

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB210055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss vom 17. Mai 2022

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Aberkennung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur im ordentlichen
Verfahren vom 17. September 2021 (CG190020-K)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 1)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche der Beklagte mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 3. September 2019 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, nur in Höhe von Fr. 13'000.– besteht.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. September 2021:

(Urk. 48 S. 26 f. = Urk. 52 S. 26 f.)

1. Die Aberkennungsklage wird abgewiesen.

Die in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberwinterthur (Zahlungsbefehl vom 23. Mai 2019) mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. September 2019 erteilte provisorische Rechtsöffnung (Geschäfts-Nr. EB190247-K) ist damit definitiv.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'900.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 51 S. 2):

- "1. Es sei in Aufhebung des angefochtenen Entscheids das Verfahren zur Beweisverhandlung, namentlich der Parteibefragung/Beweisaussage, der schriftlichen Auskunft des Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich und der Zeugenbefragungen von C._____, ... [Adresse], RA Dr. D._____, ... [Adresse], E._____, ... [Adresse], F._____, ... [Adresse] und G._____, ... [Adresse], als auch zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Eventualiter sei in Abänderung von Disp.-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids die Aberkennungsklage gutzuheissen und die in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberwinterthur mit Urteil EB190247 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 3. September 2019 erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Höhe von Fr. 13'000.– als definitiv zu erklären.

2. Die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Entscheids seien in Abänderung von Disp.-Ziff. 3 dem Beklagten aufzuerlegen und der Beklagte sei in Abänderung von Disp.-Ziff. 4 zu verpflichten, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 5000.– zu bezahlen;

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MwSt) zulasten des Berufungsbeklagten -."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 58 S. 2):

- "1. Die Berufung der Klägerin / Berufungsklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Klägerin / Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

Der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) ist der Cousin der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin). Er verlangt von ihr gestützt auf eine zwischen ihm als Darlehensgeber und der Klägerin als Darlehensnehmerin geschlossenen Vereinbarung vom 30. August 2018 die Rückzahlung eines der

Klägerin gewährten Darlehens. Gemäss dieser Vereinbarung beträgt die geschuldete Summe insgesamt Fr. 75'000.– und setzt sich zusammen aus Fr. 63'000.– aus Darlehen sowie Fr. 12'000.– für geleistete Arbeit und Zinsen. Unbestrittenermassen hat die Klägerin dem Beklagten am 5. Februar 2019 einen Betrag von Fr. 20'000.– zurückbezahlt. Streitig zwischen den Parteien sind die Höhe der Restforderung, die Modalitäten des Darlehens sowie die Frage, in welcher Höhe das Darlehen bereits getilgt wurde.

II.

1. Mit Urteil vom 3. September 2019 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur dem Beklagten die provisorische Rechtsöffnung für Fr. 55'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2019

(Urk. 15/8). Mit Eingabe vom 26. September 2019 erhob die Klägerin fristgemäss die vorliegende Aberkennungsklage mit den eingangs genannten Rechtsbegehren (Urk. 1). Für den Verfahrensgang vor Vorinstanz kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 52 S. 2 f.).

Mit Urteil vom 17. September 2021 wies die Vorinstanz die Aberkennungsklage ab (Urk. 52 S. 26 f.).

2. Gegen das Urteil hat die Klägerin mit Eingabe vom 3. November 2021 rechtzeitig (Urk. 49) Berufung erhoben (Urk. 51). Der Kostenvorschuss von Fr. 4'900.– wurde verspätet, aber noch vor Ansetzung der Nachfrist geleistet (Urk. 53, 55 und 56). Die Berufungsantwort datiert vom 8. Februar 2022 (Urk. 58). Sie wurde der Klägerin mit Verfügung vom 14. Februar 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 62). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-50).

III.

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 49 und 51), und die vor Vorinstanz unterlegene Klägerin ist zu deren Erhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. III./2.) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen.

2.1 Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Sie muss – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Dies setzt voraus, dass – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz aufgezeigt wird, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, und die Aktenstücke bezeichnet werden, auf denen die Kritik beruht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Den gesetzlichen Begründungsanforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGE 138 III 374E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_382/2015 vom 4. Januar 2016, E. 11.3.1; BGer 4A_263/2015 vom 29. September 2015, E. 5.2.2). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine

umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (BGer 2C_124/2013 vom 25. September 2013, E. 2.2.2; ZK ZPO Reetz/Theiler, Art. 310 N 6). Wird eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt, ist aufzuzeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, ist in der Berufungsbegründung explizit darauf hinzuweisen, dass und wo die entsprechenden Umstände bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurden (Hungerbühler/Bucher, Dike-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Die Rügen der Parteien in ihren Rechtsschriften vor Obergericht geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor. Diese hat den angefochtenen Entscheid daher nur bezüglich der gerügten Punkte zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5.).

2.2 Der Beklagte macht geltend, die Klägerin setze sich zwar inhaltlich mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, beschränke sich im Ergebnis jedoch auf eine Wiederholung ihrer unsubstantiierten Behauptungen vor Vorinstanz und einer appellatorischen Kritik an der vorgenommenen (teils antizipierten) Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Inwieweit konkret aber eine unrichtige Rechtsanwendung vorliegen solle, werde nicht dargelegt. Im Ergebnis sei die Berufungsbegründung in ihrer Substanz als mangelhaft zu qualifizieren und die Berufungsanträge seien als unsubstantiiert abzuweisen (Urk. 58 Rz 5). Inwiefern dieser Vorwurf zutrifft, wird bei der Prüfung der Beanstandungen der Klägerin im Einzelnen zu beurteilen sein.

3. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.H.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

IV.

1.1 Die Vorinstanz hat sich zu den Verfahrensgrundsätzen und den Regeln des Beweisverfahrens ausführlich geäussert. Auf die zutreffenden Erwägungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 52 S. 5 ff.).

1.2 Die Ausführungen der Vorinstanz zur Behauptungs- und Substantiierungslast gemäss Urk. 52 E. II./2.3. will die Klägerin insofern ergänzt wissen, als Beilagen Beweisofferten seien, jedoch auch Aktenstücke Parteibehauptungen sein könnten, nämlich dann, wenn genau bezeichnet werde, welcher Teil des Aktenstücks als Behauptung gelten solle (Urk. 51 S. 3 lit. a). Dies trifft zwar zu (ZK ZPO-Sutter-Somm/Schrank, Art. 55 N 31 m.H.). Es ist jedoch nicht ersichtlich, was die Klägerin daraus ableiten möchte.

1.3 Die Ausführungen der Vorinstanz zur antizipierten Beweiswürdigung in Urk. 52 E. II./3.3. will die Klägerin insoweit ergänzen, als eine antizipierte Beweiswürdigung richtigerweise nicht dazu führen dürfe, Zeugen als zu stark befangen zu bezeichnen und von deren Befragung abzusehen, wenn die Befangenheit rein auf Grund von Verwandtschaftsverhältnissen oder persönlicher Beziehung abgeleitet werde. Sie beanstandet, die Vorinstanz habe praktisch sämtliche Zeugen der Klägerin als untauglich abgelehnt, da sie in familiärer

Beziehung zu ihr stünden (Urk. 51 S. 3 f. lit. b). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, wird im entsprechenden Zusammenhang zu prüfen sein.

2. Die Vorinstanz hat in der Folge die Parteistandpunkte zusammengefasst wiedergegeben (Urk. 52 S. 9 ff.). Soweit die Klägerin ihre Darstellung präzisiert haben will, ist ihr teilweise zu folgen.

Unzutreffend ist, dass die Vorinstanz festgehalten hätte, dass eine Quittierung der Zahlung an den Vermittler vom Beklagten nicht vorgesehen gewesen sei (Urk. 51 S. 4 lit. c). Vielmehr hat die Vorinstanz die Aussagen der Klägerin (Urk. 1 Rz 5, Urk. 30 lit. k ff.) richtig zusammengefasst, wenn sie ausführt: "Eine Quittung über den Vorgang gäbe es nicht, weil sie den beteiligten Personen vertraut habe". Richtig ist dagegen, dass die Klägerin auch ausgeführt hat, ihre Freundin E. _____ zur Geldübergabe (an den Vermittler) mitgenommen zu haben (Urk. 51 S. 4 lit. c mit Verweis auf Urk. 1 Rz 6), was die Vorinstanz in ihrer Zusammenfassung nicht festgehalten hat. Der Klägerin ist auch darin zu folgen, dass gemäss ihrer Darstellung ihre Mutter nur mit dem Vermittler und nicht auch - wie von der Vorinstanz festgehalten (Urk. 52 S. 11 E. III./2.1.5) - mit dem Beklagten telefoniert hat (Urk. 51 S. 4 lit. d; Urk. 1 Rz 8). Was die Klägerin aus ihren Präzisierungen ableiten will, bleibt allerdings im Dunkeln.

3. Die Vorinstanz erwog, in der Vereinbarung vom 30. August 2018 (Urk. 2/3) sei ein Änderungsvertrag hinsichtlich des mündlichen Darlehensvertrages über Fr. 63'000.- sowie eine Schuldanerkennung in Höhe von Fr. 12'000.- zu sehen (Urk. 52 S. 13 E. III./3.1).

3.1 Mit Bezug auf den Darlehensvertrag stelle die Vereinbarung - so die Vorinstanz weiter - klar, dass das Darlehen bis am 31. Dezember 2018 gewährt worden sei. Damit sei ein Verfalltag vereinbart worden. Der Vereinbarung sei weiter zu entnehmen, dass die Parteien eine Zahlung von Fr. 12'000.- mitunter für Zinsen vereinbart hätten, womit eine Verzinsung spätestens ab diesem Zeitpunkt vorgesehen gewesen sei (Urk. 52 S. 14 E. III./3.2.3). Die Klägerin will klargestellt

haben, dass keine Verzinsung respektive Änderung des mündlich abgeschlossenen Darlehensvertrags auf Verzinslichkeit seitens der Klägerin konsensual beabsichtigt gewesen sei (Urk. 51 S. 4 lit. e), ohne dies zu begründen und ohne auf die Ausführungen der Vorinstanz einzugehen und sich damit sachgerecht auseinander zu setzen und aufzuzeigen, was am angefochtenen Entscheid fehlerhaft sein soll. Dies vermag den Begründungsanforderungen (vorn E. III./2.1) nicht zu genügen. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

3.2 Mit Bezug auf die Schuldanerkennung hielt die Vorinstanz fest, die Klägerin habe in der Vereinbarung vom 30. August 2018 unterschriftlich bestätigt, dem Beklagten für geleistete Arbeit und Zinsen total Fr. 12'000.– zu schulden. Es liege damit eine kausale Schuldanerkennung im Sinne von Art. 17 OR vor, weshalb die Klägerin Nichtbestehen oder die fehlende Durchsetzbarkeit der Forderung zu beweisen habe. Die Klägerin bestreite, dem Beklagten Fr. 12'000.– zu schulden. Sie mache Mängel im Vertragsschluss geltend, welche zur einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages führten. Das Vorliegen eines wucherischen Vertrages (Übervorteilung) habe die Klägerin ungenügend substantiiert. Eine Übervorteilung sei nicht rechtsgenügend behauptet. Im Übrigen sei fraglich, ob die Jahresfrist von Art. 21 Abs. 2 OR eingehalten wäre, was aber offen bleiben könne. Auch hinsichtlich des Tatbestandes der Furchterregung i.S. von Art. 29 OR behaupte die Klägerin das Vorliegen sämtlicher Tatbestandselemente nicht genügend substantiiert. Wiederum fraglich sei die Einhaltung der Jahresfrist gemäss Art. 31 OR, was allerdings ebenfalls offen bleiben könne. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass die Klägerin hinsichtlich der Übervorteilung und der Furchterregung lediglich die Parteibefragung offeriere, wobei eine Parteibefragung nicht dazu dienen könne, eine mangelnde Substantiierung nachzuholen. Schliesslich behaupte die Klägerin, die Parteien hätten sich darauf verständigt, dass der gemäss Vereinbarung vom 30. August 2018 geschuldete Betrag für Zinsen von Fr. 12'000.– auf Fr. 7'000.– reduziert werde. Sinngemäss behaupte sie damit das Zustandekommen eines Änderungsvertrages. Für ihre Behauptung offeriere sie eine E-Mail von Rechtsanwalt Dr. iur. D._____, eine Parteibefragung sowie die Zeugenaussage von Rechtsanwalt D._____ als Beweismittel. Jedoch habe sie nicht substantiiert,

wann, wo oder in welchem Kontext der von ihr behauptete aber bestrittene Änderungsvertrag zustande gekommen sei. Sie führe lediglich aus, man habe sich darauf verständigt. Insgesamt muteten ihre Ausführungen eher als Schutzbehauptungen an. Die Behauptungen der Klägerin seien damit abermals zu pauschal und unsubstantiiert gehalten, als dass darüber Beweis geführt werden könnte. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass es der Klägerin nicht gelinge, die einseitige Unverbindlichkeit der Schuldanererkennung bzw. einen diesbezüglichen nachträglichen Änderungsvertrag zu beweisen (Urk. 52 S. 15 ff. E. III./3.3.1.-3.3.7.).

3.2.1 Die von der Klägerin dagegen vorgebrachten Beanstandungen (Urk. 51 S. 5 ff. lit. g - i) vermögen den Begründungsanforderungen (vorn E. III./2.1) über weite Teile nicht zu genügen, weshalb insoweit darauf nicht weiter einzugehen ist. Die Klägerin wiederholt mehr oder weniger vielmehr, was sie bereits vor Vorinstanz vorgebracht hat (Urk. 30 lit. e, g, i, n), ohne auf die detaillierte Begründung der Vorinstanz einzugehen (Urk. 51 S. 5 ff. lit. g - i), bzw. bringt neue Behauptungen zur Zinshöhe vor (Urk. 51 S. 5 lit. g), ohne aufzuzeigen, dass und wo vor Vorinstanz diese Behauptungen schon vorgebracht worden wären.

3.2.2 Eine sachgerichtete Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz zum wucherischen Rechtsgeschäft bzw. zur Übervorteilung durch die Klägerin findet kaum statt (Urk. 51 S. 5 f. lit. g). Was sie aus dem Hinweis, dass sich ein wucherisches Rechtsgeschäft bei einem offenen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung als sittenwidrig und nichtig erweisen könne, ableiten will, legt sie nicht dar. Die Vorinstanz hat erwogen, dass sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein wucherisches Geschäft - wie es die Klägerin zu behaupten scheine - als einseitig unverbindlich erweisen könne (Urk. 52 S. 16 E. III./3.3.4). Bei einem Verstoss gegen den strafrechtlichen Wuchertatbestand ist die in Art. 20 OR angeordnete Nichtigkeit ausschliesslich nach Massgabe von Art. 21 OR zu konkretisieren (BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 21 N 19 und Art. 19/20 N 54). In der Regel wird ferner das Vorliegen von Sittenwidrigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) mit dem Hinweis darauf verneint, dass Art. 21

OR die Fälle eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung abschliessend regle. Hinsichtlich der Vereinbarung überhöhter Darlehenszinsen liess die Rechtsprechung vereinzelt Ausnahmen von diesem Grundsatz zu (vgl. BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 19/20 N 40 m.w.H. und Art. 21 N 19). Die Partei, die sich auf die Sittenwidrigkeit des Vertrags beruft, muss jedoch nach der Verhandlungsmaxime die tatsächlichen Grundlagen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergeben soll, prozessrechtskonform dartun. Dies hat die Klägerin nicht getan. Sie hat einzig behauptet, der Beklagte habe für die Zeit vom 31. März 2018 bis 31. Dezember 2018 Zinsen in Höhe von Fr. 12'000.– gefordert. Um diesen Wucherzins zu kaschieren, habe er in der Vereinbarung geleistete Arbeit und Zinsen angeführt, doch habe es keine geleisteten Arbeiten gegeben, bzw. machte sie geltend, es sei von einem Jahreszins von 25% auszugehen (Urk. 1 S. 2 Ziff. III./2; Urk. 30 S. 3 f. lit. e). Soweit sie im Berufungsverfahren die Zeugenbefragung ihres Ehemannes C._____ verlangt, um zu beweisen, dass (k)eine Arbeitsleistung des Beklagten stattgefunden habe, handelt es sich um einen unzulässigen neuen Beweisantrag. Die Klägerin offerierte ihren Ehemann vor Vorinstanz nur mit Bezug auf die Frage als Zeugen, ob bei der Nutzung des Fahrzeugs des Beklagten (welche nicht bestritten wurde) Geschwindigkeitsüberschreitungen oder Unfälle vorgefallen seien (Urk. 30 S. 4 lit. g), nicht aber dazu, ob Arbeitsleistungen des Beklagten stattgefunden haben. Entgegen dem Dafürhalten der Klägerin wurde auch eine Notlage ungenügend behauptet. Zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass die Klägerin gehalten gewesen wäre, mindestens in den Grundzügen darzulegen, worin vorliegend eine Notlage, Unerfahrenheit oder ein leichtsinniges Handeln zu erblicken gewesen wäre. Die blosser Behauptung, sie sei zur Unterschrift genötigt worden bzw. sie sei unter Druck gesetzt worden, die Unterschrift zu leisten, da sie nicht in der Lage gewesen sei, das Darlehen kurzfristig zurückzuzahlen (Urk. 1 Rz 2, Urk. 30 S. 3 lit. e), genügt dieser Anforderung offensichtlich nicht.

3.2.3 Auch mit den Erwägungen der Vorinstanz zum Tatbestand der Furchterregung im Sinne von Art. 29 OR (Urk. 52 S. 17 f. E. III./3.3.5) setzt sich die Klägerin nur ungenügend auseinander (Urk. 51 S. 6 lit. h). Nicht gefolgt werden kann ihr, dass die Furchterregung ausreichend substantiiert sei, weil der

Nötigungstatbestand selbsterklärend sei und die Drohung auch konkludent erfolgen könne. Die im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Darstellung der Ausnutzung einer Zwangslage, indem der Beklagte von der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin bei seiner Forderung, die ganze Summe sofort zu zahlen, gewusst habe, ist unbeachtlich aber auch unbehelflich: Das blosses Wissen um eine Zahlungsunfähigkeit stellt keinen Tatbestand der Furchterregung dar.

3.2.4 Hinsichtlich des Zustandekommens eines Änderungsvertrages sieht die Klägerin in einer E-Mail von Rechtsanwalt Dr. iur. D._____ vom 18. Februar 2019, welche aus einem Whatsapp-Chatverlauf ersichtlich ist (Urk. 12/8), entgegen der Vorinstanz einen Beweis für ihre Behauptung, die Parteien hätten sich auf eine Reduktion des geschuldeten Betrags von Fr. 12'000.– auf Fr. 7'000.– verständigt (Urk. 51 S. 6 lit. i). Zutreffend hat die Vorinstanz festgestellt, dass der E-Mail nicht zu entnehmen ist, dass die Parteien einen Änderungsvertrag mit dem durch die Klägerin behaupteten Inhalt abgeschlossen hätten. Allein der Umstand, dass ein Betrag von Fr. 50'000.– (anstelle eines Restbetrages von Fr. 55'000.– gemäss Vereinbarung vom 30. August 2018; Urk. 12/3) genannt wird, lässt nicht auf einen Änderungsvertrag hinsichtlich der anerkannten Schuld von Fr. 12'000.– auf Fr. 7'000.– schliessen. Es ist auch nicht ersichtlich, was aus der Wendung "Du kannst sie damit betreiben", für das Vorliegen eines Abänderungsvertrages abgeleitet werden könnte. Soweit die Klägerin Rechtsanwalt Dr. D._____ als Zeugen einvernommen haben will, setzt sie sich nicht konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, wonach sie nicht substantiiere, wann, wo oder in welchem Kontext der von ihr behauptete Änderungsvertrag zustande gekommen sei, weshalb darüber kein Beweis geführt werden könne.

3.2.5 Im Ergebnis ist damit die Feststellung der Vorinstanz, dass es der Klägerin nicht gelinge, die einseitige Unverbindlichkeit der Schuldanerkennung bzw. einen diesbezüglichen Änderungsvertrag zu beweisen, nicht zu beanstanden.

4. Soweit die Klägerin die Rückzahlung des Darlehens in Höhe von Fr. 50'000.– in drei Tranchen behauptet (vgl. Urk. 52 S. 19 f. E. III./3.4.1 ff.), hielt

die Vorinstanz fest, der Beklagte anerkenne die Rückzahlung vom 5. Februar 2019 von Fr. 20'000.–, bestreite aber weitere Rückzahlungen. Der Beweis für die Rückzahlung des Darlehens obliege der Klägerin, wobei es sich um eine Bringschuld handle. Die Klägerin trage das Risiko des Transportes des Geldes. Die Klägerin wolle F._____ am 30. März 2019 Fr. 10'000.– und am 9. April 2019 weitere Fr. 20'000.– übergeben haben, welcher das Geld dem Beklagten weitergegeben habe (Urk. 52 S. 20 E. III./3.4.2 f.).

Die Klägerin offeriere für die Geldübergaben an F._____ eine Parteibefragung sowie die Zeugen F._____ und E._____. Über die Übergabe des Geldes an F._____ müssten indessen keine Beweise abgenommen werden, weil diese Tatsache die Tilgung der Schuld nicht zu beweisen vermöge. Die Behauptung der Geldübergabe an F._____ sei daher irrelevant. Die angebotenen Beweise beträfen folglich keine rechtserheblichen Tatsachen und seien mithin von vorneherein untauglich. Bei E._____ handle es sich im Übrigen um eine Freundin der Klägerin, weshalb ihrer Zeugeneinvernahme aufgrund ihrer Parteinähe von vornherein ein geringer Beweiswert zukomme. Überdies sei E._____ aufgrund der im Rechtsöffnungsverfahren von ihr eingereichten schriftlichen Zeugenerklärung nicht mehr frei in ihren Aussagen. Der schriftlichen Zeugenerklärung sei sodann zu entnehmen, dass sie mit der Klägerin jeweils kurz vor den Übergabetreffen das Geld mitgezählt habe, an den Geldübergaben selbst jedoch nicht anwesend gewesen sei. Schliesslich seien die Ausführungen der Klägerin betreffend die Geldübergaben an F._____ auch zu pauschal und unsubstantiiert gehalten, als dass sie einem Beweis zugänglich wären. Was die Aussage der Klägerin betreffe, sei ohnehin nicht zu erwarten, dass sie mehr als ihre bereits unsubstantiiert vorgetragenen Behauptungen ausführen könnte und ihre Parteiaussage würde ohnehin nur dazu dienen, die mangelnde Substantiierung nachzuholen, was nicht zulässig sei (Urk. 52 S. 20 ff. E. III./3.4.4.).

Weiter biete die Klägerin die Zeugen F._____, C._____ (Ehemann der Klägerin) und G._____ (Mutter der Klägerin) als Beweis an. Der Beklagte sowie F._____ hätten gegenüber C._____ bestätigt, dass der Beklagte die beiden behaupteten Zahlungen (Fr. 10'000.– am 30. März 2019 und Fr. 20'000.– am

9. April 2019) erhalten habe. F._____ habe dies zudem auch gegenüber G._____ bestätigt. Die diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin seien für eine Beweisabnahme zu unsubstantiiert gehalten. Die von der Klägerin behaupteten mehrfachen Telefongespräche würden ohne jegliche Substantiierung in der Klageschrift beschrieben. Zentrale Angaben hinsichtlich dieser Telefongespräche, namentlich Ort und Zeit, Häufigkeit oder Telefonnummern, fehlten. Umso mehr gelte dies für Begleitumstände der Telefongespräche, anhand derer der Kerngehalt der klägerischen Behauptungen hätte verifiziert werden können. Im Übrigen sei festzuhalten, dass es sich bei den offerierten Zeugen C._____ und G._____ um den Ehemann und die Mutter der Klägerin handle, weshalb zu vermuten sei, dass ihre Aussagen von vornherein zu Gunsten der Klägerin ausfallen würden, weshalb ihnen ein nur geringer Beweiswert zukomme. In antizipierter Beweiswürdigung könne daher auch aus diesem Grund eine Beweiserhebung unterbleiben. Ohnehin wäre C._____ aufgrund seiner im Rechtsöffnungsverfahren eingereichten schriftlichen Zeugenerklärung nicht mehr frei in seiner Aussage. Der Vollständigkeit halber sei schliesslich darauf hinzuweisen, dass der Beklagte vorbringe, dass zwischen der Klägerin und F._____ mit Datum vom 17. Juni 2020 ein heute rechtskräftiges Urteil des Bezirksgerichts Winterthur ergangen sei (Geschäfts-Nr. FV190048-K). Demnach – so führe der Beklagte aus – habe auch F._____ der Klägerin Geld geliehen und die Klägerin habe in jenem Verfahren die bestrittenen Fr. 30'000.– gegenüber F._____ zur Verrechnung gestellt, woraus zu schliessen sei, dass die Klägerin selbst anerkenne, dass er (der Beklagte) das Geld nie erhalten habe. Sodann sei den Erwägungen des Urteils vom 17. Juni 2020 zu entnehmen, dass die Übergabe des Geldes an F._____ von der Klägerin nicht habe bewiesen werden können. Die Klägerin selbst habe das Verfahren FV190048-K als Beweis offeriert und anerkenne, dass sie in jenem vom Beklagten zitierten – heute rechtskräftigen – Verfahren gegenüber F._____ erfolglos die Verrechnungseinrede erhoben habe. Dies bedeute ihrer Ansicht nach jedoch nicht, dass F._____ das Geld nicht weitergeleitet habe. Entgegen der Ansicht der Klägerin erscheine eine Zeugeneinvernahme von F._____ vor diesem Hintergrund als kein taugliches Beweismittel, sei doch davon auszugehen, dass dieser an seinem im Verfahren

FV190048-K vertretenen Standpunkt, namentlich dass er kein Geld von der Klägerin erhalten habe, auch bei einer Zeugenaussage im vorliegenden Verfahren festhalten würde. Mangels genügender Substantiierung der von der Klägerin in diesem Zusammenhang aufgestellten Behauptungen könne indes eine abschliessende Beurteilung betreffend die Tauglichkeit einer Beweisaussage von F._____ sowie der Aktenbeizug aus dem Verfahren FV190048-K unterbleiben. Aus denselben Gründen könne auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern es sich bei diesen Vorbringen des Beklagten um zulässige Noven im Sinne von Art. 229 ZPO handle, verzichtet werden (Urk. 52 S. 22 ff. E. III./3.4.5).

4.1 Wie sich nachfolgend zeigen wird, hat die Vorinstanz im Rahmen einer unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung zu Unrecht auf die Abnahme der von der Klägerin anbotenen Beweismittel verzichtet.

4.2 Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Das Recht auf Beweis gehört auch zu dem in Art. 29 Abs. 2 BV verbrieften Anspruch auf rechtliches Gehör, weshalb dem Beweisanspruch Grundrechtscharakter zukommt (vgl. BGE 138 V 125 E. 2.1, m.w.H.). Dort, wo das Gericht prozessrechtskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen mit dem Endentscheid zu liefern (*OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5*). Grundsätzlich sind (unter dem Vorbehalt einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung, vgl. nachfolgende Erwägung) alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (BGer 4A_145/2015 vom 6. Juli 2015, E. 5.4.2).

4.3 Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, "wenn das Gericht in einem konkreten Prozess nach einer vorgängigen (negativen) Prognose, mithin in vorgreifender Würdigung, auf die Abnahme eines oder mehrerer an sich zulässiger Beweismittel verzichtet" (Tanner, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015, S. 740). Die antizipierte Beweiswürdigung wird in der ZPO (im Gegensatz zum Vorentwurf der

Expertenkommission) nicht geregelt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlaubt die antizipierte Beweiswürdigung dem Gericht, weitere Beweismittel abzulehnen, wenn es in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 136 I 229 E. 5.3, m.w.H.). Die allgemeine Beweisvorschrift nach Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn das Gericht taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl es die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet (BGer 5A_769/2011 vom 2. März 2012, E. 5.1). Die vorweggenommene Beweiswürdigung darf diesbezüglich nicht bloss auf allgemeiner Lebenserfahrung, allgemeinen tatsächlichen Vermutungen oder mittelbaren Indizien beruhen (BGE 115 II 305; BGer 4A_526/2009 vom 21. Dezember 2009, E. 1.2.2; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 119).

4.4 Eine Person, welche sich bereits schriftlich zum Beweisthema geäussert hat, ist als Zeuge nicht per se disqualifiziert. Bei der Würdigung von Zeugenaussagen kommt es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen an, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen. Es darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdigkeit von Zeugen abgestellt werden. Das wirtschaftliche Interesse am Prozessausgang oder die persönliche Bindung bzw. die familiäre Verbundenheit zu einer Prozesspartei sind allein noch kein Grund, der Aussage zu misstrauen (*OGer ZH LC110003 vom 29.11.2011, E. 2.4.2.3.2*). Darüber hinaus ist es auch nicht zulässig, einer Person generell die Tauglichkeit als Zeugin abzusprechen, weil sie vorgängig ihre Aussagen schriftlich festgehalten hat. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Sinne von Art. 157 ZPO hat uneingeschränkt zu gelten. Auch Zeugenaussagen von Personen, welche sich vorgängig bereits schriftlich zum Beweisthema geäussert haben, sind somit frei zu würdigen. Es ist unzulässig, die Glaubwürdigkeit von Zeugen vorweg derart negativ einzuschätzen, dass auf deren Einvernahme mittels antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden kann (subjektive Untauglichkeit). Ein Gericht darf nicht generell davon ausgehen, dass sich der Zeuge anlässlich einer förmlichen gerichtlichen Zeugeneinvernahme gleich wie in

der schriftlichen Zeugenerklärung äussert bzw. nicht mehr von den schriftlich getätigten Aussagen abweichen wird. Es ist stets denkbar, dass sich der Zeuge anlässlich der gerichtlichen Zeugeneinvernahme, möglicherweise unter dem Druck der Strafandrohung des falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB, abweichend von der bereits existierenden schriftlichen Zeugenerklärung äussert. Der Zeuge kann dabei von der schriftlichen Zeugenerklärung lediglich im Detail oder grundlegend abweichen. Wie im konkreten Fall abweichende bzw. konstante Zeugenaussagen zu würdigen sind, muss im Einzelfall nach freier Beweiswürdigung beurteilt werden. Dies ist lediglich möglich, wenn zur ersten Erkenntnisquelle (schriftliche Zeugenaussage) eine zweite (gerichtliche Zeugenaussage) tritt. Rechtserhebliche, streitige Tatsachen vorausgesetzt, sollte eine Anhörung des Zeugen, welcher vorgängig eine schriftliche Zeugenerklärung abgegeben hat, deswegen grundsätzlich immer erfolgen, sofern die Einvernahme des Zeugen als solche von einer Partei offeriert wurde. Einem grundsätzlich tauglichen Beweismittel ohne tatsächliche Kenntnisnahme, d.h. gerichtliche Abnahme des Beweismittels, den Beweiswert vorgängig basierend auf allgemeinen Vermutungen und Annahmen gänzlich abzusprechen, ist nicht zulässig. Der konkrete Beweiswert eines (an sich tauglichen) Beweismittels lässt sich vor dessen Abnahme kaum je zuverlässig abschätzen (Fink, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, Diss., Zürich 2015, Rz 344 und Rz 406 ff.; vgl. auch BK ZPO II-Brönnimann, Art. 152 N 19; BSK ZPO-Guyan, Art. 152 N 7; KUKO ZPO-Schmid, Art. 152 N 7; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 32; BK-Walter, Art. 8 ZGB N 29 und N 125; Hasenböhler, a.a.O., S. 31 Rz 2.28). PAUL OBERHAMMER spricht in diesem Zusammenhang gar von einem Musterbeispiel für prozessuale Willkür und hält die antizipierte Beweiswürdigung bei subjektiv untauglichen Beweismitteln für einen Verstoss gegen die Denkgesetze. Ein Beweismittel dürfe ex ante nur dann abgelehnt werden, wenn objektiv feststehe, dass von ihm keine Erkenntnisse zu erwarten seien – und nicht bloss, weil das Gericht das Gefühl habe, er werde sich voraussichtlich ohnehin nicht überzeugen lassen (Oberhammer, Antizipierte Beweiswürdigung: Verfahrensmangel als Prozessgrundsatz?, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis,

Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 512 und 522 f.; vgl. auch *OGer ZH PD140009 vom 11.11.2014, E. III.4.3.2*).

4.5 Zu Recht beanstandet die Klägerin vorab, dass sie die Parteibefragung und die Zeugenbefragung von F._____ nicht als Beweismittel für die Geldübergabe an diesen, sondern für die Geldübergabe an den Beklagten offeriert habe (Urk. 51 S. 7 lit. j und S. 9 lit. k). In der Klageschrift führte sie aus, sie habe F._____ am 30. März 2019 Fr. 10'000.– und am 9. April 2019 weitere Fr. 20'000.– übergeben, welche er an den Beklagten weitergegeben habe. Zum Beweis dafür offerierte sie u.a. F._____ (Urk. 1 S. 3 Ziff. 5). Zwar hat die Vorinstanz richtig festgehalten, dass die Geldübergabe an F._____ allein die Tilgung der Schuld noch nicht zu beweisen vermöchte. Die behauptete Weitergabe an den Beklagten ist aber eine (bestrittene) erhebliche Tatsache und der offerierte Zeuge ein dafür durchaus taugliches Beweismittel.

4.6 Nicht gefolgt werden kann den von der Klägerin als unrichtig zurückgewiesenen (Urk. 51 S. 7 lit. j und S. 8 lit. k) Erwägungen der Vorinstanz, dass einer Zeugeneinvernahme von E._____ aufgrund ihrer Parteinähe (Freundin der Klägerin) von vornherein ein geringer Beweiswert zukomme und diese überdies aufgrund der im Rechtsöffnungsverfahren von ihr eingereichten schriftlichen Zeugenerklärung nicht mehr frei in ihren Aussagen sei. Nach dem vorstehend Ausgeführten (E. 4.4) ist eine solche antizipierte Beweiswürdigung subjektiv untauglicher Beweismittel gestützt auf allgemeine Vermutungen und mittelbare Indizien nicht statthaft. Solange die mündliche Zeugenaussage von E._____ nicht vorliegt, lässt sich nicht abschliessend beurteilen, inwieweit der entsprechenden Aussage Beweiskraft zukommt und wie stark der Beweiswert durch ihre schriftliche Zeugenerklärung allenfalls eingeschränkt ist. Durch die Ablehnung der von der Klägerin offerierten Zeugeneinvernahme hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör (Recht auf Beweis) der Klägerin verletzt.

4.7 Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz ferner, wenn sie die Parteibefragung der Klägerin ablehnt, weil sie ohnehin nicht mehr als ihre bereits vorgetragenen Behauptungen ausführen könnte und ihre Parteiaussage nur dazu dienen würde, die mangelnde Substantiierung nachzuholen, was die Klägerin in

Abrede stellt (Urk. 51 S. 9 lit. k). Eine Parteibefragung führt regelmässig zur Wiederholung der Tatsachenbehauptungen in den Rechtsschriften. Ob die Partei lediglich ihre bereits schriftlichen Parteivorbringen wiederholt oder andere bzw. neue Aussagen macht, lässt sich erst nach Durchführung des Parteiverhört beurteilen. Entgegen dem, was der angefochtene Entscheid unterstellt, sind Parteibefragung und Beweisaussage gesetzlich vorgesehene (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO), objektiv taugliche Beweismittel. Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 143 III 297 E. 9.3.2 m.w.H.) folgt daraus das Verbot fester Beweisregeln. Soweit diese gesetzliche Pflicht zur freien Beweiswürdigung Platz greife, sei es nicht zulässig, einem bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Beweismittel von vornherein jeden Beweiswert, also jede Überzeugungskraft abzusprechen (mit Hinweis auf BGE 84 IV 171 E. 2 S. 174 f.). Dies gelte auch für die Parteibefragung und Beweisaussage im Sinn von Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO. Eine geschickte Befragung durch den Richter könne erfahrungsgemäss durchaus ein gutes Mittel sein, die Wahrheit zu erforschen, wenn der Befragte - zumal in Konfrontation mit der Gegenpartei - eindringlich verhört werde und auf unerwartete Fragen Antwort geben müsse, vor allem aber, weil der Richter, der die Befragung durchführe, dabei einen persönlichen Eindruck gewinne, der ihm gestatten könne, die Glaubwürdigkeit des Befragten zu beurteilen (mit Hinweis auf BGE 80 II 294 E. 1 S. 297 f.). Zu Recht werde im Schrifttum gefordert, dass diese bundesgerichtlichen Überlegungen auch unter der Herrschaft der Schweizerischen Zivilprozessordnung gölten (mit Hinweis auf Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 33). Im Ergebnis lehnte die Vorinstanz die Parteibefragung der Klägerin ab, ohne sich im Einzelfall nach freier Überzeugung ein Urteil darüber zu bilden, ob und gegebenenfalls in welcher Hinsicht den im Rahmen der Parteibefragung gewonnenen Aussagen ein Beweiswert zukommt. Damit aber verletzt der angefochtene Entscheid erneut das Recht der Klägerin auf Beweis (vgl. BGE 143 III 297 E. 9.3.2, a.E.).

4.8 Zu Recht beanstandet die Klägerin auch die Erwägungen der Vorinstanz, wonach ihre Ausführungen betreffend die Geldübergaben an F._____ auch zu pauschal und unsubstantiiert gehalten seien, als dass sie einem Beweis

zugänglich wären (Urk. 51 S. 7 lit. j)). Die Klägerin macht geltend, F._____, der sich im Streit um die Rückzahlung des Darlehens als Vermittler angeboten habe, am 30. März 2019 Fr. 10'000.– und am 9. April 2019 weitere Fr. 20'000.– übergeben zu haben, welche dieser an den Beklagten weitergegeben habe (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4. und 5.). Der Beklagte bestreitet das (Urk. 11 Rz 13). Diese klägerische Behauptung ist einem Beweis durchaus zugänglich, auch wenn - wie die Vorinstanz festhält - weitergehende Angaben dazu, wie und wo diese Übergaben genau stattfanden und was die genaue Abmachung mit F._____ betreffend die Weiterleitung des Geldes an den Beklagten gewesen sei, fehlen. Der Beklagte hat einen entsprechenden Mangel nie geltend gemacht und ein Substantiierungshinweis der Vorinstanz gestützt auf die gerichtliche Fragepflicht ist nicht ersichtlich. Der Klägerin ist beizupflichten, dass die Vorinstanz die Anforderungen an die Substantiierung überspannt.

4.9 Dasselbe gilt für die Behauptungen der Klägerin, der Beklagte sowie F._____ hätten gegenüber ihrem Ehemann C._____ bestätigt, dass der Beklagte die beiden behaupteten Zahlungen erhalten habe, und F._____ habe das auch gegenüber ihrer Mutter G._____ bestätigt. Auch diese sind einem Beweis durchaus zugänglich. Der Klägerin ist beizupflichten, dass nicht einzusehen ist, weswegen die Örtlichkeit und Zeit oder Häufigkeit der behaupteten Telefonate oder die gewählten Telefonnummern zur Beweisführung erforderlich sein sollten (Urk. 51 S. 8 lit. k). Es ist auch nicht ersichtlich, welche Begleitumstände der Telefongespräche vermisst werden. Die Klägerin erklärte dazu, ihr Ehemann habe sich, nachdem sie vom Beklagten eine Betreuung über Fr. 55'000.– erhalten habe (vgl. Urk. 15/3/3), eingeschaltet und habe mehrmals mit dem Beklagten und F._____ telefoniert. Auch ihre Mutter habe mit F._____ gesprochen (Urk. 1 S. 4 Ziff. 7 f.).

4.10 Soweit die Vorinstanz die angerufenen Zeugen C._____ (Ehemann der Klägerin) und G._____ (Mutter der Klägerin), in antizipierter Beweiswürdigung wegen ihrer Nähe zur Klägerin (Familienmitglieder) vom Zeugnis ausschliessen will, kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden (oben E. 4.4). Der Klägerin ist beizupflichten, dass nicht die persönlichen Verhältnisse entscheidend sind,

sondern die Glaubhaftigkeit der Aussagen (Urk. 51 S. 8 lit. k). Auf das bereits Ausgeführte kann auch insoweit verwiesen werden, als die Vorinstanz auch C._____ aufgrund seiner im Rechtsöffnungsverfahren eingereichten schriftlichen Zeugenerklärung vom Zeugnis ausschliessen will (oben E. 4.4), was die Klägerin beanstandet (Urk. 51 S. 8 lit. k). Gleiches gilt für die Parteibefragung/Beweis-aussage der Klägerin und des Beklagten (oben E.4.7 und Urk. 51 S. 9 lit. k).

4.11 Die Vorinstanz stellt schliesslich der Vollständigkeit halber die Tauglichkeit einer Zeugeneinvernahme von F._____ auch vor dem Hintergrund eines zwischen der Klägerin und diesem am Bezirksgericht Winterthur geführten Verfahrens als Beweismittel in Frage, ohne indes eine abschliessende Beurteilung vorzunehmen, die Akten beizuziehen und insbesondere die Frage zu klären, ob der Beklagte die entsprechenden Behauptungen rechtzeitig ins Verfahren eingebracht hat. Die Klägerin erachtet die beklagte Behauptung, wonach der Vermittler (F._____) die Geldübergabe an sich bestritten habe, als unzulässiges Novum und hält dafür, aus dem Umstand, dass eine Verrechnungseinrede gescheitert sein solle, sei nicht zu schliessen, dass der Vermittler (F._____) seine Geldübergabe an den Beklagten verneine. Vielmehr könne er sich auf den Standpunkt stellen, dass nicht er der Empfänger der beiden Zahlungen der Klägerin gewesen sei, sondern der Beklagte (Urk. 51 S. 9 f. lit. k). Zur grundsätzlichen Tauglichkeit eines Zeugenbeweises kann wiederum auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden (oben E. 4.4). Solange F._____ nicht als Zeuge angehört wurde, lässt sich der Beweiswert seiner Aussagen nicht zuverlässig abschätzen. Ohne Kenntnis der Akten des genannten Verfahrens am Bezirksgericht Winterthur kann auch die Möglichkeit einer Zeugenaussage, wie die Klägerin sie darstellt, nicht ausgeschlossen werden. Selbst wenn aber den Erwägungen des Urteils vom 17. Juni 2020, wie der Beklagte geltend macht (Urk. 47 Rz 6), zu entnehmen wäre, dass die Übergabe des Geldes an F._____ von der Klägerin nicht habe bewiesen werden können, wäre diese Behauptung als verspätet nicht zu berücksichtigen. Die Behauptung erfolgte anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. Juni 2021 nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel (Prot. I S. 11 ff., Urk. 47 Rz 6). Die Duplik datiert vom 26. Oktober 2020 (Urk. 34). In der Hauptverhandlung sind Noven grundsätzlich nur

noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und a) erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Das Urteil vom 17. Juni 2020 erging vor Erstattung der Duplik, und der Beklagte hat vor Vorinstanz nicht dargetan, inwiefern es ihm nicht möglich gewesen sein soll, die genannten Behauptungen mit der Duplik vorzutragen bzw. im Einzelnen darzutun, dass bzw. inwiefern die Verspätung entschuldbar ist. Entsprechend sind seine Behauptungen als verspätet ohnehin nicht zu berücksichtigen.

5. Zusammenfassend ist das Verfahren nicht spruchreif. Es bedarf eines Beweisverfahrens zur behaupteten Darlehensrückzahlung. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 35). Ob ein reformatorisches oder ein kassatorisches Urteil zu fällen ist, entscheidet die Berufungsinstanz nach ihrem Ermessen (BGE 144 III 394 E. 3.2.2). Unter dem Gesichtspunkt des drohenden Instanzenverlusts erscheint es vorliegend angebracht, die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

V.

1. Im Falle eines Rückweisungsentscheids kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich die Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 2). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG ist eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 4'900.- festzusetzen.

2. Der Entscheid über die Kostentragung und eine allfällige Parteientschädigung ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. September 2021 wird aufgehoben und der Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'900.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin im Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 4'900.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 42'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. Mai 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
ip