

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal.

Urteil vom 8. Mai 2015

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 3. Februar 2015; Proz. CG120110**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 190'000.00 zuzüglich Zins zu 5% ab 29. März 2011 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abt.) vom 3. Februar 2015:

(act. 82 S. 37)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 12'350.– die Barauslagen betragen:
Fr. Gutachten
Fr. 450.– Zeugen
Fr. Kosten Grundbuchamt
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 29'389.50.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung.
6. Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 80 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil vom 3. Februar 2015 aufzuheben und es sei in Gutheissung der Klage die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 190'000.– zuzüglich Zins zu 5% ab 29. März 2011 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, auch für das erstinstanzliche Verfahren, zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist die Mutter des am tt. Dezember 2010 verstorbenen C._____, die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) dessen Witwe und Rechtsnachfolgerin. Die Parteien streiten um die Rückzahlung von Darlehensbeträgen in der Höhe von total CHF 190'000.–, welche die Klägerin ihrem Sohn in den Jahren 2000/2002 und 2003 für den Kauf bzw. Umbau eines Einfamilienhauses gezahlt haben will. C._____ und die Beklagte hatten im Jahr 2000 für CHF 700'000.– ein Einfamilienhaus in D._____ gekauft und in der Folge für CHF 800'000.– um- und ausgebaut. Nach dem Tode von C._____ wurde das Haus für CHF 2,25 Mio. verkauft. Die Beklagte bestreitet sowohl die Auszahlung des Darlehens wie auch eine Pflicht zur Rückzahlung.

2. Am 27. September 2012 erhob die Klägerin bei der Vorinstanz Klage (act. 1 und 2). Nachdem Vergleichsbemühungen nach Eingang der Klageantwort keine Einigung brachten, nahm das Verfahren mit dem Beweisbeschluss, der Haupt- und Beweisverhandlung sowie den Schlussvorträgen seinen Fortgang. Für die Prozessgeschichte im Einzelnen kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Am 3. Februar 2015 erging das erstinstanzliche Urteil (act. 82). Dieses wurde den Parteien am 5. Februar 2015 zugestellt (act. 76 und 77).

3. Am 25. Februar 2015 erhob die Klägerin und Berufungsklägerin Berufung (act. 80). Den ihr mit Verfügung vom 2. März 2015 auferlegten Prozesskostenvorschuss leistete sie innert Frist (act. 83 - 85). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet sowie mit einem Antrag versehen einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorliegend erfolgt. Die Klä-

gerin ist durch den angefochtenen Entscheid formell und materiell beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert. Auf die Berufung ist einzutreten.

2. Die Berufung führende Partei hat die Mängel, welche der erstinstanzliche Entscheid ihrer Meinung nach aufweist, gestützt auf die zugelassenen Berufungsgründe geltend zu machen. Die Kognition der Berufungsinstanz ist umfassend (Art. 310 ZPO), was bedeutet, dass die Berufungsinstanz sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen kann: sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und auch die Angemessenheit des erstinstanzlichen Entscheides. Bei der Ermessenskontrolle ist zu unterscheiden, ob eine Ermessensüber- oder -unterschreitung geltend gemacht wird oder aber ein Ermessensmissbrauch. Diese drei Arten von Ermessensfehlern stellen Rechtsverletzungen dar und können frei und umfassend geprüft werden. Die ebenfalls umfassend mögliche Angemessenheitsüberprüfung übt die Rechtsmittelinstanz dagegen in aller Regel mit einer gewissen Zurückhaltung aus (vgl. dazu: REETZ/THEILER, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 310 N 5/6 und N 34 ff.). In der Berufungsbegründung hat sich die Berufung führende Partei mit den Entscheidgründen des angefochtenen Entscheides im Einzelnen auseinanderzusetzen. Verlangt ist eine sachbezogene Auseinandersetzung, eine nur pauschale Kritik oder der Verweis auf die Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren genügen nicht (REETZ/THEILER, a.a.O., N 36).

3. Die Klägerin wirft der Vorinstanz eine willkürliche Beweiswürdigung vor. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe zwar die Zeugen einvernommen, deren massgeblichen Ausführungen zum Thema Darlehen jedoch insgesamt mit der pauschalen und nicht substantiierten Begründung unberücksichtigt gelassen, dass bei den Zeugen das Risiko der Beeinflussung beziehungsweise die Existenz eines Erwartungsdrucks hoch gewesen sei. Im Weiteren habe die Vorinstanz die Verjährungsbestimmungen unzutreffend angewendet. Bei beidem handelt es sich um die Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO. Es ist nachstehend im Einzelnen auf die Rügen einzugehen, soweit dies für die Entscheidfindung notwendig erscheint.

Beweiswürdigung

4.1 Beweiswürdigung bedeutet, dass das Gericht die Ergebnisse der Beweiserhebung feststellt und sie bewertet. Es gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, was bedeutet, dass das Gericht im Normalfall an keine Beweisregeln gebunden ist und die Bewertung der Beweisergebnisse nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen hat (LEU, DIKE-Komm-ZPO online, Art. 157 N 7 und 48; HASENBÖHLER, ZK ZPO, Art. 157 N 11). Das Regelbeweismass ist der strenge, volle Beweis. Er ist erbracht, wenn das Gericht von der Verwirklichung der umstrittenen Tatsache "überzeugt" ist. Der Beweis muss nach objektiven Gesichtspunkten erstellt sein, wobei es genügt, wenn die (regelmässig auch) vorhandenen Zweifel als nicht erheblich erscheinen und gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen (LEU, a.a.O., Art. 157 N 60 ff.; GUYAN, BSK ZPO, 2. Aufl., Art. 157 N 7).

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten (act. 82 S. 9 und 10), dass die Klägerin die Beweislast dafür trägt, dass sie wie von ihr behauptet ihrem Sohn Geld zukommen liess und dass sie mit ihrem Sohn ein Darlehen vereinbart hat. Für das Zustandekommen der Vereinbarung bedarf es der übereinstimmenden, gegenseitigen Willenserklärungen; was von den Vertragsparteien gegenüber Dritten gesagt wurde, mag als Indiz dafür dienen.

4.2 Das Beweismass betrifft den Grad der Überzeugung, der beim Gericht gegeben sein muss. Die im Gesetz abschliessend aufgezählten, verschiedenen Beweismittel sind an sich gleichwertig, es gibt unter ihnen grundsätzlich keine Rangfolge. Dennoch lässt sich in allgemeiner Weise in der Praxis feststellen, dass die (echte und richtige) Urkunde häufig als zuverlässigstes Beweismittel betrachtet wird, Zeugen- und Parteiaussagen hingegen in der Regel als weniger verlässlich, da Parteien wie Zeugen Wahrnehmungs- Verarbeitungs- und Erinnerungsstörungen unterliegen können, welche den Beweiswert ihrer Aussage in Frage stellen können, auch wenn sie sich noch so redlich bemühen, "die Wahrheit" zu sagen. Bei der Würdigung ist der Wahrheitsgehalt von Aussagen nach Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitskriterien zu beurteilen, sodann sind die Motivations- und Inte-

ressenlagen wie auch das Aussageverhalten zu berücksichtigen (LEU, a.a.O., Art. 157 N 20 ff.; N 41).

Die Vorinstanz hat insgesamt Zahlungen in der Höhe von CHF 110'000.– als bewiesen betrachtet, was in der Berufungsbegründung konkret nicht beanstandet wird. Mit Beweisbeschlüssen vom 17. Juni 2013 und 11. April 2014 hat sie zu den behaupteten Zahlungen sowie dazu, dass C._____ der Klägerin bzw. am 4. Oktober 2010 im Spital Zollikerberg gegenüber dem Stiefvater (und Ehemann der Klägerin) sowie dem Stiefbruder versprochen habe, die gewährten Darlehen bzw. die CHF 190'000.– zurück zu zahlen, diverse Zeugen als Beweismittel abgenommen (Prot. VI S. 45 - 78 und S. 85 - 95). Die Klägerin rügt in der Berufungsbegründung, die Vorinstanz habe den Zeugen generell und unbegründet den Hut von Beeinflussung und Erwartungsdruck aufgesetzt; sie hält dies für unzulässig und willkürlich (act. 80 S. 3/4). Dass der Vorinstanz bei der Beweismittelwürdigung ein gewisses Ermessen zusteht, hat die Klägerin indes ausdrücklich anerkannt (act. 80 S. 2 und 7).

4.3 Soweit die Klägerin Urteilsabwägungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Würdigung der Zeugenaussagen E._____ und F._____ zitiert (act. 80 S. 3), ist darauf nicht näher einzugehen, weil die Klägerin daraus nichts Konkretes ableitet. Die Vorinstanz erachtete denn auch trotz der geäusserten Bedenken die von der Zeugin E._____ (– der jüngeren Tochter der Klägerin –) erwähnte Geldübergabe der Klägerin an C._____ in der Höhe von CHF 10'000.– als erwiesen an (act. 82 S. 14/15). Zu Recht beanstandet die Klägerin sodann die Feststellung nicht, dass sich aus der Zeugenaussage von E._____ nichts Konkretes darüber sagen lässt, wofür die Zahlung erfolgte und ob und was konkret mit Bezug auf eine Rückzahlung abgemacht war. Zur Aussage der älteren Tochter der Klägerin, F._____, hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass sie weder konkrete Beträge noch Daten für die Zahlungen nennen konnte. Mit einer gewissen Sicherheit konnte die Zeugin einzig sagen, dass es ihrem verstorbenen Bruder offenbar wichtig gewesen sein soll, dass die Klägerin das Geld zurück erhalte. Sie ging sodann davon aus, dass er das Geld auch sicher zurück zahlen musste. Der Bruder soll ihr gegenüber von einem Darlehen gesprochen haben, wovon die Zeugin

denn auch ausging. Auf eine entsprechende Vereinbarung zwischen der Klägerin und C._____, wie die Zeugin dies noch in ihrer auf Wunsch der Klägerin ergangenen Bestätigung erwähnt hatte (act. 4/18), lässt sich aus der Zeugenaussage allerdings nicht mit Sicherheit schliessen, insbesondere nicht unter Berücksichtigung des sich aus dem Beweisverfahren klar ergebenden Umstands, dass es auch noch andere wirtschaftliche Verflechtungen zwischen der Klägerin, ihrem verstorbenen Sohn und dessen Unternehmen G._____ AG gab, wie die Vorinstanz feststellte und von der Klägerin nicht beanstandet wird (act. 82 S. 19). Unabhängig von Beeinflussungsrisiken bringt damit die Zeugenaussage von F._____ für die Streitfragen keine Klarheit.

4.4.1 Hinsichtlich des Gesprächs, welches am 4. Oktober 2010 beim Besuch von H._____ (Ehemann der Klägerin) und I._____ (Stiefsohn der Klägerin) am Krankenbett von C._____ im Spital Zollikerberg stattgefunden hat, rügt die Klägerin in der Berufung, die Vorinstanz habe klare und eindeutige Aussagen der Depositionen des Zeugen I._____ in unzulässiger Weise pauschal verkürzt wiedergegeben. Sodann sei ein Eintrag in der Agenda von H._____ zwar richtig wiedergegeben und in einem ersten Schritt als Beweisresultat festgestellt worden, dass C._____ am 4. Oktober 2010 gegenüber H._____ sowie gegenüber I._____ den Betrag von CHF 190'000.– als Darlehen von ... [Initialen] (= A._____) bestätigt habe. Ohne nachvollziehbaren Grund seien dann aber weitere, mit dem massgeblichen Beweissatz nicht in direktem Zusammenhang stehende Gesprächspunkte dazu herangezogen worden, die klare und unzweifelhafte Bestätigung des Darlehens in ein nebulöses Umfeld zu stellen. Es liege keine genügende Begründung vor, wenn die Vorinstanz zwar positiv festhalte, dass keine "eingeübte Inszenierung" zwischen den beiden Zeugen H._____ und I._____ vorliege, dann aber dennoch schliesse, dass ernsthafte, unüberwindliche Zweifel an der Darstellung der beiden Zeugen bestünden und mehr als eine entfernte theoretische Möglichkeit bestehe, dass C._____ zwar über die CHF 190'000.– gesprochen habe, aber nicht mit der notwendigen Klarheit. Die Vorinstanz vermische unzulässigerweise die klaren Aussagen mit weiteren Bemerkungen und lege damit dem Urteil einen nicht massgeblichen Sachverhalt zugrunde. Die Vorinstanz habe unzulässigerweise eine Beweisregel geschaffen, indem sie die behauptete Existenz von Beeinflussungs-

risiken dazu verwendet habe, die Glaubwürdigkeit der Aussagen zu verneinen (act. 80 S. 4 - 7).

4.4.2 Der Zeuge H._____, Ehemann der Klägerin und Stiefvater von C._____, erklärte als Zeuge, dass er über den vorliegenden Prozess orientiert sei und mit der Klägerin alle Details bespreche. Die streitgegenständlichen Geldzahlungen an C._____ stammten nach seiner Darstellung von der Klägerin und von ihm; es soll sich zur Hälfte um sein eigenes Geld gehandelt haben (Prot. VI S. 57, 58, 60, 61/62, 63). Auch erklärte der Zeuge, dass der Betrag für ihn und die Klägerin "schon ein Kostenpunkt", und es zu viel Geld sei, um es zu verschenken (Prot. VI S. 60 und S. 62/63). Die Interessenlage des Zeugen entspricht damit derjenigen der Klägerin, was allein eine gewisse Zurückhaltung bei der Würdigung seiner Aussagen gebietet. Wenn H._____ sodann – wie er selber ausführte – die Klägerin insoweit in der Prozessführung begleitet, als er die Details des Prozesses mit ihr bespricht, ist auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von einem gewissen Beeinflussungsrisiko spricht und der Gefahr, dass sich Erinnerungen an ein bestimmtes Ereignis – hier das Gespräch vom 4. Oktober 2010 am Spitalbett von C._____ – mit anderen Gesprächen über die Geldzahlungen oder auch mit Wunschenken in gewisser Weise vermischen. Für den Zeitpunkt, als das Geld an C._____ geflossen ist, gab der Zeuge an, nicht mehr zu wissen, ob er mit C._____ darüber gesprochen habe. Über eine Abmachung zwischen der Klägerin und C._____ hat er nach eigener Darstellung einzig über die Klägerin erfahren, dass es sich bei den Geldflüssen um zinslose Darlehen gehandelt haben soll (Prot. VI S. 58). Er hielt sodann klar fest, dass im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Sohn nie etwas schriftlich festgelegt wurde und das nicht nachzuholen sei. Man wisse jetzt natürlich nicht, ob es ein Darlehen gewesen sei oder nicht, denn es gebe nichts Schriftliches (Prot. VI S. 62). Eine Schenkung schloss er wegen der Höhe des Betrages aus (Prot. VI S. 62/63) und zur Möglichkeit eines Erbvorbezuges konnte er nichts sagen. Er verwies hiezu an die Klägerin (Prot. VI S. 63) und erklärte zum Schluss, dass beim Gespräch vom 4. Oktober 2010 C._____ einfach gesagt habe, dass aus dem Erlös des Verkaufs der Liegenschaft die Klägerin CHF 190'000.– erhalten solle. Von einem Erbanteil oder dergleichen habe er damals nicht gesprochen (Prot. VI S. 64).

Zu diesen oft vagen Darstellungen des Zeugen kontrastiert die – wie die Klägerin zutreffend bemerkt – klare Aussage von H._____, C._____ sei beim Gespräch am 4. Oktober 2010 bei klarem Bewusstsein gewesen, habe nach dem Telefonat mit der Beklagten das Thema gewechselt und von sich aus gesagt, er werde die CHF 190'000.–, also das gesamte Darlehen zurück zahlen. Er werde das aus dem Erlös des Hausverkaufs begleichen und er habe noch 5% darüber hinaus zugebilligt (Prot. VI S. 59 und S. 64). Auf mögliche weitere Gespräche mit C._____ in diesem Zeitraum angesprochen sagte der Zeuge, dass C._____ von Oktober bis zu seinem Tod im Dezember kaum in der Lage gewesen sei, Geschäftliches zu besprechen (Prot. VI S. 60). Im Agenda-Eintrag vom 4. Oktober 2010 (act. 46) hat H._____ den Gesprächsinhalt festgehalten. Es wird dort ebenfalls ein Darlehen erwähnt.

4.4.3 Der Zeuge I._____, der Sohn von H._____, Stiefsohn der Klägerin und Stiefbruder von C._____, welcher zusammen mit H._____ beim Spitalbesuch dabei war, erklärte in der Zeugenbefragung, C._____ habe ihm beim Gespräch am 4. Oktober 2010 versichert, dass die Eltern von ihm Geld bekommen würden. Sie würden das Eigenkapital, also die CHF 190'000.– Darlehen von der Mutter plus 5% Provision erhalten (Prot. VI S. 88). Er bestätigte, dass C._____ bei jenem Besuch nach einem Telefongespräch mit der Beklagten, über welches er sich geärgert haben soll, zum Thema Geld gewechselt habe. Seine, des Zeugen, Eltern seien nicht auf Rosen gebettet, ihre Altersvorsorge sei immer ein Thema und er, der Zeuge, habe die Eltern auch schon unterstützt. C._____ habe ihm dann seine Versicherung abgegeben, dass sie die CHF 190'000.– erhalten sollen, mit der Provision würden total also rund CHF 300'000.– von der Seite von C._____ an die Eltern fliessen. Das zweite geschäftliche Thema, das er und C._____ besprochen hätten, sei die G._____ gewesen. Er, der Zeuge, habe C._____ vorgeschlagen, die Aktien für CHF 300'000.– zu kaufen. Ziel sei es gewesen, dass er den Eltern Gewinne und Dividende als Altersrente zukommen lasse. Das sei so angedacht gewesen, die Zeit sei aber zu kurz gewesen, um alles umzusetzen (Prot. VI S. 88/89).

4.4.4 Weder H._____ noch I._____ konnten als Zeugen eine Darlehensvereinbarung zwischen der Klägerin und C._____ bestätigen. Aus ihren Aussagen, zusammen mit dem Agenda-Eintrag von H._____ lässt sich einzig schliessen, dass C._____ ihnen gegenüber am 4. Oktober 2010 von einem Darlehen gesprochen hat, was als Indiz für den Bestand einer solchen Vereinbarung gewertet werden kann. Auch wenn C._____ am 4. Oktober 2010 indes den Zeugen gegenüber von Darlehen gesprochen hat, *beweist* dies eine entsprechende Vereinbarung zwischen ihm und der Klägerin, welche von der Klägerin gegenüber der Beklagten als dessen Erbin rechtlich durchsetzbar ist, nicht – jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit. Nach den Aussagen des Zeugen I._____ ging es beim Gespräch darum, den Eltern, d.h. der Klägerin und H._____ die Altersvorsorge zu sichern. Erhaltene Gelder sollten von C._____ zurückbezahlt werden und I._____ will seinerseits C._____ den Kauf der G._____ AG angeboten haben, um daraus für die Eltern Geld zu generieren. Daraus ergibt sich, dass C._____ damals eine Rückzahlung der erhaltenen Gelder wollte. Dass C._____ die Rückzahlung der Gelder nicht nur wollte und sich allenfalls moralisch dazu auch verpflichtet fühlte, sondern er der Klägerin gegenüber auch entsprechend vertraglich verpflichtet war, lässt sich aus der Aussage von I._____ indes nicht ohne weiteres schliessen. H._____ konnte das Eingehen einer solchen Verpflichtung wie gesehen ebenfalls nicht bestätigen.

Mehr für den Standpunkt der Klägerin ergibt sich auch aus den Aussagen der beiden Töchter der Klägerin nicht. Der Hinweis der Klägerin in der Berufung (act. 80 S. 8/9), diese hätten eindrücklich und glaubwürdig dargelegt, dass es ihrem Bruder wichtig gewesen sei, dass die Mutter das Geld zurück erhalte, bestätigen nicht mehr als den damaligen Willen von C._____, sagen aber nichts darüber aus, dass er sich gegenüber der Klägerin entsprechend verpflichtet hatte.

Der Gehalt der Aussagen der befragten Zeugen an sich genügt nicht zum rechtsgenügenden Nachweis einer Darlehensvereinbarung. Ob und wenn ja in welchem Ausmass sie unter einem Erwartungsdruck standen oder beeinflusst waren, kann letztlich offen bleiben. Auch die zum Teil enge Familienbande zwischen den Zeugen und der Klägerin auf der einen und die teilweise negative Einstellung der

Zeugen gegenüber der Beklagten auf der andern Seite sind letztlich nicht entscheidend. Ebenso wenig die Interessenlage insbesondere von H._____. Die Vorinstanz hat schliesslich zu Recht darauf hingewiesen, dass die Zeugen jedenfalls keine detaillierten Kenntnisse über die Geldangelegenheiten der Familie hatten, auch wenn in der Familie offen über Geldangelegenheiten gesprochen worden sein soll.

4.5.1 Die Klägerin rügt die vorinstanzliche Beweiswürdigung auch mit Bezug auf die Zeugenaussage von J._____, einem Mitarbeiter der mit dem Verkauf der Liegenschaft in D._____ betrauten K._____, der mit ihr und auch mit C._____ in Kontakt gestanden hatte. Die Vorinstanz erwog, es sei nicht auszuschliessen, dass J._____ von einem Darlehen gesprochen habe, weil er es von der Klägerin so gehört habe und die Gefahr bestehe, dass er eigene Wahrnehmungen der für ihn irrelevanten Äusserungen von C._____ und Schilderungen der Klägerin in seinem Gedächtnis vermenge (act. 82 S. 27-29).

4.5.2 Der Zeuge J._____ hatte neun Monate nach dem Tod von C._____ auf Wunsch der Klägerin in einer E-Mail bestätigt, dass der Erlös aus dem Hausverkauf unter anderem die Kosten der kostenintensiven Behandlungen decken und zum anderen zur Tilgung des Darlehens, welches die Klägerin dem Ehepaar beim Kauf/Umbau zur Verfügung gestellt hatte, herangezogen werden sollte (act. 4/17). In der Zeugenbefragung erklärte der Zeuge, dass er die E-Mail aufgrund der Angaben von C._____ geschrieben habe (Prot. VI S. 75). Auf die Frage, weshalb er überhaupt etwas darüber wisse, wie der Verkaufserlös habe verwendet werden sollen, erklärte er, C._____ sei sehr offen gewesen und habe auch Dinge erzählt, die für den Verkauf nicht relevant gewesen seien. Er, der Zeuge, habe im damaligen Zeitpunkt aber nicht gewusst, dass es um ein Darlehen der Klägerin gegangen sei. C._____ habe einfach von einem Darlehen gesprochen (Prot. VI S. 78).

4.5.3 Unabhängig davon, ob und allenfalls unter welchem Erwartungsdruck der Zeuge J._____ bei der Zeugenbefragung gestanden haben mag und unabhängig von der Zuverlässigkeit seiner Erinnerungen liesse sich aus der Zeugenaussage höchstens ableiten, dass C._____ ihm gegenüber ein Darlehen erwähnte. Der Zeuge bestätigte in der Zeugenaussage nicht, dass es sich um ein Darlehen der

Klägerin gehandelt hatte, welches beim Kauf/Umbau des Hauses zur Verfügung gestellt worden war, wie er dies noch in der E-Mail vom 24. September 2011 geschrieben hatte. Zum Nachweis der Streitfrage lässt sich daher aus dem Zeugnis von J._____ auch dann nichts ableiten, wenn vollumfänglich auf dessen Aussage abgestellt würde.

4.6 Aus der Vollmachterteilung von C._____ an die Klägerin über die Konti bei der UBS leitet die Klägerin schliesslich im Berufungsverfahren wie schon vor Vorinstanz ab, sie sei befugt gewesen, aus dem Verkaufserlös vorab die Rückzahlung selbst zu veranlassen (act. 80 S. 13). Die Vorinstanz erwog, der Umstand, dass diese Möglichkeit bestanden habe, heisse nicht, dass die Klägerin dies auch hätte tun dürfen (act. 82 S. 27/8). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, konnte der hiezu als Zeuge angerufene Bankangestellte L._____ sich an die Umstände der Bevollmächtigung nicht erinnern (Prot. VI S. 94). Die Klägerin äussert sich im Berufungsverfahren hiezu nicht. Mit Bezug auf die Aussage des Zeugen J._____ bleibt der oberwähnte Vorbehalt, wonach dieser – entgegen seiner E-Mail-Bestätigung (act. 4/17) – damals nicht wusste, dass es um ein Darlehen der Klägerin gegangen war. Die E-Mail kann somit auch nicht als Beweis für die klägerische Behauptung herangezogen werden. Die vor Vorinstanz umstrittene Behauptung, dass C._____ der Klägerin erlaubt hat, vom Erlös aus dem beabsichtigten Verkauf des Einfamilienhauses am M._____ -Weg ... in D._____ vorab CHF 190'000.– zur Tilgung des Darlehens auf ein eigenes Konto zu überweisen (Prot. VI S. 18/19 und S. 81), blieb vielmehr beweislos.

4.7 Weiteres zum Nachweis der Darlehensvereinbarung rügt die Klägerin in der Berufung nicht. Zu erwähnen bleibt, dass die behaupteten Darlehensbeträge in den Steuererklärungen der Klägerin nicht ausgewiesen worden waren (act. 33/4-13).

4.8 Zusammenfassend erweisen sich die von der Klägerin in der Berufung vorgebrachten Rügen im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Beweiswürdigung als unbegründet. Der Nachweis einer Darlehensvereinbarung zwischen der Klägerin und ihrem verstorbenen Sohn C._____ konnte nicht erbracht werden. Die

Berufung ist daher abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen. Nur der Vollständigkeit halber ergehen daher die nachstehenden Ausführungen zur Frage der Verjährung.

Verjährung

5.1. Mit Bezug auf die Frage der Verjährung hält die Klägerin im Berufungsverfahren an ihrer bereits vor Vorinstanz vertretenen Auffassung fest, dass es nicht zu überzeugen vermöge, auf den Zeitpunkt der frühest möglichen Fälligkeit abzustellen. Bei unbefristeten und unverzinslichen Darlehen beginne die Verjährung vielmehr an dem durch die Kündigung bestimmten effektiven Beendigungstag (act. 80 S. 15 i.V.m. act. 42 S. 12). Das Bundesgericht hält demgegenüber an seiner Rechtsprechung fest, dass auch für unbefristete, zinslose Darlehen die Verjährungsfrist mit der Auszahlung, bzw. nach Ablauf von sechs Wochen nach der Auszahlung beginnt. Dabei hat es sich in seinem Entscheid 4A_699/2011 vom 22. September 2011 (dort E. 4) insbesondere auch mit den von der Klägerin zitierten abweichenden Lehrmeinungen auseinandergesetzt und seine Rechtsprechung im Entscheid 4A_181/2012 vom 10. September 2012 bestätigt. Gründe, welche es rechtfertigten, von dieser Rechtsprechung im vorliegend zu beurteilenden Fall abzuweichen, hat die Klägerin nicht dargetan und sind auch nicht ersichtlich. Mit der Vorinstanz, auf deren Erwägungen ergänzend verwiesen werden kann (act. 82 S. 10/11), ist daher festzustellen, dass die Verjährung eines nachgewiesenen Darlehens mit Ablauf von sechs Wochen nach dessen Auszahlung zu laufen beginnt.

5.2 Für den Fall, dass man die Zahlungen und den Abschluss eines Darlehensvertrages als bewiesen ansähe, geht die Vorinstanz davon aus, dass die Forderung im Umfang von CHF 120'000.– bereits beim Gespräch im Spital Zollikerberg am 4. Oktober 2010 verjährt war und damals nicht mehr unterbrochen werden konnte. C._____ hätte viel mehr auf die Verjährung verzichten müssen, was nicht angenommen werden könne (act. 82 Ziff. 7, S. 34/35).

5.3 Die Klägerin rügt in der Berufungsbegründung, die Vorinstanz gehe in Bezug auf die Darlehenstranchen, welche in den Jahren 2000 - 2003 ausbezahlt wurden,

ohne weitere Begründung davon aus, es habe sich um "separate Willenseinigungen" gehandelt, nachdem nicht von Anfang an ein Darlehen über CHF 190'000.– vereinbart worden bzw. der weitere Geldbedarf für den Umbau (bei der Vereinbarung der ersten Darlehenstranche) nicht "vorhersehbar" gewesen sei. Dies sei nicht nur realitätsfremd, sondern entspreche auch weder den der Vorinstanz vorgetragenen Tatsachen noch dem Beweisergebnis. Es sei nie von separaten Darlehen die Rede gewesen. Unter Verweis auf ihre entsprechenden Ausführungen in der Klagebegründung (act. 2 Ziff. 5 S. 7 - 9) macht sie geltend, das im Jahr 2000 gewährte Darlehen sei in den Jahren 2002 / 2003 über weitere Tranchen erhöht worden, nachdem dieser weiteres Kapital für den Umbau der Immobilie benötigt habe; im Rahmen der Vertragsfreiheit hätten die Parteien das Darlehensverhältnis jederzeit anpassen können. C._____ habe sodann am 4. Oktober 2010 über den Totalbetrag gesprochen; damit sei er gemäss klarer Willensäusserung von einem einheitlichen Rechtsgeschäft ausgegangen. Die letzte Erhöhung des geborgten Betrages sei am 7. August 2003 erfolgt, weshalb die Verjährung des gesamten Darlehens frühestens dann begonnen habe. Selbst wenn man der Vorinstanz aber folge, wäre keine Verjährung eingetreten, weil mit jeder Erhöhung die früheren Tranchen anerkannt worden seien und damit die Verjährungsfrist der einzelnen Tranchen neu zu laufen begonnen habe (act. 80 S. 14/15; vgl. auch vorinstanzliche Replik, act. 42 S. 12).

5.4 Die Beklagte hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, dass C._____ lediglich anfänglich für den Erwerb der Einfamilienhausliegenschaft in D._____ einen Anstossbeitrag gewünscht habe. Alle weiteren Geldbedürfnisse seien von ihm unvorhergesehen und deshalb nicht von Anfang an abgemacht erst im Verlaufe der Zeit und im Zusammenhang der später anfallenden Umbaukosten vorgebracht worden (act. 54 S. 3/4).

5.5 In der Klagebegründung hatte die Klägerin ausführen lassen, dass sie zum Zweck der Finanzierung der Liegenschaft bzw. von deren Unterhalt ihrem Sohn verschiedentlich Darlehen gewährt habe. Sie erwähnt die einzelnen Tranchen von zweimal CHF 60'000.– am 8. und 25. Februar 2000, dann je CHF 10'000.– am 11., 17. und 30. Oktober 2002 und schliesslich CHF 40'000.– am 30. August 2003

"...in Erhöhung des Darlehens..." (act. 2 S. 7 und 8). In der Replik liess sie festhalten, dass die ersten Tranchen des Darlehens im Jahr 2000 für den Ankauf und die folgenden Tranchen in den Jahren 2002/2003 für den Umbau ausbezahlt wurden. Dieser Verwendungszweck belege, dass es nicht um gesonderte Rechtsgeschäfte gegangen sei. Auch wenn es 2000 nur um den Ankauf gegangen und weitere Darlehen kein Thema gewesen seien, sei der Sachverhalt den Bedürfnissen angepasst worden (act. 42 S. 12). In der persönlichen Befragung anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 5. Juni 2013 schilderte die Klägerin, dass ihr Sohn sie am Anfang des Jahres 2000 gefragt habe, ob sie ihm beim Hauskauf finanziell helfen würde. Auf die Frage, wie es nach der Bezahlung der zwei Tranchen im Februar 2000 eineinhalb Jahre später zu weiteren Auszahlungen gekommen sei, führte die Klägerin aus, im Jahre 2001 habe C._____ als Folge der Ereignisse des 11. September einen grossen Teil seiner Kunden verloren und finanzielle Schwierigkeiten gehabt. Sie habe dreimal CHF 10'000.– gegeben, da er die Arbeiten nicht mehr habe bezahlen können. Sie habe nicht immer Geld gegeben, er habe öfters gefragt (Prot. VI S. 7 ff., insbes. S.8, 10 und 11).

5.6 Die Klägerin räumt ein, dass im Jahr 2000 ausschliesslich von CHF 120'000.– die Rede war und keine Gedanken an eine spätere Erhöhung bestanden. Weitere Zahlungen erfolgten nach den Vorbringen der Klägerin selbst im Zusammenhang mit den Folgen der Ereignisse vom 11. September 2001, welche als solche sowie auch hinsichtlich der Konsequenzen nicht vorhersehbar waren. Wenn die Vorinstanz bei dieser Konstellation von separaten Willenseinigungen spricht, ist dies jedenfalls nicht zu beanstanden. Auch aus der Aussage von H._____ als Zeuge lässt sich denn auch nichts anderes schliessen. Er erklärte, dass C._____ sie (ihn und die Klägerin) zuerst angefragt habe, ob sie ihm Eigenkapital für den Hauskauf zur Verfügung stellten. Er habe zuerst das Haus gekauft und dann habe er es umgebaut. Während des Umbaus habe immer wieder Geld gefehlt, weshalb ihm die Klägerin Geld gegeben habe (Prot. VI S. 57/58). Die neuen Verhältnisse bedurften einer Anpassung, eines Überdenkens und führten dazu, dass weitere Zahlungen gewährt wurden. Auch wenn es letztlich die Summe erhöhte und der Verwendungszweck immer das Haus in D._____ war, kann nicht von einer einheitlichen Darlehensgewährung im Gesamtbetrag von CHF

190'000.– gesprochen werden. Für die zeitlich erheblich später erfolgten, neuerlichen Zahlungen bedurfte es einer neuen Willenseinigung. Es war nicht so und wurde von der Klägerin so auch nicht behauptet, dass das ursprüngliche Darlehen so verstanden werden konnte und wollte, dass nötigenfalls auch Erhöhungen gewährt würden. Die im Februar 2000 gewährten Beträge als einzelnes Darlehen zu betrachten, welches hinsichtlich der Verjährung ein eigenes Schicksal hatte, erweist sich daher als sachgerecht. Für die beiden ersten Beträge trat damit die Verjährung eines Rückforderungsanspruches grundsätzlich bereits in der ersten Hälfte des Jahres 2010 ein.

5.7 Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung geltend macht, auch eine Aufteilung in Tranchen hätte im Ergebnis keine Verjährung der ersten CHF 120'000.– zur Folge, weil davon ausgegangen werden müsste, dass C._____ mit dem Einverständnis zu jeder Erhöhung des geborgten Betrages den bisherigen Betrag anerkannte und damit die Verjährungsfrist der einzelnen Darlehenstranchen mit jeder Erhöhung des Darlehens von neuem zu laufen begonnen hätte (act. 80 S. 15 Rz 6.4.), handelt es sich um einen neuen Einwand. Dieser kann – da er rechtlicher Natur ist – im Berufungsverfahren vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin tut indes nicht dar und es ergibt sich dies insbesondere auch nicht aufgrund ihrer vorinstanzlichen Vorbringen, aus welchen Tatsachen sie bei den jeweiligen Erhöhungen auf die jeweils neu angenommenen Anerkennungen bezüglich der früher ergangenen Darlehenstranchen schliesst. Eine Anerkennungshandlung nach Art. 135 Ziff. 1 OR setzt keinen auf Unterbrechung der Verjährung gerichteten Willen voraus. Als Anerkennung mit Unterbrechungswirkung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR gilt jedes Verhalten des Schuldners, das vom Gläubiger nach Treu und Glauben im Verkehr als Bestätigung seiner rechtlichen Verpflichtung aufgefasst werden darf, wobei sich die Anerkennungserklärung an den Gläubiger richten muss. Eine Ankerkennungshandlung setzt insbesondere keinen auf Unterbrechung der Verjährung gerichteten Willen voraus und es steht der Anerkennung auch nicht entgegen, dass der geschuldete Betrag allenfalls strittig ist (BGE 134 III 591 E. 5.2.1 und 5.2.2 mit weiteren Hinweisen). Eine Anerkennungserklärung oder -handlung als solche wird vorliegend aber nicht behauptet. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann allein aus der

Tatsache der Erhöhung bzw. aus dem Erbeten um weitere Beträge nichts für die bisher gewährten Darlehenstranchen geschlossen werden.

Die Vorinstanz hat zudem erwogen, dass weder behauptet noch anzunehmen sei, C._____ habe am 4. Oktober 2010 um die Verjährung gewusst und bewusst darauf verzichtet (act. 82 S. 35). Die Klägerin setzt dem in der Berufung nichts entgegen, weshalb es dabei sein Bewenden hat. Die Vorinstanz ging im Ergebnis zu Recht davon aus, dass im Umfang von CHF 120'000.– die Klage jedenfalls auch zufolge Verjährung abzuweisen wäre.

III.

Beim vorgenannten Ausgang des Verfahrens bleibt es auch bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung und die Klägerin wird auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung) vom 3. Februar 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 80, sowie an das Bezirksgericht Zürich (10. Abt.) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 190'000.–.

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. O. Canal

versandt am: