte, dass sie (auch) im Verhältnis von F._____ zur E._____ von einer Vertragsübertragung ausgeht. Allerdings argumentiert sie in diesem Zusammenhang einzig mit den Vereinbarungen bzw. Abtretungsurkunden, welche als Urk. 9/2/5a und Urk. 9/2/5b bei den Akten liegen (Urk. 9/1 S. 5, 11. Urk. 9/22 S. 15). Dass die Beklagte an der Übertragung der geltend gemachten Forderung beteiligt gewesen wäre, behauptete sie nie. Vielmehr verwies sie noch auf Ziffer 6 des Darlehensvertrags zwischen F._____ und der Beklagten (Urk. 9/1 S. 11) und interpretierte diese - objektiv richtig - so, dass der Darlehensgeber sich das Recht zur Zession des Darlehensguthabens gegenüber

der Beklagten ausbedungen habe (Urk. 9/1 S. 11; Urk. 9/22 S. 16). War die Beklagte aber an der Übertragung "des Darlehens" zwischen F._____ und der E._____ nicht beteiligt, konnte eine Vertragsübernahme nach dem eingangs Erwogenen nicht stattfinden. Gegenstand der Übertragung konnte vielmehr nur eine Forderung von F._____ gegen die Beklagte sein. F._____ hätte gegen die Beklagte aber nur dann überhaupt eine Forderung gehabt, wenn er persönlich das Darlehen valutiert hätte, was unbestrittenermassen nicht der Fall war.

4.1 Im Ergebnis bleibt es damit bei dem von der Vorinstanz Festgehaltenen: Das Darlehen gemäss Vereinbarung vom 27. November 1995 bzw. 12. Januar 1996 wurde nicht valutiert, auch nicht durch Übertragung des Eigentums an der Stockwerkeinheit von der E._____ auf die Beklagte. Ein Anspruch auf Rückerstattung der Darlehenssumme durch die Beklagte besteht damit von vornherein nicht. Bei dieser Ausgangslage kann offen bleiben, ob dieser überhaupt rechtsgültig an die E._____ bzw. die Klägerin abgetreten wurde oder ob er durch Novation untergegangen ist (vgl. Urk. 14 S. 12ff. und Urk. 43 S. 15ff.).

4.2 Dass aufgrund der fehlenden Valutierung des Darlehens auch für die Geltendmachung von weiteren, nach der Sachdarstellung der Klägerin auf der Hingabe des Darlehens beruhenden Ansprüchen in der Höhe von CHF 29'271.30 kein Raum bleibt, hat die Vorinstanz richtig erkannt (Urk. 3 S. 9).

4.3 Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung steht der Klägerin sodann auch nicht zu. Die Übertragung des Eigentums an der Wohnung durch die E._____ auf die Beklagte erfolgte auf der Basis eines zwischen der E._____ und der Beklagten rechtsgültig geschlossenen Kaufvertrages und damit nicht ohne Rechtsgrund. Damit scheidet ein Bereicherungsanspruch aber von vornherein aus (vgl. BSK-SCHULIN, N. 38 zu Art. 62 OR mit Hinweisen). Falls die Beklagte den gemäss Kaufvertrag geschuldeten Kaufpreis nicht beglichen haben sollte, wäre es an der E._____ (gewesen), einen allfälligen Restbetrag gegen die Beklagte gestützt auf den Kaufvertrag geltend zu machen bzw. die entsprechende Kaufpreisforderung an einen Dritten zu zedieren, der diese dann gegen die Beklagte hätte geltend machen können.

5. Die Klage ist mithin in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen.

IV.

1. Ein Grund, der Beklagten das ihr für das erstinstanzliche Verfahren gewährte Armenrecht nicht auch für das Berufungsverfahren zu gewähren, besteht nicht. Dass sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mit dem Rechtsmittelverfahren potentiell verbundenen Gerichts- und Parteikosten zu bezahlen, ist belegt (Urk. 14/3-19). Ihr Rechtsbegehren war und ist, wie der Ausgang des Verfahrens zeigt, nicht aussichtslos. Dementsprechend ist der Beklagten auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es ist ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, zumal die Klägerin auch anwaltlich vertreten ist (Art. 117f. ZPO).

2. Über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hat die Berufungsinstanz bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO e contrario). Es bleibt insoweit ohne Weiteres beim erstinstanzlichen Entscheid (Urk. 3 Dispositiv-Ziffern 2. bis 4.).

3.1 Für den Berufungsprozess wird die Klägerin ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 i.V.m. Art. 106 ZPO). Die Gerichtskosten sind mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 ZPO).

3.2 Die Höhe der Gerichtsgebühr und die Höhe der an die Gegenseite zu zahlenden Prozessentschädigung richtet sich nach den einschlägigen Verordnungen des Obergerichts (Art. 105 Abs. 2 ZPO; LS 211.11 und LS 215.3). Die Gerichtsgebühr ist vor diesem Hintergrund ausgehend von einem Streitwert von rund CHF 184'270.00 auf CHF 12'120.00, die Prozessentschädigung auf CHF 15'340.00 festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzusatz auf der Prozessentschädigung ist mangels eines entsprechenden Antrages nicht geschuldet.

Es wird beschlossen:

1. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Prozessentschädigung) des erstinstanzlichen Verfahrens richten sich nach den Dispositiv-Ziffern 2. bis 4. des angefochtenen Entscheides.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 12'120.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren von CHF 15'340.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 184'270.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc