

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120115-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 1. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____, und/oder durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung / Aberkennungsklage**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Oktober 2012; Proz. CG100020

Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung in Höhe von CHF 288'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2009 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts C._____, Zahlungsbefehl vom 2. Dezember 2009) nicht besteht.
2. Eventuell sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung in Höhe von CHF 288'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2009 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts C._____, Zahlungsbefehl vom 2. Dezember 2009) im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht fällig gewesen ist.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen:

1. Die mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes C._____ vom 2. Dezember 2009, Betreuung Nr. ..., betriebene Forderung von Fr. 288'000.- zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Oktober 2009 wird im Teilbetrag von Fr. 150'000.- zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Oktober 2009 sowie der Hälfte der entsprechenden Arrest- und Betreuungskosten und der Hälfte der Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 4 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. Februar 2010 aberkannt. Im übrigen Umfang wird die Aberkennungsklage abgewiesen und ist dementsprechend die mit Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. Februar 2010 erteilte Rechtsöffnung definitiv.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 21'700.--; die Barauslagen betragen:
Fr. 50.-- Zeugenentschädigung
Fr. 21'750.-- Total
3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil des Klägers wird mit den von ihm geleisteten Vorschüssen (Kautions, Barvorschuss) verrechnet, der Anteil des Beklagten, soweit ausreichend, mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss.
4. Die Prozessentschädigungen werden wettgeschlagen.
- 5./6. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers (act. 59 und act. 77):

1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit die Aberkennungsklage abgewiesen wurde.
2. Es sei die Aberkennungsklage vollumfänglich gutzuheissen, und es sei in Abänderung von Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Urteils die in Betreuung gesetzte Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts C._____, Zahlungsbefehl vom 2. Dezember 2009) auch im Restbetrag von Fr. 138'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2009 sowie der zweiten Hälfte der entsprechenden Arrest- und Betreuungskosten und der zweiten Hälfte der Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 4 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 9. Februar 2009 abzuerkennen.
3. Eventuell zu Ziff. 2 vorstehend sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts C._____, Zahlungsbefehl vom 2. Dezember 2009) soweit im angefochtenen Urteil nicht aberkannt, d.h. im Restbetrag von Fr. 138'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2009 im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht fällig gewesen ist, und es seien die entsprechenden, nicht schon aberkannten Arrest- und Betreuungskosten und Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 4 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 9. Februar 2009 abzuerkennen.
4. In Abänderung von Dispositiv Ziffern 2 und 3 seien die Gerichtskosten für das vorinstanzliche Verfahren vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen und es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung von mindestens Fr. 28'000.-- zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen *zuzüglich Mehrwertsteuer* zu lasten des Beklagten und Berufungsklägers.

Es sei die Anschlussberufung abzuweisen

des Beklagten (act. 69):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 31. Oktober 2012 (Verfahren Nr. CG100020) vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Berufung des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.

2. Es sei die Aberkennungsklage des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Verfahren Nr. CG100020) vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei dem Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. _____ (Zahlungsbefehl vom 2. Dezember 2009) die definitive Rechtsöffnung für Fr. 288'000.-- nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2009 und die Betreuungskosten zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten.

Erwägungen:

1. Die Parteien waren persönlich und geschäftlich mit einander verbunden. Der (Aberkennungs-)Beklagte ist einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der D. _____ GmbH. Der (Aberkennungs-)Kläger hält eine Mehrheitsbeteiligung an der E. _____ AG, welche ihm nach eigener Darstellung vom Beklagten vermittelt wurde. Diese Gesellschaft bezweckt zur Hauptsache die Realisierung eines Bauvorhabens in C. _____. Sie gab dafür "dem Beklagten beziehungsweise seiner D. _____ GmbH" den Auftrag, dieses Projekt "voranzutreiben", und sie erteilte dafür dem Beklagten "umfassende Vollmacht" (Zitate aus der Klageschrift). Eine weitere Verbindung ergab sich daraus, dass der Kläger und seine Frau mit der D. _____ GmbH einen Generalunternehmervertrag über den Umbau der Liegenschaft F. _____-Gasse ... in Zürich schlossen. Endlich hatten der Kläger und seine Frau einen Ausstellungsraum in ... an die G. _____ AG vermietet, deren Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Beklagte war. Weitere Bauprojekte, welche die D. _____ GmbH nach Darstellung des Beklagten für "die Familie A. _____" betreut habe (act. 2/20), sind heute nicht direkt Thema.

Am 25. Februar 2009 unterzeichneten die Parteien ein mit "private Abmachung Darlehensvertrag" überschriebenes Dokument. Danach hatte der Kläger vom Beklagten am 17. Dezember 2007 ein Darlehen von Fr. 588'000.-- aufgenommen, davon aber am 4. April 2008 Fr. 300'000.-- zurückbezahlt. Die Parteien stellten fest, dass die "Restschuld" Fr. 288'000.-- betrage, vom Borger jederzeit

zurückbezahlt und vom Darleiher mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden könne (act. 2/8). Mit Schreiben vom 25. Juni 2009 an Rechtsanwalt Z. _____ (welcher sich namens des Klägers und der E. _____ AG kurz zuvor gegenüber dem Beklagten zur Sache geäußert hatte: act. 2/17 als Reaktion auf act. 2/16) kündigte der Beklagte das Darlehen per 26. September 2009 (act. 2/19).

Am 23. November 2009 bewilligte die zuständige Einzelrichterin für eine Forderung des Beklagten von Fr. 288'000.-- nebst Zins gegen den Kläger einen Arrest (act. 53/Dossier EQ090019 act. 4). Mit Zahlungsbefehl vom 2. Dezember 2009 prosequierte der Beklagte diesen Arrest, und auf Rechtsvorschlag des Klägers hin wurde am 9. Februar 2010 die provisorische Rechtsöffnung erteilt (act. 54/ Dossier EB090391 act. 20). Der Kläger ging in die Aberkennungsklage, welche das Bezirksgericht am 31. Oktober 2012 teilweise guthiess (act. 61). Es erachtete den Einwand des Klägers als begründet, er habe dem Beklagten einen Teilbetrag von Fr. 150'000.-- bezahlt, und verwarf die anderen Einwendungen - daraus resultierte das eingangs wiedergegebene Dispositiv.

Beide Seiten fechten den Entscheid an (der Kläger mit Haupt-, der Beklagte mit Anschlussberufung) je mit dem Ziel des nicht nur teilweisen, sondern gänzlichen Obsiegens im Streit um die Aberkennung. Die verlangten Kostenvorschüsse (Art. 98 ZPO) wurden geleistet. Nach Ende des Schriftenwechsels reichte der Kläger eine Noveneingabe ein, zu welcher sich der Beklagte äussern konnte. Auf Einzelheiten ist so weit nötig zurückzukommen.

2. Der Kläger wendet sich mit drei Argumenten gegen das angefochtene Urteil in dem Umfang, als es die (Aberkennungs-)Klage abweist: Erstens beharrt er darauf, die Parteien seien sich mündlich einig geworden, dass der Betrag gemäss Darlehensvertrag erst fällig werde, wenn alle Beziehungen zwischen den Parteien und ihren Gesellschaften bereinigt seien. Zweitens verstosse der gegenteilige Standpunkt ohnehin gegen Treu und Glauben und sei darum auch dann nicht zu schützen, wenn die erste Behauptung beweislos bleiben sollte. Und drittens erklärt der Kläger eventuell Verrechnung, zunächst für Fr. 4'000.--, mit einer Noveneingabe für weitere rund Fr. 117'500.--.

2.1 Das Bezirksgericht erwägt zum Einwand der mangelnden Fälligkeit vorweg, der Abschluss und die Abrechnung anderer Projekte ("F. _____-Gasse, Zürich" und "E1. _____") stehe nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, und der Aberkennungskläger könne die Darlehensrückzahlung daher nicht gestützt auf Art. 82 OR verweigern. Allerdings wäre es möglich und rechtlich zulässig, dass die heutigen Parteien eine solche Abmachung getroffen hätten - wie es der Kläger behauptet. Das Bezirksgericht führte dazu ein Beweisverfahren durch und kam zum Schluss, der Kläger habe den Beweis nicht führen können (Urteil S.12 ff.); daher sei zu seinen Ungunsten anzunehmen, die behauptete Abrede gebe es nicht (Art. 8 ZGB).

Der Kläger lässt das nicht gelten. Er kritisiert die Beweiswürdigung durch das Bezirksgericht, welcher er eine eigene gegenüberstellt (act. 59 Rz. 17 ff.). Das ist ohne Weiteres zulässig, denn die Beweiswürdigung bedeutet weitgehend Ausübung pflichtgemässen Ermessens, und dieses kann mit der Berufung frei überprüft werden (Art. 310 lit. b ZPO gegenüber Art. 320 Abs. 2 ZPO). Mindestens missverständlich ist, wenn der Kläger in der Berufungsschrift "Beweisofferten" stellen lässt (act. 59 Rz. 18), das war schon nach dem alten kantonalen und ist auch nach neuem Prozessrecht nicht zulässig. Bei genauerer Betrachtung will diese Textstelle aber offenbar nur klar stellen, mit welchen schon vom Bezirksgericht abgenommenen Beweismitteln in der Folge argumentiert werden soll.

Ausgangspunkt ist der schriftlich vorliegende Darlehensvertrag (act. 2/8). Nach der Bestimmung zur "Rückzahlung" hat das Darlehen "keine feste Laufzeit und kann vom Kreditnehmer ganz oder teilweise zurückbezahlt werden", ferner heisst es unter dem Titel "Kündigungsfrist": "3 Monate (für Kreditgeber)". Für das hier streitige Thema fällt also auf, dass eine Verbindung der Rückzahlungspflicht mit anderen die Parteien resp. ihre Gesellschaften verbindenden Projekten nicht gemacht wird. Wenn im Rahmen eines ausdrücklich als "private Abmachung" übertitelten Darlehensvertrages der beiden Beteiligten Verhältnisse aus ihrem beruflichen Bereich und Projekte ihrer Gesellschaften eine Rolle spielen sollten, wäre doch zu erwarten, dass sie das irgendwie festgehalten hätten. Das Fehlen ei-

ner solchen Bemerkung spricht dagegen, dass die behauptete Abmachung getroffen wurde.

Der Kläger widerspricht dem Bezirksgericht, welches aus der Bezeichnung "private Abmachung" ableitet, das Darlehen sei danach von den geschäftlichen Verbindungen losgelöst gedacht gewesen. Es handle sich eben nicht um ein "normales Darlehen", sondern um eine um mündliche Nebenabreden erweiterte Abmachung (act. 59 Rz. 25). Das ist nicht überzeugend. Ob das Darlehen um eine mündliche Abrede im behaupteten Sinn erweitert wurde, ist gerade streitig, und das Wiederholen der Behauptung taugt als Argument der Beweiswürdigung nicht. Die Überlegung des Bezirksgerichts ist durchaus plausibel, die Bezeichnung "private Abmachung" sei ein Hinweis dafür, die Parteien hätten das Geschäft bewusst von ihren anderen "geschäftlichen Aktivitäten" trennen wollen. Darauf kommt es aber im Grunde nicht an, denn auch wenn man aus der zitierten Überschrift nicht darauf schliessen dürfte, die Parteien hätten sie als Abgrenzung zu ihren anderen Aktivitäten verstanden, könnte doch jedenfalls nicht das genaue Gegenteil damit belegt werden: dass "*private* Abmachung" ausdrücken wollte, es komme für eine mögliche Fälligkeit des Darlehens auf den Abschluss und die Abrechnung der *geschäftlichen* Projekte an.

Die vereinbarte Kündigungsfrist von drei Monaten liesse sich damit vereinbaren, dass auch nach dem Eintritt der vom Kläger behaupteten Bedingung für eine Kündigung des Darlehens noch die Frist von drei Monaten abzuwarten gewesen wäre. Generell entspricht es guter Übung, dass man für das Bereitstellen bedeutender Summen eine gewisse Frist zur Verfügung stellt. Ein Indiz für die Behauptung des Klägers ist es allerdings ebenfalls nicht. Die Klausel macht nicht weniger Sinn, wenn das Darlehen dem Wortlaut entsprechend vom Kreditgeber ohne weitere Voraussetzung auf die drei Monate hinaus zurück verlangt werden konnte.

Nach dem mittlerweile aufgehobenen, aber für das hier streitige Beweisverfahren noch geltenden kantonalen Recht ist die persönliche Befragung des Klägers zu seinen Gunsten nicht verwertbar (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH). Richtigerweise argumentiert er in der Berufung denn auch nicht damit.

Der Zeuge H._____ ist ein Freund des Klägers. Er wurde zufälliger Ohren-
Zeuge von Diskussionen der heutigen Parteien um den streitigen Vertrag, weil er
(offenbar zu einem anderen Thema) am Telefon mit dem Kläger war, als der Be-
klagte zu diesem ins Büro trat. Der Kläger bat den Zeugen: "warte kurz", unterhielt
sich unterdessen mit dem Beklagten, und über dieses Gespräch gab der Zeuge
Auskunft. Details waren ihm nicht mehr präsent. Er hörte immerhin, dass es um
einen Darlehensvertrag ging und hatte den bestimmten Eindruck, dem Kläger sei
das Ganze zu schnell gegangen, er hätte mehr Bedenkzeit vorgezogen. Der Zeu-
ge erinnerte sich, dass der Kläger auch eine "Gesamtabrechnung" haben wollte in
dem Sinn, dass klar würde, "wer wem was wann wie bezahlt habe und wer wem
was schulde". Hinterher schien ihm bemerkenswert, dass der Kläger anlässlich
dieser Unterhaltung eine bindende Verpflichtung unterschrieben hat - nach sei-
nem Eindruck hätte er eher "die Fixierung einer Momentaufnahme oder den
Nachweis eines bestimmten Zahlungsflusses" erwartet. Allerdings gab er aus-
drücklich zu Protokoll, dass der Beklagte zu Beginn des Gespräches das Wort
"Darlehensvertrag" verwendete, und er konnte sich nicht positiv und konkret da-
ran erinnern, dass die Parteien darüber sprachen, das Darlehen solle nicht zurück
gefordert werden können, so lange zwischen den Parteien des Darlehens und/
oder ihren Gesellschaften noch Abrechnungen offen seien (Prot. I S. 43 ff.). Diese
Aussagen bestätigen den Eindruck, den das schriftliche Dokument erweckt: dass
dieser Vertrag rasch und nicht besonders sorgfältig aufgesetzt wurde. Dass man
im Februar 2009 einen Vertrag aufsetzt über ein Darlehen von Fr. 588'000.--, das
bereits im Dezember 2007 in dieser Höhe ausbezahlt worden ist, und dass man
erst unter "weitere Abmachungen" festhält, es seien im April 2008 Fr. 300'000.--
zurückbezahlt worden, ist ungewöhnlich. Der Eindruck des Zeugen, der Kläger
habe sich zunächst gesträubt, ist ohne Weiteres plausibel. Es mag auch sein,
dass er einwendete, er müsse doch zuerst wissen, "wer wem was wann wie be-
zahlt habe und wer wem was schulde". Die Rückzahlung des als "privat" bezeich-
neten Darlehens von bestimmten Vorgängen bei geschäftlichen Projekten abhän-
gig zu machen, wäre ohne Weiteres zulässig gewesen. Der Zeuge hat aber von
einer solchen Abmachung nichts gehört, und in die schriftliche Abmachung ist die
nicht eingeflossen, obschon dort etwa die Teil-Rückzahlung des ursprünglichen

Darlehen von Fr. 588'000.-- von Hand ergänzt ist. Ob der behaupteten Abrede eine kommerzielle Logik zugekommen wäre, muss offen bleiben, weil man jedenfalls nicht sagen kann, ohne sie verlöre der Darlehensvertrag nach Treu und Glauben jeden Sinn. Die Aussagen des Zeugen können den Beweis nicht stützen.

Die Ehefrau des Klägers wurde ebenfalls als Zeugin befragt. Sie war damals für ihren Mann tätig, sie war persönlich anwesend, als die Parteien den streitigen Vertrag unterzeichneten, und sie nahm auch wahr, dass der Zeuge H._____ am Telefon mithören konnte. Sie gab an, dass der Beklagte in jenem Zeitpunkt mit Projekten und Abrechnungen in Verzug war, hatte ihn persönlich dafür gemahnt. An Einzelheiten des fraglichen Gesprächs konnte sie sich "nicht gut" erinnern. Sie sagte, es hätte eigentlich ein Treuhandvertrag unterschrieben werden sollen, der Beklagte habe aber dann den Darlehensvertrag mitgebracht (und dessen Unterzeichnung zur Bedingung gemacht, dass er den Treuhandvertrag unterschrieb). Sie "nahm an", dass neben dem Darlehen auch die anderen Projekte angesprochen wurden, denn beide Parteien seien sich "bewusst" gewesen, dass zuerst die anderen Abrechnungen erstellt werden müssten, bevor die Frist von drei Monaten (offenbar zu ergänzen: als Kündigungsfrist für das Darlehen) "wirksam" würde. Auf konkrete Frage räumte sie ein, dass die ausstehenden Abrechnungen an jenem Tag nicht ausdrücklich Thema waren (Prot. I S. 32 ff.). - Die Zeugin wurde unter Strafdrohung einvernommen, und dafür, dass sie bewusst lüge, gibt es keine Anzeichen. Immerhin identifiziert sie sich sehr mit dem Standpunkt ihres Mannes - sie sprach davon, dass "Herr B._____ gewisse Dinge anders interpretierte *als wir*" (Hervorhebung beigefügt). Das ist unter Eheleuten nicht weiter bemerkenswert, bestätigt aber ihre Nähe zum klägerischen Standpunkt. Entsprechend ist es nicht nur möglich, sondern geradezu wahrscheinlich, dass sie das am fraglichen Gespräch Mitgehörte im Licht ihres und ihres Mannes Standpunktes interpretiert. Wesentlich ist, dass sie nicht bestätigen konnte, es sei ausdrücklich von einer Verknüpfung der anderen Projekte mit dem Darlehen die Rede gewesen. Für sie war es offenbar einfach klar, dass eine solche Verknüpfung gemacht werden müsse, zumal sie den Beklagten schon selber erfolglos um die Fertigstellung und/oder Abrechnung dieser Projekte ersucht hatte. Als Beweis dafür, dass der konkrete Darlehensvertrag diese Verknüpfung nach dem übereinstimmenden Wil-

len der Parteien vorsähe, gibt diese subjektive Überzeugung aber nichts her, und dass der Vertrag "überhastet" aufgesetzt wurde, wie in der Berufung hervorgehoben wird, ändert daran nichts.

Zusammengefasst gelingt es dem Kläger nicht, den überzeugenden und strikten Beweis für seine Behauptung zu erbringen. Vertraglich war der Beklagte in seinem Recht, das Darlehen auf drei Monate hinaus fällig zu stellen, nicht weiter beschränkt.

2.2 Für diesen Fall und im Eventualstandpunkt macht der Kläger geltend, die Kündigung verstosse gegen Treu und Glauben. Das Bezirksgericht beurteilt den Einwand als nicht berechtigt. Weder könnte der Kläger den Umstand, dass der Beklagte allenfalls die Arbeit an einzelnen anderen Projekten eingestellt oder verzögert habe, der Fälligkeit des Darlehens entgegen halten, noch sei es zulässig, die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften und damit die getrennte Betrachtung ihrer Rechte und Pflichten im Sinne eines Durchgriffes zu überspielen (Urteil S.9 f. und 18 f.).

In der Berufung argumentiert der Kläger wie folgt: er habe der E. _____ AG verschiedentlich Darlehen gewährt und dabei die Zahlungen zum Teil auf Konten der D. _____ GmbH geleistet. Die D. _____ GmbH verweigere nun eine korrekte Abrechnung über diese Gelder, welche sie im Interesse der E. _____ AG hätte verwenden müssen. Speziell beim Betrag von Fr. 150'000.-- habe der Beklagte zuerst behauptet, diese von der D. _____ an den Kläger geleistete Zahlung sei ein Darlehen in jenem Verhältnis, das der Kläger zurückzahlen müsse. Nun räume er (der Beklagte) aber ein, dass diese Fr. 150'000.-- sein (des Klägers) Geld waren, welches nach der Überweisung der D. _____ GmbH an den Kläger zum Ausgleich einer Schuld des Klägers gegenüber dem Beklagten zu verwenden war. Der Beklagte könne doch nicht die Abrechnung über erhaltenes Geld verweigern, erhaltenen Zahlungen situativ verschiedene Rechtsgründe zuschreiben und parallel dazu vom Kläger weitere Zahlungen fordern (act. 59 Rz. 59 ff.).

Ob es unter loyalen Geschäftspartnern angezeigt wäre, die gegenseitigen Beziehungen auch unter den ihnen nahe stehenden Gesellschaften generell zu

bereinigen, bevor einzelne Forderungen eingefordert werden, muss offen bleiben. Der Kläger war an der Schaffung der augenscheinlich nur schwer zu überblickenden Verhältnisse durch die Verwendung der E. _____ AG, das Eingehen der diversen Verträge und durch das Ausführen der erwähnten Zahlungen jedenfalls mit beteiligt. Zu Recht hält ihm das Bezirksgericht vor, dass er sich an die Personen oder Gesellschaften halten solle, welche eine Sache konkret betreffe. So führt er einerseits aus, die D. _____ GmbH habe Geld eingenommen, beklagt aber andererseits, der Beklagte verweigere die Abrechnung. Ob der Beklagte sich auf "situativ verschiedene Rechtsgründe" beruft, hat mit der Fälligkeit des Darlehens nichts zu tun - wenn diese Standpunkte des Beklagten klar falsch sind, kann sie der Kläger auch ohne Weiteres widerlegen, und wenn die Verhältnisse so verwickelt sind, dass die Rechtsgründe unklar sind, hat er seinen eigenen Anteil daran.

Dass der Beklagte auf der Rückzahlung des Darlehens beharrt, auch wenn es im Verhältnis der Parteien und der von ihnen beherrschten Gesellschaften noch offene Punkte gibt, ist jedenfalls nicht "offenbar" rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB.

2.3.1 Mit der Berufung (act. 59, Rz. 34 ff.) erklärt der Kläger eventuell Verrechnung im Umfang von Fr. 4'000.--, was er wie folgt begründet: als Folge des Urteils im Rechtsöffnungsverfahren (act. 2/1) habe er dem Beklagten die dort zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 8'000.-- bezahlt. Aufgrund des Urteils des Bezirksgerichts im ordentlichen Prozess sei dem Beklagte die Hälfte der Kosten und der Entschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens aberkannt worden (act. 60/1 S. 27, Dispositiv Ziff. 1), und daher habe er (der Kläger) nun die Rückerstattung von Fr. 4'000.-- zugut. Dem hält der Beklagte entgegen, dass die Aberkennungsklage vom Obergericht gänzlich abgewiesen werden müsse, und daher auch Kosten und Entschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens (wieder) vollumfänglich zu Lasten des Klägers gingen; im Übrigen sei die Verrechnungserklärung ein unzulässiges Novum (was nur so erklärt, aber nicht weiter begründet wird: act. 69 Rz. 81).

Die schweizerische Zivilprozess beschränkt zwar radikal die Möglichkeit der Parteien, im Berufungsverfahren Neues einzubringen. Zulässig ist das

aber dann, wenn Neues ohne Verzug vorgebracht wird und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon der ersten Instanz vorgetragen werden konnte (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Der Kläger stützt die Verrechnungserklärung betreffend der Fr. 4'000.-- auf das angefochtene Urteil, und er bringt sie mit der Berufungsbe-gründung vor. Unter dem Aspekt des Novenrechts ist sie zulässig. Der Beklagte bestreitet die Zulässigkeit der Verrechnung damit, dass nach seinem Antrag das Obergericht die Aberkennung im ganzen Umfang verweigern werde, und damit werde auch die Regelung von Kosten und Entschädigungen im Rechtsöffnungs-verfahren wieder so hergestellt, wie sie seinerzeit angeordnet wurde, und die Zah-lung der (ganzen) Fr. 8'000.-- als Parteientschädigung sei richtig. Das ist nicht richtig. Wie das Obergericht in der Sache entscheidet, erfahren die Parteien erst mit der Eröffnung des Urteils im Berufungsverfahren. Vorher kann keine Seite in Vorwegnahme dieses Entscheides Konsequenzen daraus ableiten. Aus dem glei-chen Grund ist aber auch die Überlegung des Klägers unzutreffend: wohl hat das angefochtene Urteil die Kosten und Entschädigungen des Rechtsöffnungsverfah-rens neu geregelt. Die Berufung dagegen hatte allerdings aufschiebende Wir-kung. Zwar sagt das Gesetz nur, "Die Berufung" hemme Rechtskraft und Voll-streckbarkeit (Art. 315 Abs. 1 ZPO); es herrscht aber Übereinstimmung, dass ein berufungsfähiges Urteil nicht in Rechtskraft erwächst und diese mit dem Erklären der Berufung wieder dahinfällt, sondern dass Rechtskraft und Vollstreckbarkeit aufgeschoben sind, bis die Fristen zum Stellen der Anträge abgelaufen sind (für die kantonalen Rechte nur beispielhaft § 190 Abs. 1 ZPO/ZH, Art. 334 Abs. 1 ZPO/ BE; für das neue Recht ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl. 2013, Art. 315 N. 8, BK ZPO-Sterchi, Art. 315 N. 2), und das gilt in konstanter Praxis auch für die An-schlussberufung. Der Beklagte verlangt mit seiner Anschlussberufung die völlige Abweisung der Aberkennungsklage und "definitive Rechtsöffnung" für die in Be-treibung gesetzte Forderung, einschliesslich der Betreuungskosten. Zu den letz-teren gehören nach üblichem Sprachgebrauch auch die Kosten des Rechtsöff-nungsverfahrens - nach Treu und Glauben ist der Antrag des Beklagten jedenfalls so zu verstehen. Damit ist ein allfälliger Rückerstattungsanspruch des Klägers für einen Teil der bereits bezahlten Entschädigung nicht fällig, und die Verrechnung ist aus diesem Grund ausgeschlossen.

2.3.2 Mit Noveneingabe vom 18. Juli 2013 (act. 81) macht der Kläger eine weitere Verrechnung zum Thema der Berufung: aus einem mit Urteil des Obergerichts Schaffhausen vom 5. Juli 2013 abgeschlossenen Verfahren sei der Beklagte verpflichtet, ihm (dem Kläger) Fr. 40'240.-- und Fr. 57'223.80 für das erstinstanzliche sowie Fr. 20'000.-- für das zweitinstanzliche Verfahren zu zahlen, und für alle diese Beträge erkläre er eventuell Verrechnung (sein Hauptstandpunkt ist nach wie vor, dass er die betriebene Forderung nicht schulde). Der Beklagte wendet dagegen ein, die in Schaffhausen beurteilte Forderung sei "im vorliegenden Verfahren nicht von Relevanz". Die Verrechnung sei prozessual unzulässig, da das erstinstanzliche Urteil bereits von 2012 datiere und im vorliegenden Verfahren bereits dem Bezirksgericht hätte eingereicht werden können, und da die Noveneingabe auch bezüglich des obergerichtlichen Urteils zu spät eingereicht worden sei. Überdies werde er das Urteil anfechten, dieses werde bei Gutheissung der Beschwerde nicht in Rechtskraft erwachsen, und daher seien die Forderungen nicht fällig (act. 85).

Wenn der Beklagte darauf hinweist, der Kläger habe das erstinstanzliche Urteil bereits vier Monate vor dem heute angefochtenen Urteil erhalten und reiche es daher verspätet ein, übergeht er (auch hier) die aufschiebende Wirkung der Berufungsfrist und dann des Einreichens der Berufung. Das Kantonsgericht Schaffhausen hatte über eine behauptete Forderung des Beklagten von Fr. 500'000.-- zu entscheiden (act. 82/5), und sein Urteil dazu, womit es den Bestand der Forderung verneinte, unterlag daher der Berufung. Diese ergriff der Beklagte, mit dem Antrag, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben, und es sei ihm im (ganzen) Umfang von Fr. 500'000.-- "definitive Rechtsöffnung zu erteilen (...) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten und [Aberkennungs-]Klägers" (act. 82/6 S. 3, Abschnitt H.). Damit wurden sowohl das Urteil in der Sache als auch die Regelung der Kostenfolgen einstweilen nicht vollstreckbar. Die entsprechenden Ansprüche des Klägers wurden nicht fällig und konnten daher nicht zur Verrechnung gestellt werden. In dieser Beziehung konnte die Einrede also einstweilen nicht verwirken.

Der Kläger erhielt das Urteil des Obergerichts am 8. Juli 2013, und am Donnerstag 18. Juli 2013 gab er die Noveneingabe zur Post. Dabei ist vorweg zu fragen, ob die Zustellung des Urteils überhaupt der im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO fristauslösende Zeitpunkt ist. Grundlage der neu erklärten Verrechnung ist wohl das Urteil. Die Verrechnung wurde aber erst mit der Eingabe selbst erklärt; wenn es darauf ankommt, fallen das Novum und die Übermittlung ans Gericht zusammen und kann das Zweite nicht verwirkt sein. Die Frage stellt sich ähnlich bei der Abtretung, der Verrechnung und dem Geltendmachen einer Verjährung. Alles sind Willenserklärungen, die unter Umständen schon früher hätten abgegeben werden können. Es kommt mitunter vor, dass ein Kläger mangels Aktivlegitimation abgewiesen wird und sich das Urteil darüber ausspricht, wer an seiner Stelle der Rechtsträger sei. Wenn er mit der Berufung eine Abtretung neuen Datums dieses Dritten einreicht, wird man ihm kaum vorhalten, er hätte diese Abtretung schon früher erhältlich machen können, und ihm das Einbringen des Novums gestützt darauf versagen (wenn man mit BK ZPO-Sterchi Art. 317 N. 10 die Zulässigkeit damit begründen wollte, dass erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gegeben habe, wäre dem entgegen zu halten, dass die Eventualmaxime das Einbringen aller sinnvollen Angriffs- und Verteidigungsmittel verlangt, und dass das nicht auf dem Umweg über das Novenrecht ausgehöhlt werden sollte). So wird das Novenrecht auch generell beim Einbringen von "neuen Einreden rechtlicher Art" befürwortet (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl. 2013, Art. 317 N. 67). Die Praxis zu den erwähnten Fällen der Abtretung, Verrechnung und Verjährung wird sich bilden müssen, denkbar ist sowohl, dass dann auf die Möglichkeit der Erklärung oder aber auch auf diese selbst abgestellt werden wird. Die Frage kann heute offen bleiben: das Gesetz nennt keine Frist, sondern verlangt, dass neue Tatsachen oder Beweismittel "ohne Verzug" vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 Ingress ZPO). Der Beklagte zitiert eine Literaturstelle, wonach das fünf Tage seien, allerdings mit dem Hinweis, dass man die Umstände des Einzelfalles berücksichtigen solle (Seiler, die Berufung nach ZPO, Rz. 1324). Allgemein scheint eine etwas längere Zeitspanne befürwortet zu werden (Volkart, Dike-Komm ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 317 N. 10: eine Woche dürfte "sicher" genügen, zwei Wochen bildeten "die obere Grenze"; ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl. 2013,

Art. 317 N. 48: 10 Tage, mit zahlreichen Verweisen auf andere Fristen des Gesetzes; BSK ZPO-Spühler, 2. Aufl. 2013, Art. 317 N. 7: eine oder zwei Wochen; Kunz et al., ZPO-Rechtsmittel, Art. 317 N. 27: zehn Tage, mit Hinweis auf anderen Fristen). Danach ist die hier beobachtete Frist von zehn Tagen noch im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe "ohne Verzug". Das umso mehr, wenn man die Umstände des Falles mit berücksichtigt: das angefochtene Urteil erging am 31. Oktober 2012, und die Berufung wurde am 10. Dezember 2012 erklärt. Berufungsantwort und Anschlussberufung datieren vom 8. März 2013, die Anschlussberufungsantwort vom 6. Mai 2013. Zum Zeitpunkt des Eingangs der Novenschrift war die Prüfung im Gang, ob es unter dem Aspekt des "letzten Wortes" einer Zustellung der Anschlussberufungsantwort an den Kläger bedürfe. Besondere Dringlichkeit bestand also weder von der Art der Streitigkeit (Aberkennung einer gewöhnlichen obligatorischen Forderung), der Art des Verfahrens (ordentliches) her, noch vom bisherigen Ablauf des Berufungsverfahrens. Der Einwand des Beklagten, die Noveneingabe sei verspätet, ist daher nicht berechtigt.

In der Sache kommt es nicht darauf an, dass die Streitigkeit, über welche die Schaffhauser Gerichte urteilten, ein anderes Rechtsverhältnis betraf als die heute streitige Forderung. Vielleicht verwechselt der Beklagte die Verrechnung mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) oder mit dem Retentionsrecht (Art. 895 ZGB). Anders als dort setzt die Verrechnung keine weitere innere Verbindung der beiden Forderungen voraus als dass sie zwischen den nämlichen Parteien bestehen müssen (Art. 120 OR).

Der Beklagte stellt eine Beschwerde an das Bundesgericht in Aussicht, mit welcher er den Entscheid des Schaffhauser Obergerichts anfechten werde. Wie dann entschieden wird, steht dahin. Eine solche Beschwerde hat jedenfalls von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht ist mit einer gegenteiligen Anordnung zurückhaltend, wenn es um nicht allzu bedeutende Forderungen geht. Sollte die aufschiebende Wirkung hier gewährt werden, wäre es Sache des Beklagten, das der Kammer zur Kenntnis zu bringen; bis heute hat er es nicht getan.

3.1 Der Beklagte ficht die Gutheissung der Klage im Teilbetrag der im Sachverhalt genannten Fr. 150'000.-- an. Das Bezirksgericht kam zu diesem Schluss, weil es aufgrund seiner Beweiserhebungen als erstellt erachtete, der Kläger habe noch vor dem Unterzeichnen des Darlehensvertrages vom 25. Februar 2009 von den ursprünglich als Darlehen erhaltenen Fr. 588'000.-- nicht nur die im schriftlichen Vertrag von Hand vermerkten Fr. 300'000.--, sondern weitere Fr. 150'000.-- zurück bezahlt (angefochtenes Urteil S. 20 ff.). Der Beklagte macht dazu vorweg geltend, der Kläger habe die Höhe der anerkannten Schuld durch Unterlassen einer Anfechtung wegen des behaupteten Irrtums über die erfolgte Rückzahlung genehmigt. Er kritisiert sodann die Beweiswürdigung im angefochtenen Urteil, wofür er sich unter anderem auf zwei neu eingereichte Schriftstücke beruft (im Einzelnen act. 69 S. 4 ff.). Der Kläger bestreitet die Notwendigkeit einer Anfechtung, macht aber eventuell geltend, sie wäre falls erforderlich rechtzeitig erfolgt. Der Beklagte vermische sodann unzulässigerweise die Tatsache der Zahlung mit dem Umstand, dass er (der Kläger) beim Aufsetzen des schriftlichen Vertrages nicht mehr an die Zahlung dachte. Die neu eingereichten Dokumente seien wegen der Novenbeschränkung nicht zulässig, und die Würdigung der vom Bezirksgericht berücksichtigten Beweismittel sei zutreffend (act. 77, dem Beklagten zugestellt am 8. Mai 2013).

3.2 Zutreffend ist, dass das Bundesgericht auch einseitige Schuldanererkennungen den Regeln der einseitigen Unverbindlichkeit im Sinne der Art. 29 f. OR unterstellt (BGE 125 III 353). Das dürfte die (in dieser Entscheidung nicht thematisierte) Notwendigkeit der rechtzeitigen Anfechtung bedeuten, und die Anwendung dieser Praxis auch auf den wesentlichen Irrtum (Art. 24 OR) liegt nahe. Der Kläger macht allerdings geltend, er habe bereits am 6. Januar 2010 im Rechtsöffnungsverfahren seinen Irrtum geltend gemacht. Das ist richtig (act. 54/11 Rz. 10), und der Rechtsöffnungsentscheid setzt sich damit auseinander (act. 2/1, Erw. II/1b und /3). Der am 6. Januar 2010 erhobene Einwand ist als (teilweise) Anfechtung der Schuldanererkennung vom 25. Februar 2009 zu verstehen. Er ging dem Beklagten mit der Rechtsschrift des Klägers am 11. Januar 2010 zu. Damit erfolgte die "Eröffnung, dass er [der Kläger] den Vertrag nicht halte" jedenfalls innert der Jahresfrist von Art. 31 OR (act. 54/15/1), und das ungeachtet des Zeit-

punktes, in welchem der Kläger den behaupteten Irrtum bemerkte. Der Einwand ist demnach nicht verwirkt.

3.3 Der Kläger hat vom Beklagten im Dezember 2007 ein Darlehen erhalten, in der Höhe von Fr. 588'000.--. Im April 2008 zahlte er Fr. 300'000.-- auf das Konto des Beklagten bei der Credit Suisse, und die Parteien stimmen darin überein, dass das eine Teilrückzahlung des Darlehens war. Am 30. Oktober 2008 erfolgte eine weitere Zahlung vom Konto des Klägers auf das Konto des Beklagten bei der Credit Suisse. Der Rechtsgrund dieser Zahlung ist umstritten: der Kläger behauptet, es sei eine (Teil-)Rückzahlung des seinerzeitigen Darlehens (womit sich dieses noch auf Fr. 138'000.-- beliefe), der Beklagte bestreitet das und gibt für die Zahlung einen anderen Grund.

Als so genannte rechtsaufhebende (= den Anspruch des Beklagten aus dem Darlehen reduzierende) Tatsache ist die Tilgung vom Kläger zu beweisen (Art. 8 ZGB). Dabei genügen weder Plausibilität noch Wahrscheinlichkeit, sondern das Gericht muss davon überzeugt sein, dass sich der zu beweisende Sachverhalt so und nicht anders abgespielt hat. Ein gleichsam mathematischer Beweis wird dabei nicht verlangt; es genügt, wenn das Gericht andere Möglichkeiten, wie es sich auch verhalten haben könnte, als so wenig wahrscheinlich ansieht, dass es sie vernünftigerweise ausschliessen kann. Um den Beweis des Beweisführers zu vereiteln, braucht der Beweisgegner nicht seinerseits einen anderen Sachverhalt strikte zu beweisen. Sein so genannter Gegenbeweis ist bereits dann erfolgreich, wenn es ihm gelingt, beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Behauptung des Beweisführers zu wecken. Das alles bedarf einer wägenden und würdigenden Überprüfung der vorhandenen Beweismittel im Licht der bekannten Umstände des zu beweisenden Sachverhaltes.

Der Beklagte lässt durch seine neu mandatierten Anwälte im Berufungsverfahren zum (Gegen-)Beweis neu mit zwei *e-mails* argumentieren, welche er am 3. Juni resp. 19. Juli 2009 dem Kläger gesandt habe (act. 71/6 und 7) und welche unwidersprochen geblieben seien. Er ruft diese *mails* an zum Beleg dafür, dass beide Parteien im Juni/Juli 2009 (also nach der vom Kläger behaupteten Teilrückzahlung, und nach der Unterzeichnung des Darlehensvertrages) davon ausgin-

gen, das Darlehen bestehe noch immer in der Höhe von Fr. 288'000.--, und nicht nur, wie der Kläger behauptet, im Umfang von Fr. 138'000.--. Er ist sich bewusst, dass in der Berufung neue Beweismittel an sich unzulässig sind. Aufgrund "der klaren Sach- und Rechtslage" (vor Bezirksgericht) habe er aber keine Veranlassung gehabt, die Dokumente früher einzureichen. Im Interesse der materiellen Wahrheitsfindung dürften an die Voraussetzungen für Noven keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden, denn das neue Recht sei gegenüber den kantonalen Regelungen relativ streng (act. 69 Rz. 32 und Fn. 5). - Dass eine Novenbeschränkung die Findung der materiellen Wahrheit beeinträchtigen kann, trifft zu, und dass die von der schweizerischen ZPO getroffene Lösung restriktiver ist als die meisten bisherigen kantonalen Regelungen, dürfte ebenfalls richtig sein (für Zürcher Anwältinnen ist etwa neu, dass der Novengrund der "sofortigen Beweisbarkeit" nach § 115 Ziff. 2 ZPO nicht mehr existiert). Die Novenbeschränkung trägt aber dem Bedürfnis nach einer speditiven Findung der relativen, prozessualen Wahrheit Rechnung und liegt daher unter diesem Aspekt durchaus im wohl verstandenen Interesse der Parteien. Sie wertet die ersten Instanzen auf, indem die Parteien nicht mehr wie vor der ZPO-Revision 1995 ihren Prozesstandpunkt am Bezirksgericht gleichsam testen und in der Berufung dann mit neuen Behauptungen und Beweismitteln einen zweiten Versuch unternehmen können, und sie verlangt ein sorgfältige(re)s Prozessieren in der ersten Instanz. Das Parlament hat sich im Spannungsfeld dieser Überlegungen und nach eingehender Diskussion des Für und Wider bewusst für die geltende Regelung entschieden (BGE 138 III 625 E. 2.2), und es steht den Gerichten nicht zu, diesen Entscheid zu missachten. Es kommt hinzu, dass der Beklagte schon seit dem Rechtsöffnungsverfahren von der Behauptung des Klägers weiss, er habe vom streitigen Darlehen (weitere) Fr. 150'000.-- zurück bezahlt (act. 54/11 Rz. 10), im ordentlichen Verfahren wurde ihm dann nach den alten kantonalen Regeln ausdrücklich Frist angesetzt, um seine Beweismittel zu nennen (Prot. I. S. 8 f.). Wenn er die "Sach- und Rechtslage" als so klar einschätzte, dass er dem Gericht nur einen Teil der für seinen Gegenbeweis geeigneten Dokumente vorlegen zu müssen glaubte, war das seine freie Entscheidung. Dass die Beweiswürdigung jetzt nicht seinen Vorstellungen entspricht, berechtigt ihn nicht zum Nachbringen weiterer (Gegen-)Beweismittel. Im

Sinne von Art. 317 ZPO hätten sie "bei zumutbarer Sorgfalt (...) schon vor erster Instanz vorgebracht werden können".

Dass dem Beklagte neue Beweismittel verweigert werden, hindert selbstredend nicht, dass er die Würdigung der rechtzeitig angebotenen Beweismittel kritisieren darf (Art. 310 lit. b ZPO). Dabei bedarf es keiner qualifizierten Unrichtigkeit wie in der Beschwerde auf kantonaler und eidgenössischer Ebene (Art. 320 lit. b ZPO, Art. 97 Abs. 1 BGG), sondern die Berufungsinstanz hat die Beweiswürdigung auch auf Ermessen hin zu überprüfen. Anders ausgedrückt, darf sie es nicht dabei bewenden lassen, ob das Ergebnis der Beweiswürdigung der ersten Instanz vertretbar sei, sondern sie hat selber zu prüfen, ob der Beweis nach ihrer eigenen Überzeugung erbracht ist.

Beide Parteien berufen sich zum Haupt- resp. Gegenbeweis auf den Bankbeleg, welcher eine Zahlung des Klägers auf das Konto des Beklagten bei der Credit Suisse am 30. Oktober 2009 von Fr. 150'000.-- belegt. Diese Zahlung ist freilich unstrittig. Für das hier diskutierte Beweisthema ist lediglich von Interesse, dass der Beleg keinen Zahlungsgrund nennt.

Der Kläger ruft zum Beweis den *mail*-Verkehr vom 26./27. Oktober 2008 an. Am 26. Oktober 2008 schrieb der Beklagte: *"Ich habe heute 150.000 CHF auf dein Konto einbezahlt, sind ein teil von die 300'000 die wir diese woche geredet haben, es ist ein teil von die 590'000 franken die ich nach USA gesendet habe. 300.000 hat ihr mir bezahlt, es fehlen noch 300.000 das Geld ist morgend bei dir, Bitte ueberweisst diese betrag auf mein konto der Credit Suisse morgend ... [Angabe der Kontonummer]"*. Die Frau des Klägers antwortete ihm umgehend, sie *"komme nicht ganz draus bei Deinem Mail"*, und sie möchte *"mit Dir zusammen die diversen Überweisungen, die wir innerhalb des letzten Jahres gemacht haben anschauen und begreifen"*. Wieder nach wenigen Stunden schrieb der Beklagte: *"Im Dezember 2007 habe ich nach USA 590'000 CHF gesendet, davon habe 300'000 retour erhalten. Habe mit A._____ abgemacht dass ich ihm von D._____ Konto (E1._____) 150.000 CHD ueberweisse und er diese betrag mich ueberweisst. Ich gehe davon aus er macht es Heute. Gibt mir ein termin für die andere zahlungen"* (alles act. 2/11). Diese Korrespondenz bestätigt mit den Worten des

Beklagten die Darstellung des Klägers, wonach der Beklagte die im Darlehensvertrag genannte Summe von ursprünglich Fr. 588'000.-- (vom Beklagten im *mail* offenkundig auf Fr. 590'000.-- gerundet) seinerzeit auf Wunsch des Klägers in die USA überwiesen habe (act. 1 Rz. 20). Ebenso bestätigt der Beklagte hier die - unstreitige - Teilzahlung vom April 2008 (Fr. 300'000.--) und die Darstellung des Klägers, dass die heute streitige Summe der E._____ AG (also seiner eigenen Gesellschaft) zustand und vom Beklagten, der mit Vollmacht des Klägers über seine D._____ GmbH das Projekt "E1._____" betreute, auf sein privates Konto überwiesen worden sei. Das wird wiederum bestätigt durch den vom Beklagten angerufenen Kontoauszug über den Kontokorrent "E1._____" der D._____ GmbH (act. 2/5, Buchung vom 27. Oktober 2008).

Die Ehefrau des Klägers wurde auch zu diesem Thema als Zeugin befragt. Sie bestätigte den Inhalt der vorstehend wiedergegebenen *mail*-Korrespondenz, und dass sie das damals so verstand, die Fr. 150'000.-- seien dem Beklagten auf Rechnung des Darlehens zu zahlen. Aus ihren Aussagen und aus den Antworten auf die Ergänzungsfragen des Beklagten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass ihre Aussage unrichtig sein könnte (im Einzelnen Prot. I S. 37 ff.).

Bis hierher gibt es keinen Zweifel, dass die Zahlung der Fr. 150'000.-- von beiden Seiten (und auf den ausdrücklichen, per *mail* geäusserten Wunsch des Beklagten) als teilweise Rückzahlung des Darlehens verstanden wurde.

Dagegen führt der Beklagte den unterzeichneten Vertrag an, der nach der streitigen Zahlung datiert und diese nicht nennt, einen *mail*-Austausch von Ende Mai 2009 und eine Rechnung von ihm an den Kläger vom 1. September 2008 (also relativ kurz vor der streitigen Zahlung) für eine Vermittlungsprovision in der Höhe von Fr. 150'000.--.

Das letztere hat besondere Bedeutung. Wenn eine Zahlung erfolgte und es einen nahe liegenden und fürs Erste (vor der Würdigung der Gegenbeweise) bewiesenen Zahlungsgrund gibt, steht die Suche nach einem anderen möglichen Zweck der Zahlung im Vordergrund. Dafür behauptet der Beklagte, er habe mit dem Kläger mündlich vereinbart, dass ihm dieser für die Vermittlung der Liegen-

schaft I. _____-Strasse ... in ... eine Provision von Fr. 150'000.-- bezahle. Der dafür angerufene Zeuge J. _____ sagte aus, der Kläger habe im Herbst 2006 von dritter Seite die Liegenschaft I. _____-Strasse ... in ... gekauft. Er (der Zeuge) habe vom Verkäufer den Auftrag zum Verkauf oder zum Anbieten des Objektes gehabt. Der Beklagte habe sich dann einmal an ihn gewandt und ihm gesagt, er habe einen Käufer - eben den Kläger, dem oder dessen Familie die Liegenschaft dann auch verkauft wurde. Ob der Beklagte mit dem Kläger in dieser Beziehung in vertraglicher Beziehung stand und ob die beiden eine Provision vereinbart hatten, konnte der Zeuge nicht sagen. Er erinnerte sich, dass ihn der Kläger einmal fragte, ob er (der Zeuge) vom Beklagten eine Provision erhalten habe, und das sei nicht der Fall. In einem Zusammenhang, den er aber nicht mehr rekonstruieren könne, sei ihm auch einmal eine Rechnung vorgelegt worden mit der Frage, ob er darüber informiert sei, aber er habe das verneinen müssen (Prot. I S. 55 ff.). Daraus lässt sich für eine Provisionsabrede im Verhältnis Kläger/Beklagter nichts gewinnen, und auch nicht im Sinne einer gewissen Plausibilität oder Wahrscheinlichkeit. Wenn sich der Beklagte zum Beweis auf den bereits erwähnten Auszug über das Konto "E1. _____" der D. _____ GmbH beruft, belegt das nur die unstrittige Zahlung der Fr. 150'000.--, sagt aber über deren Rechtsgrund, um den es hier einzig geht, nichts aus. Der Beklagte legt endlich die Kopie einer mit 1. September 2008 datierten Rechnung vor, mit dem Text: *"Vermittlungsprovision pauschal CHF 150'000.-- für I. _____-Strasse ... Bitte auf mein Privatkonto gemäß beiliegendem Einzahlungsschein"* (act. 15/11). Der Kläger bestreitet allerdings, dass er diese Rechnung je erhielt (act. 23 Rz. 83 ff.). Das Bezirksgericht erwägt zutreffend, dass die vom Beklagten erstellte Rechnung daher wie eine Aussage des Beklagten in der persönlichen Befragung nach dem auf das Verfahren des Bezirksgerichtes noch anwendbaren § 149 Abs. 3 ZPO/ZH keinen Beweiswert hat. Es kommt hinzu, dass der Beklagte am 1. September 2008 aufgrund einer Abmachung mit dem Kläger die Provision von Fr. 150'000.-- schriftlich in Rechnung gestellt haben will, das aber weder im *mail*-Wechsel vom 26. / 27. Oktober 2008 (act. 2/11) noch am 27. Mai 2009, als er angeblich in dringender finanzieller Verlegenheit war (act. 31/13), auch nur mit einem Wort erwähnte. Das spricht gegen seine Behauptung. Dazu kommt ein Weiteres: nachdem der Beklagte dem

Kläger die Adresse des Zeugen vermittelt und der Kauf der Liegenschaft dann zustande kam, wäre es ohne Weiteres denkbar, dass sie dafür eine Vergütung im Sinne einer Provision vereinbart hätten. Die beiden standen einander allerdings offenbar persönlich nahe: der Beklagte hatte dem Kläger ein Darlehen von ursprünglich mehr als einer halben Million Franken eingeräumt, zunächst ohne schriftliche Abmachung, ohne Sicherheit und ohne Zins. Unter zwei Personen, die in finanziellen Dingen so informell und so grosszügig mit einander umgehen, ist der Umstand allein, dass eine dem anderen einen Kontakt zum Kauf eines Grundstückes angab, kein selbständiges Indiz dafür, dass der Käufer dem Informanten dafür einen sechsstelligen Betrag als Provision versprach. - Kann der Beklagte aus diesen Gründen keinen anderen als den vom Kläger behaupteten Rechtsgrund auch nur annähernd glaubhaft machen, vermag seine diesbezügliche Behauptung den Beweis des Klägers nicht zu erschüttern oder auch nur irgendwie in Frage zu stellen.

Es bleiben für den Gegenbeweis des Beklagten der unterzeichnete Darlehensvertrag und der *mail*-Wechsel vom 27./28. Mai 2009. Schon aus dem im eingangs dieses Urteils geschilderten Ablauf des Sachverhalts ist die Merkwürdigkeit ersichtlich, dass der Kläger am 25. Februar 2009 das Dokument unterzeichnete, wonach er im April 2007 als Darlehen Fr. 588'000.-- erhalten und davon im April 2008 Fr. 300'000.-- zurückbezahlt habe (act. 2/8), wogegen er im Prozess nun zu beweisen hat, dass er weitere Fr. 150'000.-- Ende Oktober 2008 tilgte. Im Rechtsöffnungsverfahren, das von der schriftlichen Schuldanerkennung (Art. 82 SchKG) auszugehen hatte, führte dieser Ablauf dazu, dass die Darstellung des Klägers im Rahmen der dort möglichen summarischen Prüfung als "keinesfalls glaubhaft", ja "völlig unglaubhaft" betrachtet wurde (act. 2/1). Einen ähnlichen Umstand ruft der Beklagte damit an, dass er dem Kläger am 27. Mai 2009 schrieb, er sei in einer Verlegenheit und sollte den Restbetrag des Darlehens (den er dort mit Fr. 280'000.-- beziffert) möglichst umgehend zurück haben, worauf ihm der Kläger antwortete, er werde ihm nach seinen Möglichkeiten gerne helfen, aber man müsse zuerst "*endlich einmal alle Pendenzen auf den Tisch legen*", eine Übersicht über die Arbeiten erstellen und "*eine vertragliche Basis unserer Zusammenarbeit herstellen*", ferner "*Es sind zahlreiche dringliche Sachen zu be-*

sprechen und ich kann dich wieder seit Tagen nicht erreichen. Auch antwortest du mir nicht auf sms, obwohl du das jeweils betuerst. B._____, das kann doch nicht sein! Du rufst zwar meine Vertragspartner an - deinen Freund und Partner ignorierst du" (act. 31/13) - ohne Hinweis darauf, dass er dem Beklagten gar nicht die geforderten Fr. 280'000 (richtig Fr. 288'000.--) schulde, sondern nach der Zahlung von Ende Oktober 2008 Fr. 150'000.-- weniger.

Beim *mail*-Wechsel vom Mai 2009 fällt in der Tat auf, dass der Kläger auf die Bemerkung des Beklagten, er habe aus dem Darlehen noch Fr. 280'000.-- zugut, nicht richtig stellt, es seien Fr. 150'000.-- weniger. Allerdings äussert er sich überhaupt nicht zur Höhe seiner Schuld. Er beschwert sich über die (aus seiner Sicht bestehende) Unzuverlässigkeit des Beklagten und verlangt, dass man vor allem Weiteren die gegenseitigen Pendenzen sichte und in Ordnung bringe. Dass diese Auffassung der Fälligkeit des (Rest-)Darlehens nicht entgegen steht, wurde oben dargestellt (E. 2.1). Darum geht es hier allerdings nicht mehr, sondern nur noch um den fehlenden Widerspruch zur Höhe der (Rest-)Schuld. Da der Kläger der (unrichtigen) Auffassung war, diese Schuld sei ohnehin nicht fällig, ist das Fehlen dieses Widerspruchs allerdings kein schwer wiegendes Indiz gegen die Teilrückzahlung von Fr. 150'000.--. Das umso weniger, als die Antwort des Klägers auf das *mail* des Beklagten rasch erfolgte (Anfrage um 17:14 Uhr, Antwort um 19:21 Uhr) und damit offenkundig einigermaßen spontan verfasst ist.

Gewichtiger ist der Umstand, dass im schriftlichen Darlehensvertrag vom Februar 2009 mit den genannten Fr. 288'000.-- der Stand des Darlehens vor dem 30. Oktober 2008 angegeben ist, an welchem der Kläger dem Beklagten bekanntlich Fr. 150'000.-- zahlte. Das spricht für sich allein genommen dafür, dass die Fr. 150'000.-- eben doch nicht das Darlehen betrafen - und so wurde es im Rechtsöffnungsverfahren gewürdigt. Wenn der Beklagte nun wiederholt auf den Rechtsöffnungsentscheid verweist, greift das aber zu kurz. Dort war summarisch zu prüfen, ob die Einwendungen des Klägers die vom Beklagten vorgelegte Schuldanerkennung zu entkräften vermöchten. Heute ist mit voller Kognition und in Kenntnis des ganzen Beweisverfahrens zu entscheiden. Dabei sind die Umstände, unter welchen der schriftliche Darlehensvertrag unterzeichnet wurde, von

Bedeutung. Nach dem vom Bezirksgericht durchgeführten Beweisverfahren fand diese Unterzeichnung im Büro des Klägers und seiner Ehefrau an der F. _____ - Gasse in Zürich statt. Der Kläger hatte erwartet, dass ihm der Beklagte einen Treuhandvertrag (zu einem anderen Thema) vorlegen werde. Der Beklagte erklärte dann, er werde den Treuhandvertrag nur unterzeichnen, wenn auch für das offene Darlehen ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt werde. Er erschien dafür im Büro des Klägers, als dieser gerade in einer anderen Sache mit dem Zeugen H. _____ am Telefon war. Er unterbrach jenes Gespräch, ohne aber den Hörer aufzulegen. Seinen Widerstand gegen das sofortige Unterzeichnen des Vertrages liess der Beklagte nicht gelten. Der Kläger brachte auf dem Darlehensvertrag diverse Änderungen an und unterzeichnete dann. In der Folge nahm er das fernmündliche Gespräch mit dem Zeugen wieder auf (so die bereits vorstehend referierten Aussagen des Zeugen H. _____ und der Zeugin A1. _____, der Ehefrau des Klägers). Der Beklagte lässt das in der Berufung nicht gelten: der Kläger habe durchaus nicht in Eile unterzeichnet, sondern zuvor seine Unterlagen konsultiert. Dass der Zeuge H. _____ alles so mit bekommen habe, wie er behauptete, sei völlig unglaubhaft, so sei ja nicht einmal klar, wie weit der Telefonhörer vom Kläger weg lag, ob der Raumlautsprecher eingeschaltet war, wie weit der Besprechungstisch vom Pult des Klägers entfernt war (act. 69 Rz. 37). Diese interessanten Fragen kommen heute freilich zu spät; der Beklagte hätte, wenn sie ihm so wichtig schienen, anlässlich der Einvernahme des Zeugen H. _____ stellen können und müssen. Dass das Gespräch unter zwei Personen (Männern; sie reden in der Regel lauter als Frauen) in einem Büroraum von einem Mithörer am Telefon verstanden werden kann, ist nicht auffällig und durchaus glaubhaft. Die oben (in E. 2.1) bereits referierten Aussagen des Zeugen sind glaubhaft, auch wenn man seine Situation als Freund des Klägers mit berücksichtigt. Insbesondere hat er bei jenem vorstehend behandelten Beweisthema nicht - was dem Kläger genützt hätte - positiv behauptet, die vom Kläger geltend gemachte Abmachung wörtlich so gehört zu haben, sondern nur seinen Eindruck geschildert. Wenn er zum Teil vom Wortlaut her präzise sagte, der Kläger habe gesagt, er wolle zuerst wissen, "wer wem was wann wie bezahlt habe und wer wem was schulde", ist diese Präzision kein Indiz für Lüge. In aller Regel sagen Zeugen sinngemäss aus und wollen sich nicht

auf einen exakten Wortlaut festlegen. Hatte der Beklagte hier Bedenken, konnte er Ergänzungsfragen stellen - das hat er nicht getan, und das wäre heute verspätet. Es bleibt die Behauptung, der Kläger habe seine Buchhaltungs-Unterlagen konsultiert, bevor er auf dem Vertragsentwurf die Rückzahlung von Fr. 300'000.-- ergänzte (act. 69 Rz. 40). Das ist aber neu und daher nicht zu beachten. In der erstinstanzlichen Klageantwort behauptete der Beklagte, man habe den (von ihm nach einer im Internet vorhandenen Vorlage hergestellten) Entwurf "eingehend besprochen" (act. 13 Rz. 15), und in der Duplik erklärte er, der Kläger habe den Vertrag "in Kenntnis aller Umstände" ausgefüllt und mit dem Beklagten "eingehend besprochen" (act.30 Rz. 31): von der Konsultation der Buchhaltungs-Unterlagen ist also nicht die Rede, und sie kann daher in der Berufung nicht neu eingeführt werden (Art. 317 ZPO). Zutreffend dürfte der Hinweis des Beklagten sein, dass vom Kläger als bestens ausgebildetem und erfahrenem Geschäftsmann hätte erwartet werden können, dass er nicht einen Darlehensvertrag unterzeichnete, der eine um Fr. 150'000.-- zu hohe Summe nannte. Das war ein Risiko, und dafür zahlt der Kläger nun mit dem Umstand, dass er sich gegen die erteilte Rechtsöffnung mittels Aberkennungsklage zur Wehr setzen muss. Objektiv war er aber beim Unterzeichnen des Vertrages durchaus unter Druck, wenn auch selbst verschuldet. Dass der Vertrag beidseits höchst unsorgfältig redigiert wurde, ergibt sich überdies daraus, dass der Beklagte zugibt, den Entwurf redigiert zu haben, den der Kläger dann handschriftlich korrigierte und ergänzte: es bedeutet, dass der Beklagte dem Kläger einen Entwurf vorlegte, der auch die unbestrittene Teilzahlung von Fr. 300'000.-- nicht nannte. Unter all diesen Umständen kommt dem Umstand kein eigenes Gewicht zu, dass die an sich einwandfrei bewiesene weitere Rückzahlung im schriftlichen Vertrag fehlt. (Auch) dieser Umstand weckt keine ernsthaften Zweifel daran, dass der Kläger dem Beklagten Ende Oktober 2008 den Betrag Fr. 150'000.-- als weitere Kapitalzahlung an das Darlehen geleistet hat.

4. Die betriebene Forderung ist demnach zunächst mit Fr. 138'000.-- ausgewiesen (anerkannte Fr. 288'000.--, abzüglich Fr. 150'000.--). Diese Summe reduziert sich weiter durch die erfolgreiche Verrechnung. Diese lässt die beteiligten Forderungen rückwirkend auf den Zeitpunkt untergehen, in welchem sie zur

Verrechnung geeignet einander gegenüber standen (Art. 124 Abs. 2 OR). Demnach bleibt eine Forderung des Beklagten bestehen für eine Kapitalforderung von Fr. 20'536.20 (nämlich Fr. 138'000.-- abzüglich die zur Verrechnung gebrachten Fr. 117'463.80) nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2009, ferner für den Zins zu 5 % auf Fr. 117'463.80 vom 1. Oktober 2009 bis zum 5. Juli 2013 (dem Datum des Schaffhauser Urteils). Im Mehrbetrag ist die betriebene Forderung abzuerkennen.

Für Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten gilt Folgendes: für die damals geschuldeten Fr. 138'000.-- wären eine Spruchgebühr für den Arrestbefehl von Fr. 500.-- und Zahlungsbefehlskosten von Fr. 120.-- erhoben worden (Art. 16 und 48 GebV SchKG). Im Mehrbetrag sind diese Kosten dem Beklagten abzuerkennen. Auch für das Rechtsöffnungsverfahren sind die Kostenfolgen unter der Annahme zu regeln, dass der Beklagte mit Fr. 138'000.-- durchgedrungen wäre, denn damals existierte die Verrechnungslage für die Kosten des Schaffhauser Verfahrens noch nicht (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Bei der demnach angezeigten hälftigen Kostenaufgabe gibt es keine Entschädigung.

5. Für die Kosten der Aberkennung vor Bezirksgerichtes gilt Gleiches wie für die Rechtsöffnung: die Aufgabe der Gerichtskosten (betragsmässig nicht angefochten) hat gerundet je zur Hälfte zu erfolgen, damit gibt es keine Parteientschädigung. Der Kostenbezug richtet sich noch nach dem alten kantonalen Recht: Art. 111 Abs. 1 ZPO ist noch nicht anwendbar, und für den Bezug von dem Beklagten auferlegten Kosten aus der Kautions des Klägers fehlen die Voraussetzungen des § 76 ZPO/ZH.

Dem Obergericht wurde die Verrechnung erst nach Abschluss der ordentlichen Parteivorträge vorgelegt. Daher ist trotz des überwiegenden Obsiegens des Klägers (grob 13 / 1, entsprechend 268 / 20) eine Kostenverlegung im Verhältnis Kläger ein Viertel / Beklagter drei Viertel angezeigt.

Es wird erkannt:

1. a) Die mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes C._____ vom 2. Dezember 2009, Betreibung Nr. ..., betriebene Forderung von Fr. 288'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Oktober 2009 wird in dem Umfang aberkannt, als sie Fr. 20'536.20 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2009, ferner den Zins zu 5 % auf Fr. 117'463.80 vom 1. Oktober 2009 bis zum 5. Juli 2013 übersteigt, und aberkannt werden ferner die Kosten des Arrestes, so weit sie Fr. 500.-- übersteigen, diejenigen des Zahlungsbefehls, so weit sie Fr. 120.-- übersteigen, und die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens, so weit sie Gerichtskosten von Fr. 500.-- übersteigen.

b) Die in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 2. Dezember 2009) erteilte Rechtsöffnung wird im folgenden Umfang definitiv: Fr. 20'536.20 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2009, ferner 5 % Zins auf Fr. 117'463.80 vom 1. Oktober 2009 bis zum 5. Juli 2013, Arrestkosten Fr. 500.--, Zahlungsbefehlskosten Fr. 120.-- und Gerichtskosten des Rechtsöffnungsverfahrens Fr. 500.--.
2. Die im angefochtenen Urteil festgesetzten Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Fr. 21'750.--) werden bestätigt. Sie werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und so weit aus den dem Bezirksgericht geleisteten Zahlungen (Kautions-, Vorschüsse für Beweiserhebungen) bezogen, als diese Zahlungen von der kostenpflichtigen Partei geleistet wurden.
3. Für das Verfahren des Bezirksgerichts werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 21'500.-- festgesetzt. Sie wird dem Kläger zu einem Viertel und dem Beklagten zu drei Vierteln auferlegt. Die Gebühr wird aus den geleisteten Vorschüssen von je Fr. 10'750.-- bezogen, und dem Kläger wird im Umfang von Fr. 5'375.-- der Rückgriff auf den Beklagten eingeräumt.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9'500.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Kläger mit einem Doppel von act. 85) und an das Bezirksgericht Meilen, ferner im Dispositiv an das Betreibungsamt C._____, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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 Fr. 288'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Graf

versandt am: