

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin
MLaw S. Meisel

Urteil vom 31. Mai 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X._____,

gegen

Stadtgemeinde Zürich (Sozialbehörde),

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Soziale Dienste Zürich, Zentrale Rückerstattungen,

MLaw B._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, im
ordentlichen Verfahren vom 21. Dezember 2021 (CG170024-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 583'690.40 nebst Zins zu 5% seit 1.1.2017 zu bezahlen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten, die Entschädigung zuzüglich der MWSt zum dannzumal gültigen Satz, derzeit 8%."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 21. Dezember 2021:

(Urk. 226 S. 60)

1. In vollständiger Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin CHF 583'690.40 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2017 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 33'000.– festgesetzt. Hinzu kommen CHF 100.– Kosten für die Zeugenentschädigung. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Prozesskosten, zuzüglich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 1'050.– werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden, soweit ausreichend, aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 22'500.– bzw. CHF 600.– bezogen. Im Mehrbetrag werden sie vom Beklagten nachgefordert.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, die auf ihn entfallenden, jedoch vom Vorschuss der Klägerin bezogenen Prozesskosten (CHF 22'500.–) zuzüglich der Kosten für das Schlichtungsverfahren (CHF 1'050.–), der Klägerin zu ersetzen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 52'500.–, zuzüglich CHF 4'121.25 Mehrwertsteuer, insgesamt CHF 56'621.25 zu bezahlen.

6. Die Parteientschädigung ist unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle im Umfang von CHF 35'000.– direkt der Gerichtskasse zu bezahlen. Der Restbetrag ist an die Klägerin zu bezahlen.

(7./8. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 230 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Dezember 2021 im Verfahren CG170024-L/U hinsichtlich der Verpflichtung des Beklagten, der Klägerin CHF 583'690.40 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2017 zu bezahlen (Dispositiv Ziff. 1) sowie hinsichtlich der dem Beklagten auferlegten Kostenfolgen (Entscheidgebühr, Prozesskosten und Parteientschädigung – Dispositiv Ziff. 2-6) aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen;
2. Es sei für den Fall, dass Antrag Nr. 1 nicht oder nur in Teilen entsprochen werde, auf die Erhebung eines Zuschlages zur Grundgebühr betreffend der Parteientschädigung in Höhe von CHF 7'000 in Folge Mehraufwand abzusehen und lediglich die ordentliche Grundgebühr für die Parteientschädigung gestützt auf § 4 abs. 1 AnwGebV dem gegnerischen Rechtsvertreter zuzusprechen;
3. Es sei die Berufungsbeklagte und Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten den Inhalt der Abtretungserklärung der Zedentin (Frau C._____) gegenüber der Zessionarin (Stadtgemeinde Zürich (Sozialbehörde) offenzulegen und in ungekürzter und unzensurierter Form zur Verfügung zu stellen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten und Klägerin."

Erwägungen:

I.

Die vorliegende Klage wurde am 16. März 2017 von C._____ (nachfolgend als Klägerin bezeichnet) gegen den Beklagten bei der Vorinstanz erhoben. Dieser ist der Sohn der Klägerin. Die Klägerin verfügte über Vermögenswerte auf Konten bei der D._____ und der E._____. Am 7. August 2015 erfolgte die Saldierung des

Kontos bei der D._____, wobei der Saldo von Fr. 106'681.20 dem Beklagten bar übergeben wurde. Die Vermögenswerte bei der E._____ wurden anfangs 2016 liquidiert und der Saldo von Fr. 477'009.57 am 3. März 2016 auf ein Konto des Beklagten überwiesen. Die Klägerin forderte mit ihrer Klage vom Beklagten diese Beträge zurück. Am 17. Dezember 2020 schloss die Klägerin mit der Stadtgemeinde Zürich (nachfolgend als Berufungsbeklagte bezeichnet) einen Abtretungs- und Prozessübernahmevertrag ab und trat letztere anstelle der Klägerin in den Prozess ein.

II.

1. Der Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 226 S. 2 ff.). Gegen das Urteil vom 21. Dezember 2021 hat der Beklagte mit Eingabe vom 14. Februar 2022 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 223 und 230). Wie nachfolgend zu zeigen ist, erweist sich diese als offensichtlich unbegründet (Art. 312 Abs. 1 ZPO), weshalb keine Berufungsantwort eingeholt wurde.

2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Die Berufungskläger haben mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben haben. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]; BGer 5A_127/2018 vom 28.02.2019, E. 3, m.w.H.). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittel-

instanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen der Berufungskläger auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, müssen sich die Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier müssen sich die Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.w.H.).

Den erwähnten Anforderungen an die Berufungsschrift genügt die Berufung des Beklagten vor allem dort nicht, wo er einen Sachverhalt behauptet, ohne dabei mit präzisen Aktenverweisen Bezug auf das angefochtene Urteil oder Partei-

vorbringen vor Vorinstanz zu nehmen (u.a. Urk. 230 S. 3 f., 10 f., 24-26 {lit. C}, 26-28 {lit. D, mit Ausnahme eines Hinweises auf Urk. 2 Rz 37}).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese Voraussetzungen gelten kumulativ. Handelt es sich um echte Noven, ist das Erfordernis der Neuheit ohne Weiteres erfüllt und einzig das des unverzüglichen Vorbringens ist zu prüfen. Was unechte Noven angeht, so ist es Sache der Partei, die sie vor der Berufungsinstanz geltend machen will, zu beweisen, dass sie die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hat, was namentlich bedingt, die Gründe darzutun, warum die Tatsachen und Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 34).

III.

1. a) Zum Geld, das der Beklagte am 7. August 2015 bei der D._____ in bar abgehoben hatte, erwog die Vorinstanz zusammengefasst, es sei unstrittig, dass dieses Geld aus dem Vermögen der Klägerin gestammt habe, mithin also sie daran berechtigt gewesen sei. Ebenso sei unbestritten, dass das Geld dem Beklagten noch in der Bank in einem verschlossenen Couvert übergeben worden sei. Wenn dieser nun geltend mache, er habe es hernach der Klägerin in deren Wohnung übergeben, so trage er die Beweislast für diese Behauptung (Art. 8 ZGB). Dazu sei die Zeugenaussage von F._____, der damaligen Lebenspartnerin und heutigen Ehefrau, als Beweismittel abgenommen worden. Die darüber hinaus zum Beweis offerierte Edition der Gesprächsnotizen des Kundenberaters G._____ von der D._____ sei hingegen nicht beweistauglich, da der Beklagte nicht behaupte, diese Notizen bezögen sich auf die behauptete Rückgabe des Geldes in der Wohnung der Klägerin. Weitere Beweismittel seien vom Beklagten nicht offeriert worden.

F._____ habe zu Protokoll gegeben, seit dem 5. Mai 2006 mit dem Beklagten zusammen und seit tt.mm.2016 mit ihm verheiratet zu sein. Sie würden in zwei Wohnungen, jedoch nicht getrennt leben. Sie hätten nie einen gemeinsamen Haushalt gehabt, dies bewusst, weil sie beide Kinder aus erster Ehe hätten. Gemeinsame Kinder hätten sie keine. Ihr Verhältnis zur Klägerin und Schwiegermutter habe die Zeugin als schwierig bzw. nicht existent beschrieben. Sie vermöge jedoch – so die Zeugin – gleichwohl sachlich auszusagen; sie habe sich davon distanziert. Im Vorfeld zur heutigen Aussage habe sie keinen Kontakt zu den Parteien gehabt. Sie wisse jedoch, dass es einen Streit gebe. Sie habe mit niemandem über das Prozessthema gesprochen. Es sei ihr mitgeteilt worden, dass dies zuhause kein Thema sein solle, weil es ohnehin schon belastend sei. Zur Sache habe die Zeugin deponiert, sie wisse einfach, dass der Beklagte damals, als er das Geld von der D._____ geholt habe, dieses zur Mutter gebracht habe. Hierauf habe er sie (die Zeugin) angerufen und ihr gesagt, dass er das Geld bei der Mutter abgegeben habe. Eigene Wahrnehmungen hierzu habe sie nur über das Telefon gemacht. Der Beklagte habe ihr gesagt, er habe das Geld zur Mutter nach Hause gebracht; sie sei ja nicht mehr so gut zu Fuss gewesen. Er habe erklärt, er sei nur kurz bei ihr gewesen. Soviel sie wisse, habe der Beklagte das Geld alleine abgehoben. Sie sei aber nicht dabei gewesen (Urk. 226 S. 15 ff.).

Zur Beweiswürdigung führte die Vorinstanz aus, F._____ sei als damalige Lebenspartnerin und heutige Ehefrau des Beklagten alles andere als eine unabhängige und unbefangene Zeugin. Sie habe überdies ein schwieriges Verhältnis zur Klägerin und es liege auf der Hand, dass sie der nunmehr langjährige Streit zwischen dem Beklagten und ihrer Schwiegermutter nicht unberührt lasse. Ihre Aussagen seien daher mit grosser Vorsicht zu würdigen. Die Zeugin habe aus eigener Wahrnehmung einzig bestätigen können, dass sie der Beklagte am 7. August 2015 angerufen und ihr mitgeteilt habe, er habe der Mutter das Geld – es sei um ca. Fr. 100'000.– gegangen – übergeben. Weitere Details und Begleitumstände seien der Zeugin nicht bekannt, was durchaus erstaune. So habe sie nicht gewusst, von welchem Konto die Abhebung erfolgt sei und wem das Geld eigentlich zugestanden sei. Abweichend vom Beklagten selbst habe sie zudem geschildert, der Beklagte sei alleine auf der Bank gewesen und habe das Geld dort abgeholt.

Nach Darstellung des Beklagten habe er sich vielmehr zusammen mit der Klägerin zur D. _____ begeben und dort die Kontosaldierung und die Übergabe des Geldes an ihn abgewickelt. Es überzeuge insgesamt nicht, dass die Zeugin keinerlei Details der Bargeldabhebung und der Verwendung des Betrages gekannt habe. Entscheidend sei indes, dass die Zeugin der angeblichen Übergabe des Geldes in der Wohnung der Klägerin nicht beigewohnt habe. Entsprechend habe sie diese auch nur vom Hörensagen bestätigen können (Urk. 226 S. 19).

Hinzu komme, dass die Bargeldabhebung und die Verwendung des Geldbetrages nicht isoliert und ohne Einbettung in einen grösseren Gesamtkontext gesehen werden dürfe. Es sei im fraglichen Zeitraum um Vereinbarungen des Beklagten und der Klägerin gegangen, welche deren Existenzsicherung betroffen hätten. Konkret sei zwischen den Parteien strittig, ob der Beklagte ein Versprechen hinsichtlich einer monatlichen Zahlung von Fr. 5'000.– zugunsten der Klägerin abgegeben habe. Weiter sei offenkundig, dass der Beklagte bereits damals – und auch heute noch – der Ansicht sei, die Klägerin habe zu seinen Lasten vom ihm zustehenden Erbe gelebt und dieses über Gebühr verbraucht. Selbst wenn der Beklagte schliesslich anerkannt habe, dass der hier strittige Geldbetrag aus dem Vermögen der Klägerin stamme, werde mehr als deutlich, dass er bis zum Schluss die Auffassung vertrete, das Geld gehöre eigentlich ihm bzw. er habe dieses zugute. So begründe er bis zuletzt seine Verrechnungsforderung. Vor diesem Hintergrund und im Gesamtkontext erscheine es denn auch nicht als lebensfremd, dass der Beklagte durch die Einbehaltung des Betrages seinen angeblichen erbrechtlichen Anspruch habe absichern wollen. Es sei folglich durchaus ein Motiv ersichtlich, weshalb der Beklagte den abgehobenen Bargeldbetrag eben nicht der Klägerin ausgehändigt, sondern ihn einbehalten haben könnte. Dies erscheine aufgrund der gesamten Motivlage wie auch vor dem Hintergrund des monatlichen Zahlungsverprechens des Beklagten alles andere als lebensfremd. So gesehen könnte auch nicht von einem "Diebstahl" die Rede sein. Vielmehr hätte sich der Beklagte einen Betrag gesichert, auf den er ohnehin Anspruch erhoben habe und den er allenfalls für den weiteren Unterhalt der Mutter hätte verwenden können, ohne eigenes Vermögen anzugreifen (Urk. 226 S. 19 f.).

Erstaunlich und lebensfremd erscheine weiter, dass der Beklagte seiner damals bereits betagten Mutter in deren Wohnung einen derart hohen Geldbetrag in bar ausgehändigt habe, ohne genauer zu wissen, was diese denn damit zu tun beabsichtigen würde. Nur schon die Aufbewahrung von knapp Fr. 106'000.– in bar in einer Schublade in der Wohnung erscheine mehr als unüblich, wenn nicht geradezu als fahrlässig. In dieselbe Richtung gehe, dass keine Empfangsbestätigung ausgestellt worden sei. Das gelte umso mehr, als es sich um einen aussergewöhnlich hohen Betrag und eine zweifelsohne nicht alltägliche Transaktion gehandelt habe. Es möge zutreffen, dass im Rahmen von Familienangelegenheiten auf eine Ausfertigung einer schriftlichen Übergabebestätigung verzichtet worden sei, wie der Beklagte dies geltend mache. Indes hätten bereits damals offenkundig Spannungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten geherrscht, was das Finanzielle anbelange. Es sei zu wiederholen, dass der Beklagte offensichtlich der Meinung gewesen sei, er "werde um sein Erbe geprellt". Die informelle Übergabe des Betrages lasse sich schliesslich aber auch in den Kontext stellen, dass der Geldbetrag steuerlich nicht deklariert gewesen sei, weshalb darauf geachtet worden sei, keine schriftlichen Spuren zu hinterlassen. Der Hauptbeweis des Beklagten sei als gescheitert zu betrachten (Urk. 226 S. 20 f.).

b) aa) Der Beklagte ist der Ansicht, F. _____ sei eine unabhängige Zeugin, auf deren Aussagen abgestellt werden könne. Er stellt aber nicht in Abrede, dass die Zeugin die langjährige Freundin und spätere Ehefrau des Beklagten ist (Urk. 230 S. 4). Die weiteren Behauptungen des Beklagten zu dieser Beziehung (getrennter Wohnsitz [nicht: getrennte Wohnungen] etc.) sind unbeachtlich, da er nicht darlegt, wo er diese bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte, weshalb sie als neu gelten (vgl. vorn E. II/3). Wenn er bestreitet, dass die Zeugin ein schwieriges Verhältnis zur Klägerin gehabt habe (Urk. 230 S. 5), setzt er sich in Widerspruch zur Aussage der Zeugin, welche es als ein "sehr schwieriges Verhältnis" bezeichnete und anfügte, sie hätten gar kein Verhältnis (Prot. I S. 169). Nach einer alten Erfahrungstatsache sind verwandtschaftliche oder freundschaftliche Beziehungen oder Feindschaft bzw. eine negative Einstellung zu einer Partei in hohem Masse geeignet, die Aussage in eine bestimmte Richtung zu lenken. Nimmt sie tatsächlich diesen Verlauf, kann dies als ein Indiz für die Unglaubwürdigkeit

angesehen werden (Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 314; Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 1, Zürich {etc.} 2015, S. 180 Rz 5.23; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 8). In Art. 172 ZPO ist denn auch ausdrücklich vorgesehen, dass Zeugen über ihre persönlichen Beziehungen zu den Parteien sowie über andere Umstände, die für die Glaubwürdigkeit der Aussage von Bedeutung sein können, befragt werden.

Der Beklagte erklärt den Umstand, dass der Zeugin weder Details noch Begleitumstände zur Geldübergabe bekannt gewesen seien, damit, dass er ihr diese nicht zwingend habe mitteilen müssen. Vielmehr habe er sich mit dem Anruf seinen Ärger von der Seele reden wollen, dass die Mutter nicht auf ihn gehört und sich mit einem so hohen Bargeldbetrag zu Hause einem nicht kalkulierbaren Risiko ausgesetzt habe (Urk. 230 S. 5). Bei diesem angeblichen Grund für den Telefonanruf handelt es sich wiederum um eine neue und damit unzulässige Behauptung, die aber ohnehin keinen Niederschlag in der Zeugenaussage fand. Hätte sich der Beklagte seinen Ärger von der Seele reden wollen, wäre dies beim Telefongespräch zweifellos zum Ausdruck gekommen und hätte sich die Zeugin daran erinnert. Im Übrigen ist es natürlich richtig, dass die Zeugin – die Wahrheit ihrer Aussage unterstellt – nur das aussagen konnte, was der Beklagte ihr mitgeteilt hatte. Auffällig ist aber, dass der Beklagte der Zeugin einzig mitgeteilt haben soll, er habe für seine Mutter um die Fr. 100'000.– bei der D. _____ abgeholt und ihr übergeben. Die Zeugin wusste nicht, wem das Konto gehörte, warum der Beklagte das Geld abhob und warum er sie anrief und ihr die Mitteilung über die Geldübergabe machte (Prot. I S. 170 ff.). Dabei wäre jedenfalls die Frage naheliegend gewesen, wozu denn die Klägerin das viele Bargeld gebraucht habe. Insofern überzeugt die Schilderung des Telefonanrufs durch die Zeugin nicht, was schon die Vorinstanz festgestellt hat.

Die Zeugin konnte nur berichten, was der Beklagte ihr am Telefon angeblich mitgeteilt hatte. Das ist das, was sie unmittelbar wahrgenommen hatte. So sieht Art. 169 ZPO vor, dass Zeugnis über Tatsachen abgelegt werden kann, welche die Zeugin unmittelbar wahrgenommen hat. Nach herrschender Lehre können

aber Wahrnehmungen, welche die Zeugin von andern Personen erfahren hat, als Hilfstatsachen im Rahmen der Beweiswürdigung relevant sein (Hasenböhler, a.a.O., S. 47 Rz 4.19 m.w.H.). Sie sind für die Bewertung von Beweismitteln bedeutsam, sind selber aber keine Beweismittel (ders., a.a.O., S. 6 Rz 1.4 und Fn 3; Guldener, a.a.O., S. 2; BGer 5P.352/2001 vom 17.01.2002, E. 6b). Vom Hörensagen darf nicht unmittelbar der Nachweis der Beweistatsache als erbracht angesehen werden (BK ZPO-Brönnimann, Art. 157 N 12; BGer 4A_279/2020 vom 23.02.2021, E. 6.8). Zeugen, welche lediglich Äusserungen von Gewährsleuten wiedergeben können, fallen als Beweismittel für die inhaltliche Richtigkeit dieser Äusserungen nicht in Betracht (Guldener, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 338 Fn 2). Selbst wenn also auf die Aussage der Zeugin F._____ abgestellt werden könnte, wäre es nicht möglich, allein gestützt darauf den Beweis für die Übergabe des Geldes vom Beklagten an die Klägerin zu erbringen.

bb) Der Beklagte beschreibt sich als unbescholtene, redliche Person, welche nie mit dem Gesetz in Kontakt gekommen sei. Er sei gegenüber der Klägerin stets aufrichtig und korrekt gewesen. Es wäre ihm nie in den Sinn gekommen, von ihr den Empfang des Geldes bestätigen zu lassen. Auch habe er es finanziell nicht nötig gehabt, sich durch irgendwelche Trickseriei oder Heimlichtuerei von der Klägerin einen höheren Geldbetrag widerrechtlich zu erschleichen (Urk. 230 S. 5 f.). Mit diesen allgemein gehaltenen Behauptungen, welche der Beklagte wiederum ohne Aktenverweise vorträgt und welche daher als unzulässige Noven zu werten sind (vorn E. II/3), erbringt er den Beweis für die Geldübergabe nicht. Der Beklagte hat seine Parteibefragung und Beweisaussage nicht als Beweismittel angerufen; jedenfalls macht er solches in der Berufung nicht geltend. Daher erübrigt es sich auch, auf die sinngemäss angesprochene Glaubwürdigkeit des Beklagten einzugehen.

cc) Der Beklagte stellt in der Berufung nicht in Abrede, dass den Gesprächsnotizen des Kundenberaters G._____ von der D._____ die Beweistauglichkeit bezüglich der behaupteten Geldübergabe abgeht. Unbestritten ist auch, dass der Beklagte neben der Zeugenaussage F._____ keine weiteren Beweismittel bezeichnete. Zwar macht er Andeutungen, dass die Klägerin von ihrem

Rechtsvertreter gehindert worden sei, zu den in der Klageschrift gemachten Aussagen und Forderungen persönlich oder schriftlich Stellung zu nehmen (Urk. 230 S. 9), ohne aber diese Behauptungen zu substantiieren und zu belegen. Er behauptet auch nicht, die Parteibefragung und Beweisaussage der Klägerin als Beweismittel angerufen zu haben. Damit bleibt es dabei, dass die Geldübergabe an die Klägerin beweislos blieb.

dd) Wie gesehen hat die Vorinstanz auch Ausführungen zum möglichen Motiv des Beklagten gemacht, weshalb er das vom Konto der Klägerin abgehobene Geld behielt und nicht dieser übergab. Nachdem der Beweis des Beklagten für die Geldübergabe an die Klägerin von vornherein gescheitert ist, braucht auf die möglichen Motive des Beklagten und dessen Entgegnungen in der Berufungsschrift nicht eingegangen zu werden (Urk. 230 S. 7 ff.).

2. a) Nach Darstellung der Klägerin war der Hintergrund für den Verkauf ihrer Obligationenfonds bei der E._____ und die hierauf am 3. März 2016 erfolgte Überweisung von Fr. 477'009.57 auf ein Konto des Beklagten dessen Zusage, ihr als Gegenleistung monatlich Fr. 5'000.– bis an ihr Lebensende zu bezahlen (Urk. 226 S. 22 f.). Die Vorinstanz erwog, für diese Behauptung trage die Klägerin die Beweislast (Urk. 226 S. 25 f.), und kam zum Schluss, dieser Beweis sei insofern erbracht worden, als der Beklagte der Klägerin am 16. Dezember 2015 das mündliche Versprechen abgegeben habe, sie lebenslang mit einer monatlichen Rente von Fr. 5'000.– zu unterstützen. Dazu würdigte die Vorinstanz als Beweismittel die Zeugenaussagen von H._____, I._____ und J._____ sowie vier Urkunden, nämlich die Steuererklärung 2015 der Klägerin, ein Schreiben der E._____ (Compliance-Dienst) an den klägerischen Rechtsvertreter vom 12. Dezember 2016 und zwei Journaleinträge von H._____ vom 23. November bzw. 16. Dezember 2015 (Urk. 226 S. 28 ff., S. 33).

b) aa) Zum Zeugen H._____ führte die Vorinstanz aus, er sei der ehemalige persönliche Betreuer der Klägerin seitens der E._____, pflege oder habe keinerlei besondere, über das Berufliche hinausgehende Beziehungen zu den Parteien gepflegt und habe neben einem weiteren Mitarbeiter der E._____, den Parteien und dem Treuhänder des Beklagten am Gespräch vom 16. Dezember 2015 teilge-

nommen. H._____ habe die Vorgeschichte und die Umstände des Treffens bei der E._____ vom 16. Dezember 2015 geschildert. Soweit hier relevant, habe er angegeben, nach Rücksprache mit dem Beklagten sei dieser bei der E._____ vorbeikommen. Er habe gemeint, dass die auf den Namen der Klägerin lautenden Vermögenswerte sein Kapital seien. Seines Wissens – so der Zeuge – habe die Klägerin schliesslich den schriftlichen Auftrag erteilt, die Vermögenswerte auf ihren Sohn zu übertragen, was auch vollzogen worden sei. Der Zeuge habe weiter klar und überzeugend bestätigt, es sei vom Beklagten am 16. Dezember 2015 als Gegenleistung für die Vermögensübertragung ein Zahlungsversprechen über Fr. 5'000.– monatlich abgegeben worden. Es sei vereinbart worden, dass sie Fr. 5'000.– monatlich vom Beklagten erhalte. An die Fr. 5'000.– pro Monat könne er sich gut erinnern. Dies sei die grösste Angst der Klägerin gewesen. Zudem und authentisch habe der Zeuge die Frage in den Raum gestellt, wie, wenn nicht aufgrund des Gespräches vom 16. Dezember 2015, er denn auf den Betrag von Fr. 5'000.– hätte kommen sollen; er werde diesen ja nicht einfach aus der Luft gegriffen haben. Entgegen dem Beklagten habe der Zeuge letzten Endes auch nachvollziehbar begründet, warum seine interne Notiz und die Journaleinträge [Gemeint ist offensichtlich nur der Journaleintrag vom 16. Dezember 2015, Urk. 4/8; vgl. Prot. I S. 133.] jedenfalls betragsmässig nicht genauer ausgefallen seien. So habe er angegeben, für die Bank sei es nicht relevant gewesen, sondern in erster Linie, dass die Vermögenswerte aufgrund eines schriftlichen Auftrages hätten übertragen werden sollen. Das sei – so die Vorinstanz – einleuchtend, zumal sich die E._____ durch das Gespräch vom 16. Dezember 2015 zweifelsohne in erster Linie selbst gegen etwaige Haftungsansprüche habe absichern wollen, ohne dass sie weitere Vereinbarungen zwischen Sohn und Mutter detailliert hätten interessieren müssen. An der Überzeugungskraft der Aussagen des Zeugen ändere nichts, dass er sich nicht mehr genau habe erinnern können, wie gewisse Journaleinträge und insbesondere auch ein Schreiben des E._____ - Rechtsdienstes vom 12. Dezember 2016 zustande gekommen seien. Vielmehr habe er zum eigentlich interessierenden Kernsachverhalt konsequent daran festgehalten, sich an das Gespräch vom 16. Dezember 2015, an dem auch der Treuhänder J._____ teilgenommen habe, zu erinnern. Zusammen mit diesem habe

der Beklagte versichert, dass seine Mutter Fr. 5'000.– im Monat erhalten werde (Urk. 226 S. 28 f.).

bb) Der Beklagte weist darauf hin, dass der Zeuge gesagt habe, er wisse nicht, um was es gehe und was auf ihn anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 4. November 2019 zukomme. Zudem habe er bestätigt, vorgängig mit dem internen Rechtsdienst Kontakt aufgenommen zu haben, um zu erfahren, wie ein derartiges Verfahren ablaufe. Es könne – so der Beklagte – somit durchaus möglich sein, dass sowohl die Klägerseite als auch der Rechtsdienst der E._____ den Zeugen über zu verhandelnde Details in Kenntnis gesetzt haben. Es sei äusserst zweifelhaft, wenn der Zeuge aussage, er wisse nicht, um was es bei der Instruktionsverhandlung gehe. Wer von einem Rechtsanwalt angefragt werde, als Zeuge auszusagen, werde nach allgemeiner Lebenserfahrung danach fragen, um was es gehe. Es sei nicht anzunehmen, dass der Zeuge Rechtsanwalt Y._____ nicht nach dem Grund seiner Einvernahme gefragt habe, und es sei stark davon auszugehen, dass Y._____ seinen Zeugen über den Gegenstand der Verhandlung instruiert habe. Insofern müsse davon ausgegangen werden, dass der Zeuge gewusst habe, um was resp. um welche Kundin es sich gehandelt habe. Denn das Ja als Antwort auf die Frage, ob sich der Zeuge noch aktiv an das Gespräch der Parteien vor knapp vier Jahren erinnern könne, sei prompt gekommen und ohne dass der Zeuge habe überlegen müssen. Es sei unwahrscheinlich, dass der Zeuge, ohne vorgängig über den Gegenstand der Befragung Kenntnis gehabt zu haben und ohne zu überlegen oder gar etwas zu zögern, mit klarem, unzweideutigem Wortlaut habe aussagen können, dass er sich an die besagte Unterredung erinnern könne und auch, dass sie zusammen mit dem weiteren Zeugen I._____ stattgefunden habe. Bei einer zwischenzeitlichen Vielzahl von Kundengesprächen des ehemaligen E._____ -Kundenberaters und nach etlichen Jahren müsse dies ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Die detailgetreue Aussage des Zeugen lasse eher vermuten, dass er sich vorgängig mit dem gegnerischen Rechtsvertreter unterhalten, wenn nicht gar abgesprochen habe. Die Klarheit seiner Schilderung vom Ablauf des Gesprächs und der damit in Zusammenhang stehenden Hintergründe erhärteten diese Vermutung (Urk. 230 S. 11 f.).

Der Beklagte stellt – wie er gleich selber einräumt – lediglich Vermutungen darüber an, ob der Zeuge H._____ vom Rechtsdienst der E._____ und vom klägerischen Rechtsvertreter vor der Zeugeneinvernahme über deren Gegenstand informiert oder gar instruiert worden sei. Dabei unterstellt er sinngemäss, der klägerische Rechtsvertreter habe den Zeugen angefragt, ob er als solcher aussagen werde. Dass dies der Fall war, steht nicht fest. Dass die Aussagen mit Rechtsanwalt Y._____ möglicherweise abgesprochen wurden, stellt eine bössartige Unterstellung dar. Er konnte sich offensichtlich an das Gespräch vom 16. Dezember 2015 erinnern, wobei er nicht gefragt wurde, weshalb dies der Fall war. Jedenfalls verbietet es sich, daraus auf eine Instruktion seitens der Klägerschaft zu schliessen. Der Vorladung zur Zeugeneinvernahme konnte H._____ die Namen der Prozessparteien entnehmen (Urk. 153 und 155/2). Er konnte sich daher durchaus Gedanken darüber machen, ob und inwiefern er je mit den Prozessparteien in Kontakt gestanden hatte. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, welches Interesse H._____ haben könnte, bezüglich allfälliger Kontakte vor seiner Einvernahme die Unwahrheit zu sagen. Ein Interesse des Zeugen am Verfahrensausgang und/oder eine besondere Beziehung freundschaftlicher oder feindschaftlicher Art zu einer Partei ist nicht aktenkundig. An der Glaubwürdigkeit des Zeugen H._____ als Person müssen keine Abstriche gemacht werden (vgl. dazu Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 172 N 7).

cc) Die Vorinstanz hat dargelegt, weshalb sie es einleuchtend findet, dass der Zeuge H._____ in seinem Journaleintrag vom 16. Dezember 2015 das Zahlungsverprechen über Fr. 5'000.– pro Monat nicht erwähnt hat. Der Beklagte hält dafür, es müsse auch für die E._____ relevant gewesen sein, dass die angebliche Rechtsgrundlage für einen Vermögenstransfer die Verpflichtung des Beklagten zur monatlichen finanziellen Abgeltung ihrer Kundin durch deren Sohn gewesen sei. Wenn es am 16. Dezember 2015 zu einem verbindlichen Zahlungsverprechen des Beklagten gegenüber seiner Mutter gekommen sein sollte, stelle sich die Frage, weshalb diese nicht gleich einen bankinternen Überweisungsauftrag unterzeichnet habe und (stattdessen) bis zum 19. Februar 2016 zugewartet habe (Urk. 230 S. 14 f.).

Aus der Zeugenaussage von H._____ und dem Journaleintrag vom 16. Dezember 2015 erhellt, dass für die Bank ein schriftlicher Auftrag der Klägerin zur Vermögensübertragung entscheidend war und nicht die Gegenleistung des Beklagten (Prot. I S. 133; Urk. 4/8). Dies ist auch nachvollziehbar, da die Ausführung des Auftrags nicht von einer Gegenleistung abhing und die Bank ohnehin kein Interesse daran haben konnte, in die Auseinandersetzung zwischen den Parteien hineingezogen zu werden. Nicht relevant ist, dass der Überweisungsauftrag auch schon am 16. Dezember 2015 hätte erfolgen können, zumal nicht ersichtlich ist, dass die Bank ein Interesse an einer möglichst raschen Abwicklung des Vermögenstransfers gehabt hätte.

dd) Der Beklagte moniert, entgegen der Vorinstanz habe der Zeuge nicht "klar und überzeugend" bestätigt, es sei vom Beklagten am 16. Dezember 2015 "als Gegenleistung für die Vermögensübertragung ein Zahlungsversprechen über CHF 5'000.– monatlich abgegeben worden". Diese Sachverhaltsdarstellung stimme nicht mit dem Wortlaut des Zeugeneinvernahmeprotokolls überein. Der Zeuge habe wohl ausgesagt: "[E]s wurde vereinbart [worden], dass Frau C._____ rund CHF 5'000 pro Monat erhalten solle." Er habe aber nicht ausgesagt, dass der Beklagte mit seiner Mutter eine solche Vereinbarung getroffen habe, resp. dass sich der Beklagte anlässlich dieser Unterredung explizit zu einer derartigen Zahlung gegenüber seiner Mutter verpflichtet habe. "Es sei vereinbart worden" sei noch keine verbindliche Zustimmungserklärung des Beklagten gegenüber seiner Mutter. Und der Zeuge habe auch nicht ausgesagt, "als Gegenleistung für die Vermögensübertragung sei ein Zahlungsversprechen über CHF 5'000 monatlich abgegeben worden." Diese explizite Wortwahl des Zeugen, welche evident wäre, finde sich nirgendwo (Urk. 230 S. 13).

Die Vorinstanz hat für ihre Feststellung auf die Protokollseiten 132 und 138 verwiesen. Der Zeuge wurde gefragt: "Wissen Sie, ob es eine Gegenleistung für die Vermögensübertragung von Seiten des Beklagten gab?" Er antwortete: "Es wurde vereinbart, dass Frau A._____ rund Fr. 5'000.– pro Monat erhalten sollte." (Prot. I S. 132). Auch auf Seite 138 des erstinstanzlichen Protokolls spricht der Zeuge von einer Gegenleistung in Form einer Rentenzahlung für die Übertragung

der Vermögenswerte der Klägerin auf den Beklagten. Weiter wurde der Zeuge gefragt: "Wie wurde diese Gegenleistung vereinbart?" Antwort: "Das weiss ich wirklich nicht. Es kann gut sein, dass die Schriftlichkeit damals schon vorlag. Ich kann mich aber noch gut daran erinnern, dass anlässlich des Gesprächs vom 16. Dezember 2015 mündlich bestätigt wurde, dass die Fr. 5'000.– pro Monat an Frau A._____ überwiesen werden sollten. Das war jedenfalls Thema des Gesprächs, sowie die Angst von Frau A._____, dass sie sonst von nichts mehr leben könne." (Prot. I S. 132). Zwar sagte der Zeuge nicht ausdrücklich, der Beklagte habe sich zur monatlichen Zahlung von Fr. 5'000.– an die Klägerin verpflichtet, aber aus dem Kontext der Zeugenaussagen ergibt sich dies ohne weiteres.

Der Beklagte rügt sodann, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass er selbst die Zahl 5'000 dem Zeugen anlässlich des ersten Besuches in der E._____ vom 23. November 2015 genannt habe, und zwar als Betrag, welchen die Klägerin sich monatlich für ihre Lebenshaltungskosten auf ihr Konto habe transferieren lassen. Eine authentische Gleichsetzung mit einem angeblich abgegebenen Zahlungsversprechen über diesen Betrag sei dies keinesfalls (Urk. 230 S. 13). Der Beklagte unterlässt es, seine Behauptungen zum Besuch vom 23. November 2015 aktenmässig zu belegen, weshalb sie als neu und damit unzulässig anzusehen sind (E. II/3).

ee) Der Beklagte ortet einen Widerspruch in den Aussagen von H._____, als er gefragt wurde, woher K._____ vom Rechtsdienst der E._____ ihre Kenntnisse über das Treffen vom 16. Dezember 2015 gehabt habe (Urk. 230 S. 16). In der Tat sagte der Zeuge zunächst aus, er sei zur Zeit, als K._____ den Brief vom 12. Dezember 2016 abgefasst habe, nicht mehr bei der E._____ tätig gewesen. Es wäre eine reine Spekulation. Mit ihm habe sie jedenfalls nicht mehr gesprochen. Erst auf Vorhalt von zwei Abschnitten des Schreibens sagte der Zeuge, er und I._____ hätten K._____ den Sachverhalt telefonisch geschildert (Prot. I S. 134 f.). Die beiden vorgehaltenen Abschnitte lauten wie folgt (Urk. 4/4):

"Dieses Gespräch fand sodann in der Filiale Zürich City der E._____ mit den eingangs genannten Personen statt. In diesem Gespräch wurde die Kundin nochmals gefragt, ob

sie die Überweisung an ihren Sohn vornehmen wolle, was sie explizit bejaht hat (Kontakteintrag vom 16. Dezember 2015, Beilage 2).

Der Kundenberater kann bestätigen, dass Herr und Frau A._____ an diesem Termin miteinander mündlich verabredet haben, dass er ihr im Gegenzug monatlich einen Betrag von CHF 5'000.00 bezahle."

Es ist nichts Aussergewöhnliches, wenn ein Zeuge "wiederaufgetauchte" Erinnerungen hat, die ihm zeitweilig nicht zu Verfügung standen. Sie brauchen keineswegs gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage zu sprechen (Arntzen, Psychologie der Zeugenaussage, 5. A., München 2011, S. 55). Dies gilt vorliegend erst recht, da der Zeuge das Schreiben von K._____ zunächst nicht vor sich hatte.

ff) Für eine erneute Zeugeneinvernahme von H._____, wie dies der Beklagte beantragt (Urk. 230 S. 16), besteht kein Anlass, zumal er Gelegenheit gehabt hat, dem Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen, wenn dessen Aussagen "ernsthafte Zweifel" (woran?) erweckt hätten.

c) Zum Schreiben der E._____ (Compliance-Dienst) an den klägerischen Rechtsvertreter vom 12. Dezember 2016 führte die Vorinstanz aus, auf Anfrage des Rechtsvertreters der Klägerin vom 7. November [recte: Dezember; vgl. Urk. 4/4] 2016 habe der Compliance-Dienst der E._____ am 12. Dezember 2016 nicht nur das Zahlungsversprechen als solches, sondern auch den monatlichen Betrag von Fr. 5'000.– ausdrücklich bestätigt. Dem Schreiben lasse sich entnehmen, dass die dahinterliegende Information vom Zeugen H._____ gekommen sein müsse, was sich mit dessen Angaben decke, Frau K._____ sei durch ein Telefonat (mit den Zeugen H._____ und I._____) an die Informationen gekommen (Urk. 226 S. 32).

Der Beklagte macht geltend, es sei doch geradezu ins Auge springend, dass der Rechtsdienst erst ein Jahr nach der Unterredung zu diesem Vorgang Stellung nehme, und zwar auf Anregung des gegnerischen Anwaltes und ganz in Linie mit dessen Argumentationslogik. Der Zeuge H._____ habe vor Gericht selbst ausgesagt, er habe den Rechtsdienst erst kurz vor der Instruktionsverhandlung kontaktiert, um angeblich zu erfahren, wie so ein Verfahren ablaufe. Es gehe indes nir-

gendwo hervor, H._____ habe den Rechtsdienst spezifisch nach der Unterredung über das Treffen informiert (Urk. 230 S. 15 und 21).

Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin behauptet hätte, der Rechtsdienst der E._____ sei über das Treffen vom 16. Dezember 2015 (zeitnah) informiert worden, und der Beklagte belegt eine solche Behauptung auch nicht. Die Aussage von H._____, er habe den Rechtsdienst kontaktiert, bezog sich auf die Frage, ob er im Hinblick auf die Zeugeneinvernahme mit jemandem gesprochen habe (Prot. I S. 129). Das hat offensichtlich nichts mit der Anfrage des klägerischen Rechtsvertreters vom 7. Dezember 2016 zu tun. Offenbar leitete die Bank diese Anfrage an ihren Rechtsdienst weiter ("Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 7. Dezember 2016 in rubrizierter Angelegenheit, welches dem Rechtsdienst zur direkten Beantwortung weitergeleitet wurde."; Urk. 4/4), welcher Rücksprache bei ihren Bankvertretern (H._____ und I._____) nahm. Irgendwelche "Ungereimtheiten" (Urk. 230 S. 16) sind nicht erkennbar. Das einzig Auffällige ist das Datum (07.12.2016) für die Erfassung des Kundenkontakts vom 16. Dezember 2015 (Urk. 4/8). Inhaltlich bestehen aber keine Widersprüche zur Zeugenaussage von H._____. Zudem ergibt sich aus dem Antwortschreiben des Rechtsdienstes, dass dieser Kundenkontakt am 12. Dezember 2016 erfasst war. Dass der Rechtsdienst etwas erfunden hätte, kann mit Fug ausgeschlossen werden, da bei der E._____ keinerlei partikuläre Interessen ersichtlich sind.

d) aa) Zum Zeugen I._____ führte die Vorinstanz aus, er sei damals direkter Vorgesetzter von H._____ bei der E._____ gewesen. Auch er habe keinerlei ausserberufliche Beziehungen zu den Parteien unterhalten. Zur Vorbereitung der Zeugenaussage habe der Zeuge das System der E._____ konsultiert und den Fall für sich nochmals Revue passieren lassen. Zudem habe er Einsicht in die bankinternen Notizen genommen und mit K._____ vom Rechtsdienst der Bank gesprochen. Er sei von ihr nicht instruiert worden, sondern lediglich darauf hingewiesen worden, dass er die Wahrheit sagen müsse. Der Zeuge I._____ habe sich aus direkter Erinnerung nicht mehr aktiv an das Gespräch vom 16. Dezember 2015 erinnern können, sondern sich bei seinen Aussagen auf die zuvor konsultierten internen Notizen gestützt. Hintergrund des Gespräches sei gewesen, dass die Bank

habe feststellen wollen, ob die angestrebte Vermögensübertragung auf den Sohn dem freien Willen der hochbetagten Klägerin entsprochen habe, ob sie beeinflusst worden sei und ob sie überhaupt noch urteilsfähig sei. Der Zeuge I._____ habe dabei bestätigt, dass die Vermögensübertragung an den Beklagten vor dem Hintergrund einer Art regelmässiger Rente, welche die Klägerin vom Beklagten erhalten sollte, erfolgt sei. Ob die Klägerin dies unmittelbar beim Gespräch so gesagt habe, habe der Zeuge nicht mehr mit Sicherheit gewusst. Sie hätte gleichentags indes noch telefoniert. Bei dieser Gelegenheit habe sie es am Telefon gesagt. Ob der Beklagte klar und explizit ein Zahlungsversprechen abgegeben oder es um eine Gegenleistung gegangen sei, habe der Zeuge nicht mehr zu sagen vermocht. Die Zeugenaussage I._____ vermöge den Nachweis eines durch den Beklagten am 16. Dezember 2015 abgegebenen Zahlungsversprechens hinsichtlich einer an die Klägerin auszurichtenden Rente nicht zu erbringen. Der Zeuge habe sich zwar an andere Details des Gespräches erinnern können, nicht jedoch an ein Zahlungsversprechen (Urk. 226 S. 29 f.).

bb) Der Beklagte erachtet den Zeugen I._____ als glaubwürdiger als den Zeugen H._____. Es sei glaubwürdig, dass I._____ sich auf die Zeugeneinvernahme vorbereitet habe, indem er Einsicht in bankinterne Notizen genommen und sich mit K._____ besprochen habe. Glaubwürdig sei auch, dass er sich nicht mehr an alle Details einer von zahlreichen Unterredungen habe erinnern können. Naheliegend wäre, dass I._____ ein Zahlungsversprechen als wichtige Notiz in seinen Unterlagen vermerkt hätte (Urk. 230 S. 17).

Zur Glaubwürdigkeit des Zeugen H._____ wurde bereits Stellung genommen. Aus den Aussagen des Zeugen I._____ ergeben sich keine Widersprüche zu denjenigen von H._____. Insbesondere hat er nicht explizit in Abrede gestellt, dass sich der Beklagte anlässlich des Gesprächs vom 16. Dezember 2015 als Gegenleistung zur Vermögensübertragung zu monatlichen Zahlungen von Fr. 5'000.– an die Klägerin verpflichtet habe. Auch wenn der Zeuge I._____ glaubwürdig erscheint, tut dies der Glaubwürdigkeit von H._____ daher keinen Abbruch. Willkürlich wäre es, H._____ die Glaubwürdigkeit nur deshalb abzuspre-

chen, weil er sich an etwas erinnern kann, an das sich I._____ nicht mehr erinnern kann, denn Gedächtnisleistungen sind individuell (Arntzen, a.a.O., S. 61 f.).

e) aa) Der Zeuge J._____ ist gemäss Vorinstanz aktiv in die Regelung der gesamten Erbangelegenheiten der Parteien involviert gewesen, wobei gewisse Regelungen gar auf seinen Vorschlägen beruht hätten. Dabei habe er allerdings klar als Treuhänder des Beklagten fungiert, mit dem er per Du sei, und nicht der Klägerin. Der Zeuge habe vorgängig zur Einvernahme mit dem Beklagten gesprochen und seine umfangreichen Unterlagen konsultiert. Zudem habe er am 4. September 2019 eine eidesstattliche Erklärung abgegeben. Er habe sich noch genau an das Gespräch bei der E._____ vom 16. Dezember 2015 erinnern können. Er habe bestätigt, dass es um das Nutzniessungsvermögen des Beklagten gegangen sei. Er habe verneint, dass eine Gegenleistung für die Vermögensübertragung an den Beklagten substantiiert worden sei. Weiter habe er mehrfach angegeben, es habe sich ja um Vermögen des Beklagten gehandelt, an dem der Klägerin die Nutzniessung zugestanden sei. Von sich aus habe er sodann angeführt, dass eine lebenslange Rente an die Klägerin nie ein Thema gewesen sei, als er die Klägerin besucht habe. Das Geld sei an den Beklagten gegangen, weil es diesem gehört habe. So habe er dies jedenfalls empfunden. Der Zeuge habe sich noch genau an den Betrag von Fr. 477'039.40 erinnern können, da er diesen dokumentiert habe. Welcher Betrag der Klägerin nach der Überweisung noch als Vermögen verblieben sei, sei ihm hingegen nicht rememberlich gewesen. Die Vorinstanz erwog weiter, es stehe damit vorab fest, dass der Zeuge J._____ vorgängig zu seiner Einvernahme mit dem Beklagten den Prozessgegenstand besprochen habe, und zwar bereits im September 2019. Beide hätten sich zudem regelmässig getroffen und der Zeuge fungiere als Treuhänder des Beklagten und habe als solcher fungiert. Überdies sei festzustellen, dass sich der Zeuge sowohl in seiner Einvernahme wiederholt wie auch in der eidesstattlichen Erklärung von sich aus und ungefragt zur Herkunft des Geldes (der Fr. 477'039.40), der Berechtigungen und insbesondere der Nutzniessung der Klägerin daran geäussert habe. Der Zeuge könne aufgrund seiner Nähe zum Beklagten, seiner langjährigen Tätigkeit als Treuhänder für diesen, aber auch der im Vorfeld zu seiner Einvernahme geführten Gespräche nicht als neutral und unbefangen gelten. Es könne auf seine

Aussagen nicht abgestellt werden. Er habe sich denn auch mehrfach in Aussagen verstiegen, die nichts mit dem eigentlichen Beweisthema zu tun gehabt hätten. Letztlich und obwohl der Zeuge andauernd von Vermögen gesprochen habe, das dem Beklagten gehöre, habe er ebenso zu Protokoll gegeben, dass dies jedenfalls sein Empfinden gewesen sei. Schliesslich und soweit den eigentlichen Kernpunkt betreffend, stünden seine Aussagen diametral im Widerspruch zu jenen des neutralen, unbefangenen und daher überzeugenden Zeugen H._____, der sich klar an ein Zahlungsverprechen des Beklagten hinsichtlich einer lebenslangen Rente von Fr. 5'000.– monatlich habe erinnern können (Urk. 226 S. 30 ff.).

bb) Der Beklagte wirft der Vorinstanz zunächst vor, fälschlicherweise in ihrer Urteilsbegründung festgehalten zu haben, der Zeuge sei von Anfang an aktiv in die gesamte Regelung der Erbangelegenheiten der Parteien involviert gewesen. Der Zeuge habe ausgesagt, er habe die Klägerin erst Ende 2015 kennengelernt. Das sei weit nach der Regelung erbrechtlicher Vorgänge im Zusammenhang mit dem Ableben von Dr. L._____, dem Vater des Beklagten und Ehemann der Klägerin, gewesen. Auch den Beklagten kenne der Zeuge gemäss seinen Aussagen erst seit 2003. Zu diesem Zeitpunkt sei die erbrechtliche Regelung bereits abgeschlossen gewesen (Urk. 230 S. 17 f.). Der Einwand des Beklagten geht fehl: Die Vorinstanz hat nicht geschrieben, der Zeuge sei *von Anfang an* aktiv in die Regelung der Erbangelegenheiten involviert gewesen, und sie hat auch nicht geschrieben, er habe sich dieser Angelegenheiten (auch) im Namen der bzw. für die Klägerin angenommen. Der Zeuge hat ausgesagt, er gehe davon aus, dass der Beklagte mit der Klägerin wegen des Erbanteils oder Nutzniessungsvermögens Streit bekommen habe. Er, der Zeuge, habe die ganze Sache ja initiiert und sogar ein Saldierungsschreiben für die Klägerin aufgesetzt, welches sie unterschrieben habe und sie anschliessend der Bank geschickt hätten (Prot. I S. 150). Das kann durchaus so interpretiert werden, dass die Erbangelegenheit eben nicht abgeschlossen war und der Zeuge den Vorschlag der Vermögensübertragung gemacht hat.

cc) Der Beklagte räumt ein, dass der Zeuge in die vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Beklagten stark involviert ist und ihn regelmässig, teilweise

auch mehrfach die Woche berät. Es sei naheliegend, dass ihm von der Vorinstanz der Vorwurf gemacht werde, er habe sich wiederholt ungefragt zur Herkunft des Geldes geäußert. Zeuge und Beklagter hätten sich selbstverständlich öfters hinsichtlich der auf dem Konto seiner Mutter sich befindenden Vermögenswerte besprochen, welche – als Kenner der Vorgeschichte – auch der Treuhänder als dem Beklagten zugehörend erachtet habe. Und dass der Beklagte sich Sorgen gemacht habe, dass die steten Ausgaben seiner Mutter letztlich seinen erbrechtlichen Vermögensanspruch schrittweise reduziert hätten und er sich deshalb mit dem Zeugen um eine adäquate Lösung bemüht habe, könne ihm wohl kaum zum Vorwurf gemacht werden. So sei es nachvollziehbar, dass der Zeuge um die Thematik der Einvernahme geahnt und seine Ansicht über die Zugehörigkeit der betreffenden Vermögenswerte anlässlich der Einvernahme auch thematisiert und sich vorab entsprechend vorbereitet habe (Urk. 230 S. 19). Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgestellt, dass J._____ kein neutraler, unbefangener Zeuge ist. Vielmehr ist unübersehbar, dass er der Auffassung war und ist, dass der Beklagte einen Anspruch auf die transferierten Vermögenswerte hatte (vgl. Prot. I S. 153 ff.).

Der Zeuge äusserte sich entsprechend zu einer allfälligen Gegenleistung: Es habe keine gegeben. Sie hätten anlässlich dieser Besprechung zwar diskutiert, wie sie diesbezüglich weiterfahren möchten. Es sei allerdings nichts substantiiert worden, das wisse er. Sie seien davon ausgegangen, dass die Klägerin das Geld erst einmal aufbrauchen würde und sie über den Rest dann nochmals reden würden. Die Klägerin habe zwar gefragt, was passieren würde, wenn sie einmal kein Geld mehr haben sollte. Er wisse aber noch, dass sie diesbezüglich nichts substantiiert hätten. Er habe bereits damals die Finanzen des Beklagten betreut und wisse, wie er sei. Er hätte einer Zahlungsverpflichtung nie zugestimmt. Zudem hätte er ihm davon abgeraten. Er habe zu diesem Zeitpunkt bereits viele finanzielle Verpflichtungen gehabt, also Geldabflüsse, die hätten geregelt werden müssen. Deswegen hätten regelmässige Zahlungen an die Klägerin nie zur Diskussion gestanden. Zudem sei die Frage, ob sie eine lebenslängliche Rente erhalten sollte, nie ein Thema gewesen, als er sie besucht habe (Prot. I S. 154 f.). Später ergänzte der Zeuge, er wäre wahrscheinlich fast die Wände "rauf gegangen", wenn sich

der Beklagte zu regelmässigen Zahlungen verpflichtet hätte. Anlässlich der Besprechung habe er (der Zeuge) sich gedacht: "Jetzt sind wir endlich hier und können alles regeln, Nägel mit Köpfen machen." Er habe ja nichts davon gehabt, sondern habe einfach sauberen Tisch machen wollen (Prot. I S. 156). Als Treuhänder hätte dem Zeugen allerdings bewusst sein müssen, dass mit einer blossen Vermögensübertragung und der Absicht, später über die Finanzierung des Lebensunterhalts der Klägerin zu sprechen, keine verbindliche Regelung der finanziellen Verhältnisse zwischen den Parteien erreicht sein würde. Der Hinweis des Zeugen auf die finanziellen Verpflichtungen des Beklagten, welche einer regelmässigen Zahlungsverpflichtung entgegengestanden wären, erstaunt insofern, als der Beklagte mit der Vermögensübertragung auf einen Schlag über einen Betrag von rund Fr. 477'000.– verfügen konnte. Jedenfalls erscheint die Aussage des Zeugen, er wäre wahrscheinlich fast die Wände "rauf gegangen", wenn sich der Beklagte zu regelmässigen Zahlungen verpflichtet hätte, als völlig übertrieben. Entgegen der Behauptung des Beklagten war es dem Zeugen offensichtlich nicht egal, ob sein Klient bereit war, sich seiner Mutter gegenüber zu verpflichten (Urk. 230 S. 20 f.). Auf der andern Seite will der Zeuge partout nichts von einer Gegenleistung wissen, wobei er trotz Nachfrage nicht sagen konnte, was denn eigentlich diesbezüglich diskutiert wurde (Prot. I S. 154).

dd) Zusammenfassend hat die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Aussagen des Zeugen J._____ abgestellt. Seinen Aussagen stehen nicht nur diejenigen des Zeugen H._____ gegenüber. Auch der Zeuge I._____ sagte aus, dass die Klägerin eine Art regelmässiger Rente erhalten sollte. Davon ist beim Zeugen J._____ keine Rede, obwohl er aussagte, er habe das Vertrauen der Klägerin gehabt (Prot. I S. 153); im Gegenteil: Die Frage, ob sie eine lebenslängliche Rente erhalten sollte, sei nie ein Thema gewesen, als er die Klägerin besucht habe (Prot. I S. 155).

f) aa) Zum Journaleintrag von H._____ vom 23. November 2015 hielt die Vorinstanz fest, er beschlage ein Gespräch mit dem Beklagten. Er (der Eintrag) führe einerseits an, dass für die Bank die Klägerin die wirtschaftlich Berechtigte sei. Weiter halte sie [recte: er] ein monatliches Zahlungsversprechen des Beklag-

ten allgemein, nicht jedoch betragsmässig fest. Die Gesprächsnotiz sei weiter insofern interessant, als H._____ dort notiert habe, der Beklagte habe erklärt, er habe damals zugunsten der Mutter auf sein Erbe verzichtet. Ebenso sei notiert worden, dass der Beklagte die Auffassung vertrete, er sei der am Vermögen wirtschaftlich Berechtigte (Urk. 226 S. 32).

bb) Gemäss Beklagtem ist die Conclusio des Gerichts, der Eintrag würde ein "Zahlungsversprechen allgemein" des Beklagten enthalten, wenn auch nicht betragsmässig, völlig falsch und entgegen dem Wortlaut des Journaleintrages. Es handle sich lediglich um eine unverbindliche Information des Beklagten, was er möglicherweise zu tun gedenke. Und hätte der Beklagte wirklich auf sein Erbe verzichtet, so hätte er wohl kaum seine Mutter immer wieder ermahnt, sich mit ihren Ausgaben zurückzuhalten, da dies zu einer Verminderung des ihm zustehenden Erbanteils seines Vaters führen würde. Ganz abgesehen davon fehle es für einen Erbverzicht an der Erfüllung der formalrechtlichen Voraussetzungen. Der Beklagte habe gegenüber H._____ erwähnt, dass er zugunsten seiner Mutter auf eine Auszahlung seines Erbanteils vom Konto seiner Mutter verzichtet habe, damit diese sich an den Vermögenserträgen habe gütlich halten können (Urk. 230 S. 21).

cc) Die Vorinstanz hat mangels substantiierter Behauptungen und Beweismittel keine Beweise zu einem Zahlungsversprechen vor dem 16. Dezember 2015 abgenommen (Urk. 226 S. 26). Die Bedeutung des Journaleintrags vom 23. November 2015 liegt lediglich, aber immerhin darin, dass daraus die Bereitschaft des Beklagten hervorgeht, der Klägerin jeweils einen Betrag pro Monat zur Verfügung zu stellen, wenn der Vermögensübertrag zustande käme. Zum angeblichen Erbverzicht des Beklagten äussert sich die Vorinstanz an dieser Stelle nicht weiter und stellt jedenfalls nicht darauf ab.

g) Der Beklagte dringt mit seiner Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung nicht durch. Die Vorinstanz kam grundsätzlich zu Recht zum Schluss, die Klägerin habe den Beweis erbracht, dass der Beklagte der Klägerin am 16. Dezember 2015 das mündliche Versprechen abgegeben habe, sie als Gegenleistung zur Übertragung des bei der E._____ liegenden Vermögens von

Fr. 477'009.57 lebenslang mit einer monatlichen Rente von Fr. 5'000.– zu unterstützen (Urk. 226 S. 33). Allerdings prüfte die Vorinstanz unter der vom Beklagten geltend gemachten Verrechnungsforderung, ob es sich bei den übertragenen Vermögenswerten um seinen Erbanspruch handelte, wie vom Beklagten geltend gemacht (Urk. 226 S. 37 und 44 ff.). Würde es sich dabei um einen Erbanteil des Beklagten handeln, den dieser der Klägerin als Nutzniessungsgut überlassen haben will, könnten diese Vermögenswerte nicht gleichzeitig das Entgelt für die Rentenverpflichtung sein (nachfolgend E. III/3).

h) aa) Die Vorinstanz qualifizierte das Rechtsverhältnis der Parteien bzw. das Zahlungsversprechen des Beklagten als formungültigen Leibrentenvertrag im Sinne von Art. 516 ff. OR. Art. 517 OR verlange für die Gültigkeit des Leibrentenvertrages die Schriftform. Bei Nichteinhaltung der Formvorschrift sei die Leibrente ungültig (Art. 11 Abs. 2 OR). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts führe Formungültigkeit zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (BGE 112 II 330 E. 2b; 106 II 146 E. 3). Sei der Leibrentenvertrag formungültig und nichtig, so seien die bereits erbrachten Leistungen nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten. Durch die Übertragung der Vermögenswerte an den Beklagten habe die Klägerin eine Nichtschuld geleistet, die sie mangels Erbringung der versprochenen Gegenleistung zurückfordere. Unabhängig davon, ob sich die Klägerin in einem Irrtum über ihre Leistungspflicht befunden habe, stehe ihr nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung das Recht zu, die von ihr erbrachte Leistung gestützt auf Art. 62 Abs. 2 OR zurückzufordern. Leiste ein Vertragspartner, obwohl ihm die fehlende Durchsetzbarkeit der Gegenleistung bekannt sei, liege der Leistungsgrund in der Erwartung, der Leistungsempfänger werde ebenfalls freiwillig leisten. Bleibe die Gegenleistung aus, sei die eigene Leistung grundlos erfolgt (Urk. 226 S. 34 ff.).

bb) Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe die inhaltliche Ausgestaltung des behaupteten Leibrentenvertrags nicht dargelegt. So sei beispielsweise nicht dargelegt worden, ab wann die vermeintliche Leistungspflicht des Beklagten begonnen habe. Wenn, wie in der "Anklageschrift" [recte: Klagebegründung] behauptet, die Klägerin ihren Sohn anlässlich dieses Telefonates (vom 5. oder

6. März 2016) ermahnt habe, die vermeintlich monatlichen Zahlungen an sie noch nicht aufgenommen zu haben, so seien seit Anfang März 2015 [recte: 2016] gerade einmal einige wenige Tage vergangen. Somit spreche auch die unterlassene inhaltliche Vertragsdarlegung gegen den Abschluss eines Leibrentenvertrages (Urk. 230 S. 22 f.).

Gemäss Art. 518 Abs. 1 OR ist die Leibrente halbjährlich und zum Voraus zu leisten, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist. Damit enthält das Gesetz eine dispositive Bestimmung zur Zahlungsperiode (halbjährlich) und zum Zahlungsmodus (zum Voraus; vgl. Schätzle, Berner Kommentar, Art. 518 OR N 2 ff.). Vorliegend haben die Parteien monatliche Zahlungen vereinbart. Sie sind mangels abweichender Abrede zum Voraus zu leisten. Die Parteien haben einen entgeltlichen Leibrentenvertrag geschlossen. Ausstehend war ein schriftlicher Auftrag der Klägerin zur Vermögensübertragung. Art. 75 OR hält fest, dass die Erfüllung einer Obligation sogleich geleistet und gefordert werden kann, wenn die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist. Die Vermögensübertragung erfolgte am 3. März 2016. Daher wäre die erste Rentenzahlung am 1. April 2016 fällig gewesen. Die Parteien hatten sich daher über die begriffsnotwendigen Elemente des Geschäfts geeinigt (*essentialia negotii*; vgl. statt vieler BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 1 N 20).

cc) Der Beklagte weist auf die Steuererklärung 2016 der Klägerin hin, in welcher am 7. März 2016 eine Schenkung an ihn in der Höhe von Fr. 477'030.– deklariert werde. Es stelle sich die Frage, weshalb die Klägerin einerseits behauptete, Rechtsgrund für die Übertragung der Vermögenswerte auf den Beklagten sei ein Zahlungsversprechen des Beklagten gewesen, (andererseits) in der Steuererklärung dies aber als Geschenk deklarierte (Urk. 230 S. 23 f.; Urk. 43/4).

Der Beklagte legt nicht dar, dass er vor Vorinstanz die Steuererklärung 2016 der Klägerin als Beweismittel angerufen hat. Es handelt sich daher um ein unzulässiges neues Vorbringen (vorn E. II/3).

dd) Im Ergebnis dringt der Beklagte mit seinen Rügen nicht durch und hat die Beurteilung der Vorinstanz als formungültiger Leibrentenvertrag Bestand, was

dazu führt, dass die Klägerin grundsätzlich – vorbehaltlich eines Erbanspruchs des Beklagten – Anspruch auf Rückerstattung der übertragenen Fr. 477'009.57 hat.

3. a) Der Beklagte hat vor Vorinstanz geltend gemacht, dass der ihm aus der Erbschaft seines am tt.mm.1995 verstorbenen Vaters zustehende Erbanteil 60 %, d.h. mindestens Fr. 814'212.– betragen habe. Rechne man von diesem Mindestbetrag nunmehr die ihm per 3. März 2016 überwiesenen Fr. 477'009.57 ab, so ergebe dies einen ihm aus der Erbschaft noch mindestens zustehenden Betrag von Fr. 337'202.43. In diesem Umfange stehe ihm eine Forderung gegen die Klägerin zu, da diese ihn durch ihre jahrelangen Mehrbezüge aus seinem Erbanteilsvermögen um den errechneten Minderbetrag geschädigt habe. In diesem Umfang erhob der Beklagte die Verrechnungseinrede (Urk. 226 S. 36 f. und S. 41).

b) Die Vorinstanz hielt in ihrer Beurteilung der Verrechnungseinrede zunächst fest, dass die Eltern des Beklagten unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gestanden hätten. Mit dem Tod von L._____ sei der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung aufgelöst worden (Art. 204 Abs. 1 ZGB). Bis zum Beweis des Gegenteils werde vermutet, dass das Vermögen der Ehegatten Errungenschaft darstelle (Art. 200 Abs. 3 ZGB). Der erbrechtlichen Auseinandersetzung gehe rechtlich die güterrechtliche voraus. Die Klägerin sei gesetzlich güterrechtlich zur Hälfte am Vorschlag berechtigt (Art. 215 ZGB). Dieser errechne sich aus allen Vermögenswerten zum Todeszeitpunkt von L._____, soweit sie der Errungenschaft zuzuordnen seien. Erst das nach Abzug der güterrechtlichen Ansprüche der Klägerin verbleibende Vermögen bilde die Erbmasse. Eine Berechnung der erbrechtlichen Quoten und damit eines allenfalls erbrechtlich begründeten Eigentums des Beklagten könne nach dem Gesagten nur korrekt vorgenommen werden, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung samt ihrem Ergebnis vorab hinreichend behauptet und gegebenenfalls nachgewiesen sei. Hierzu gehöre auch die strittige Frage der Zuordnung der Liegenschaft M._____ - weg ..., ... Zürich, zu den Gütermassen. Die Behauptungs- und Beweislast treffe den Beklagten. Dieser beschränke sich aber auf eine bloss pauschale Behauptung, die jeglicher Substantiierung entbehre. Er lege in keiner Weise dar, wann

konkret die güterrechtliche Auseinandersetzung hätte stattgefunden haben sollen, geschweige denn stelle er dar, auf welchen Grundlagen diese erfolgt sei und welches Ergebnis sie gezeitigt habe. Entsprechend könne darüber kein Beweis geführt werden und es seien auch die zum Beweis offerierten Urkunden nicht abzunehmen. Hinzu komme, dass sich aus ihnen nichts zugunsten des Standpunktes des Beklagten herleiten lasse. Bezüglich der Liegenschaft am M.____-weg ... behaupte der Beklagte zwar Eigengut von L.____. Der Beklagte begründe dies damit, alleine dieser habe über die nötigen, in die Ehe eingebrachten Eigenmittel verfügt, um den Kauf zu finanzieren. Er habe die Liegenschaft neun Monate nach Eheschluss mit Eigengut erworben und sie sei auf seinen Namen alleine im Grundbuch eingetragen worden. Der Beklagte räume indes ebenso ein, dass der Anteil an Eigengut, welcher der Finanzierung des Kaufes der Liegenschaft gedient habe, nicht mehr bestimmbar sei. Weiter lege er keinerlei taugliche Dokumente vor, welche Aufschluss über die für den Kauf der Liegenschaft im Jahr 1959 beigebrachten finanziellen Mittel und deren Herkunft Aufschluss geben könnten. Er verweise lediglich auf zeitliche Abläufe, so sei die Liegenschaft rund neun Monate nach Eheschliessung gekauft worden und die Klägerin habe kein Vermögen in die Ehe eingebracht. Der zum Beweis offerierte Grundbuchauszug, welcher L.____ als Käufer und Eigentümer der Liegenschaft M.____-weg ..., ... Zürich, ausweise, sei für sich betrachtet nicht beweistauglich (Urk. 226 S. 44 ff.).

c) aa) Der Beklagte hält daran fest, dass die Liegenschaft Eigengut seines Vaters gewesen sei. Die Klägerin anerkenne, dass sie keine finanziellen Mittel in die Ehe eingebracht habe. Der Erblasser sei hingegen bereits zu jener Zeit ein erfolgreicher Zahnarzt mit sehr gutem Einkommen gewesen. Durch diese Tätigkeit habe er Vermögen angehäuft, welches er als sein Eigengut in die Ehe eingebracht habe (Urk. 230 S. 27). Letzteres widerspricht der Darstellung der Klägerin (Urk. 2 S. 19). Im Übrigen wiederholt der Beklagte lediglich seinen vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt, ohne sich mit den Erwägungen im angefochtenen Urteil auseinanderzusetzen. Darauf ist nicht weiter einzugehen (E. II/2).

bb) Der Beklagte sieht im Erbteilungsvertrag vom 14. August 1998 (Urk. 4/21) einen Beweis dafür, dass es sich bei der Liegenschaft um Eigengut

des Erblassers gehandelt habe und sie von den Erbparteien auch so gehandhabt worden sei. Anders lasse sich beispielsweise nicht erklären, dass man die Lebensgefährtin des Erblassers gleich wie den Beklagten als pflichtteilsgeschützten Erben mit 3/8 an diesem – einzigen – Vermögenswert der Erbmasse Dr. L. _____ abgegolten habe. Auch die Klägerin habe mit dem Erbteilungsvertrag anerkannt, dass es sich bei der Liegenschaft um Eigengut ihres Ehemannes gehandelt habe. Dabei verweist der Beklagte auf Ziffer 4 des Erbteilungsvertrages, wonach die Parteien die Liegenschaft mit Fr. 3'900'000.– bewerteten (Urk. 230 S. 27).

Der Erbteilungsvertrag vom 14. August 1998 beinhaltet gemäss Überschrift eine subjektiv beschränkte Erbteilung und hatte die Ausscheidung der eingesetzten Erbin N. _____ aus der Erbengemeinschaft zum Gegenstand. N. _____ schied als Gesamteigentümerin der Liegenschaft aus und erhielt als Gegenleistung Fr. 300'000.–. Bestand und Umfang des Nachlasses wurden im Vertrag nicht festgehalten. Die Frage, ob ein Gegenstand zum Eigengut (oder zur Errungenschaft) eines Ehegatten gehört, spielt bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine Rolle. Nach Durchführung derselben steht der Nachlass grundsätzlich fest und stellt sich die Frage nach Eigengut nicht mehr. Daher vermag die Behauptung, die Liegenschaft sei als Eigengut behandelt worden, Behauptungen zu Bestand und Umfang des Nachlasses nicht zu ersetzen, wobei im Bestreitungsfall zunächst Behauptungen zur güterrechtlichen Auseinandersetzung aufzustellen und sodann zu beweisen wären. All dies hat bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt.

cc) Der Beklagte hält dafür, aufgrund der Saldoklausel im Erbteilungsvertrag müsse zwingend davon ausgegangen werden, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung spätestens mit Unterzeichnung dieses Vertrages durchgeführt und abgeschlossen gewesen sein müsse. Der klägerische Rechtsvertreter habe in seinem Schreiben vom 2. Juni 2017 selber eingeräumt, dass eine todesfallbedingte güterrechtliche Auseinandersetzung stattgefunden haben müsse (Urk. 230 S. 28 f.).

Der Erbteilungsvertrag beinhaltet nicht die Erbteilung zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Diesbezüglich hat daher die Saldoklausel keine Bedeutung.

Die Klägerin führte in ihrer Eingabe an das Gericht vom 2. Juni 2017 aus, dass das im Jahre 2001 in ihren Besitz geflossene Barvermögen ziemlich genau dem entsprochen habe, was ihr aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung und aus Erbrecht bezüglich des Nachlasses ihres verstorbenen Ehegatten auch zugestanden habe (Urk. 18 S. 5). Das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist daher zwischen den Parteien umstritten.

dd) Der Beklagte offeriert ein mit der Berufung eingereichtes Schreiben der E._____ vom 10. Februar 2017 (Urk. 233/3) und die Zeugenbefragung von O._____ und P._____ zum Beweis, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung stattgefunden habe bzw. dass die Parteien den erzielten Verkaufserlös als das verbliebene Nachlassvermögen erachtet hätten (Urk. 230 S. 29). Er legt aber nicht dar, wo er diese Beweisofferten vor Vorinstanz gemacht hat. Es handelt sich um ein unzulässiges neues Vorbringen (vorn E. II/3).

d) Gemäss angefochtenem Urteil haben die Parteien unstrittig eine Erbgemeinschaft gebildet und seien insbesondere als Gesamteigentümer an der Liegenschaft M._____weg ... in Zürich berechtigt gewesen. Nach deren Verkauf habe ihnen demnach der Verkaufserlös gemeinschaftlich zugestanden. Dieser sei dem Gemeinschaftskonto der Parteien gutgeschrieben worden. Dieses Konto sei in der Folge offenbar saldiert und ein Betrag von Fr. 1'357'020.– auf ein Konto der Klägerin bei der D._____ überwiesen worden. Damit sei das Gesamthandverhältnis offensichtlich aufgelöst und eine Erbteilung vorgenommen worden. Dies werde auch durch die eingereichten Steuererklärungen gestützt, in welchen keine unverteilten Erbschaften ersichtlich seien. Dass die Erbteilung durchgeführt worden sei, sei denn auch grundsätzlich unstrittig. Da die Parteien keinen schriftlichen Erbteilungsvertrag geschlossen hätten, komme einzig eine Realteilung in Frage (Urk. 226 S. 48 f.).

Der Beklagte hatte behauptet, der auf das Konto der Klägerin überwiesene Nettoverkaufserlös an der Liegenschaft sei ihr im Umfang seines Erbanteils nur zur Nutzniessung überlassen worden, was nichts daran ändere, dass er (der Beklagte) den Pflichtteilen der Parteien entsprechend daran Eigentum gehabt habe (Urk. 226 S. 37). Gemäss Vorinstanz wäre für die Gültigkeit einer Nutzniessung

ein schriftlicher Erbteilungsvertrag notwendig gewesen, da die Vereinbarung einer Nutzniessung im Rahmen einer Erbteilung als zusätzliche Verpflichtung über eine reine Realteilung hinausgehe. Zudem habe der Beklagte sein Vorbringen nicht genügend substantiiert. Er habe nicht ausgeführt, wann genau von welcher Partei was für eine exakte Willensäusserung getätigt worden sei. Der Beklagte mache insbesondere nicht geltend, dass und wie sich die Parteien darüber geeinigt hätten, was für ein Betrag der Klägerin rechtlich zustehe und über welchen Anteil sie nur im Sinne einer Nutzniessung hätte verfügen dürfen. Die Höhe eines zur Nutzniessung überlassenen Vermögens sei aber selbstredend ein wesentlicher Vertragsbestandteil (Urk. 226 S. 49 f.).

Die Vorinstanz prüfte in der Folge, ob der Beklagte trotz ungültigem Nutzniessungsvertrag einen Anspruch auf die an ihn überwiesenen Fr. 477'009.57 habe. Der Beklagte versuche, seinen mit der Nutzniessung belasteten Erbanteil ex post zu bestimmen. Mit den als Beweismitteln offerierten Steuererklärungen der Klägerin könne der direkte Beweis, was die Parteien miteinander vereinbart hätten, nicht erbracht werden. Der Beklagte weise zutreffend darauf hin, dass am Rand der Wertschriftenverzeichnisse 2003 und 2006 der Klägerin der Code "N" bzw. "NN" bei verschiedenen Beträgen vermerkt worden sei. Dass dieser Code Nutzniessung bedeute, ergebe sich bereits aus der Legende des Wertschriftenverzeichnisses von 2006 (Urk. 89/16). Damit habe auch die Klägerin in ihrer Steuererklärung eine Nutzniessung deklariert. Allerdings sei auch aus ihren Steuererklärungen nicht ersichtlich, was das genau für eine Nutzniessung gewesen sei bzw. es fehle überhaupt nur schon ein Verweis auf den Beklagten. Weiter verweise der Beklagte auf einen Auszug aus seiner Steuererklärung 2001 und reiche die Aufstellung über Anteile an unverteilter Erbschaften, Geschäfts- und Korporationsanteilen gemäss Position 30.5 der Steuererklärung des Kantons Zürich ein (Urk. 89/14). Unter dem Datum vom 12. Januar 2001 sei darin vermerkt: "Verkauf LS M.____-weg ..., ... Zürich / Nutzen und Schaden per 1.1.2001". In der entsprechenden Zeile sei der Betrag von "0.00" angegeben. Weiter werde Folgendes aufgeführt: "Verkaufserlös Nutzniessungsvertrag zwischen Dr. A.____, Q.____ (Sohn) und Dr. C.____ Zürich (Mutter)." Dieses Dokument belege, dass der Beklagte im Jahre 2001 gegenüber den Steuerbehörden deklariert habe, die Liegen-

schaft M. _____-weg ... in Zürich sei verkauft worden. Zudem habe er erklärt, der Betrag an unverteilten Erbschaften sei Fr. 0.—, womit er zum Ausdruck gebracht habe, die Erbschaft sei geteilt worden. Sodann habe er eine Nutzniessungsvereinbarung zwischen ihm und der Klägerin in Zusammenhang mit dem Verkaufserlös genannt, ohne jedoch diesbezüglich irgendetwas näher zu bezeichnen. Insbesondere ergebe sich aus diesem Dokument nicht, wer an was für einem Betrag welche Nutzniessung haben sollte (Urk. 226 S. 50 ff.).

Die Vorinstanz folgerte aus diesen Urkunden, dass die Parteien von einer Nutzniessungsvereinbarung ausgegangen seien. Allerdings bleibe völlig unklar, wie die Nutzniessung genau ausgestaltet gewesen sei bzw. welcher Teil des Vermögens auf den Konten der Klägerin dem Beklagten zugestanden habe. Eine Nutzniessungsvereinbarung alleine könne keine Grundlage darstellen, gestützt auf die der Beklagte Eigentum am Vermögen zu begründen vermöchte. Hierzu hätte er den Nachweis zu seinem erbrechtlich begründeten Eigentum führen müssen, denn ohne diesen könne es kein mit einer Nutzniessung zu belastendes Eigentum geben. Bleibe bereits offen, ob und allenfalls in welchem Umfang der Beklagte am Verkaufserlös der Liegenschaft bzw. richtigerweise am Gesamtvermögen des Erblassers erbberechtigt gewesen sei, nütze es ihm nichts, wenn davon auszugehen sei, die Parteien seien zumindest der Sache nach übereinstimmend davon ausgegangen, ein Teil des Vermögens sei Erbe des Beklagten und die Klägerin sei daran nur nutzniessungsberechtigt (Urk. 226 S. 53 f.).

e) aa) Der Beklagte macht geltend, für die Parteien habe die erfolgte Vermögensübertragung und die ggf. damit verbundene Erbteilung keinesfalls bedeutet, dass der Beklagte damit auch seinen Eigentumsanspruch auf seinen Erbanteil aufgegeben und ihn auf seine Mutter übertragen habe. Massgebend sei der zwischen den Parteien bestandene [recte: damals bestehende] Konsens, dass die Vermögensverschiebung das Eigentum des Beklagten nicht tangiere. Die Erbteilung bewirke die Beendigung der Erbengemeinschaft. Sie müsse aber nicht zwingend auch die Verteilung von Eigentumsansprüchen zur Folge haben. Hintergrund, weshalb der Beklagte seine Zustimmung erteilt habe, die Vermögenswerte auf ein auf den Namen seiner Mutter lautendes Konto transferieren zu lassen,

seien berechnete Befürchtungen gewesen, die (noch) Ehefrau des Beklagten könnte sich Zugriff auf seinen Erbanteil verschaffen, habe sie doch kurz davor gestanden, mitsamt den beiden gemeinsamen Kindern für immer auszuwandern, was sie dann letztlich auch getan habe. Dass die Klägerin diese Vermögenswerte in den Folgejahren als ihr eigenes Vermögen steuerlich deklariert habe, sei einzig die Folge aus der vereinbarten Nutzniessung, wo der Nutzniesser das Vermögenssubstrat, aus dem er den Nutzen ziehe, zu versteuern habe. Falls das Gericht in diesem Akt jedoch eine Erbteilung erkenne mit der Rechtswirkung, dass der Beklagte damit seinen Erbanteil auf seine Mutter übertragen habe, stelle sich unweigerlich die Frage, ob es überhaupt per 1. Februar 2001 zu einer rechtsgültigen Erbteilung zwischen den Parteien gekommen sei. In der Klageantwort sei der Standpunkt vertreten worden, es sei zu keiner Erbteilung gekommen, falls das Gericht die Nutzniessung als nicht gegeben erachte. Insofern sei die Frage, ob die Erbteilung effektiv bereits stattgefunden habe, nicht unstrittig. Die Klägerin sei durch die getroffene Nutzniessungsvereinbarung in ihren Rechten nicht beschwert worden. Mit dem Recht, die Erträge aus dem Vermögen für sich nutzen zu dürfen, gehe keine Beschwerde einher, welche eine schriftliche Nutzniessungsvereinbarung erforderlich gemacht hätte. Da die Nutzniessung nicht direkte Rechtsfolge einer Erbteilung gewesen sei, sei für die Vereinbarung der Nutzniessung auch kein schriftlicher Erbteilungsvertrag nach Art. 634 Abs. 2 ZGB erforderlich gewesen. Werde eine rechtsgültige Nutzniessung jedoch verneint, so würde dies bedeuten, dass der Beklagte infolge der Vermögensübertragung seines Erbanteils auf das Konto seiner Mutter bei der D._____ auf diesen Erbanteil verzichtet hätte. Dies hätte eine Vereinbarung unter Miterben über die Abtretung von Erbanteilen dargestellt, wofür nach Art. 635 Abs. 1 ZGB zwingend Schriftlichkeit erforderlich gewesen wäre. Ein solcher Vertrag liege indes nicht vor und werde von den Parteien auch nicht behauptet. Steuerlich wäre er als Schenkung zu qualifizieren. In den Steuererklärungen der Klägerin finde sich aber keine entsprechende Position. Die Übertragung der Fr. 477'009.57 auf den Beklagten sei zu Recht erfolgt, habe sie doch den ihm aus dem Nachlass seines Vaters zu seinem Eigentum verbliebenen Erbanteil dargestellt (Urk. 230 S. 31 ff.).

bb) Trotz der Einwände des Beklagten ist davon auszugehen, dass die Parteien die Erbteilung durchgeführt haben. Er macht nämlich geltend, die Nutznießung sei nicht im Rahmen der Erbteilung geschlossen worden, sondern erst nach erfolgter Überweisung des Verkaufserlöses auf ein D._____-Konto der Klägerin mündlich vereinbart worden (Urk. 230 S. 34). Die Nutznießung wäre also nicht Bestandteil der Erbteilung gewesen. Dann wäre zwar Schriftlichkeit für den Nutznießungsvertrag nicht Formvorschrift. Aber es bleibt dabei, dass der Beklagte weder den Vertragsabschluss noch den Vertragsinhalt rechtsgenügend substantiiert hat. Es kann dazu auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. Mangels Substantiierung kann auch nicht beurteilt werden, ob der Nutznießungsvertrag schriftlich hätte abgeschlossen werden müssen.

Der Beklagte behauptet im Berufungsverfahren erstmals, es liege ein formungültiger Erbverzichtsvertrag im Sinne von Art. 635 Abs. 1 ZGB vor, wenn man nicht von Nutznießungsvermögen ausgehe, das auf die Klägerin übertragen worden sei. Das Vorbringen, er habe auf sein Erbe verzichtet, gilt ohne entsprechenden Aktenverweis als neu und ist damit unzulässig (E. II/3). Ohnehin hätte der Beklagte aber gerade seinen Erbanspruch substantiieren und beweisen müssen. Erst dann hätte sich die Frage nach dem Rechtsgrund für die Übertragung der Fr. 1'357'020.– auf ein Konto der Klägerin bei der D._____ gestellt.

cc) Der Beklagte trägt vor, mit der Einräumung einer Nutznießung zugunsten der Klägerin habe er bezweckt, den durch die Veräusserung der Liegenschaft entstandenen Mietertragsausfall teilweise zu kompensieren. Es liege in der Natur der Sache, dass die Höhe der aus den getätigten Vermögensanlagen resultierenden Erträge nicht im Voraus in einem bestimmten Geldbetrag hätten beziffert werden können. Leider gebe es bezüglich der Nutznießungsvereinbarung nebst den Steuerunterlagen keine weiteren vorzubringenden Beweismittel. Der Beklagte habe mehrfach die Einvernahme der Klägerin als Zeugin verlangt (Urk. 230 S. 35 f.). Er belegt aber nicht, wo er das vor Vorinstanz beantragt hat, weshalb es sich um ein unzulässiges neues Beweismittel handelt (E. II/3).

Weiter vertritt der Beklagte die Ansicht, wenn man die mit «NN» bezeichneten Steuererklärungen der Klägerin, die Steuererklärung des Beklagten, in wel-

cher zeitgleich der Nutzniessungsvertrag zwischen den Parteien explizit aufgeführt sei, sowie die zwischen den Parteien geäusserten Willenserklärungen betreffend die vereinbarte Nutzniessung betrachte, so ergebe sich ein sehr genaues Bild, was der Parteiwille hinsichtlich der vereinbarten Nutzniessung gewesen sei. Der von der Vorinstanz geforderte direkte Beweis, was die Parteien letztlich genau miteinander vereinbart hätten und wer wann welche Willensäusserung abgegeben und wie verstanden habe, könne infolge mündlicher Vereinbarung nicht (mehr) erbracht werden, sei aber letztlich unerheblich, da sich aus den vorgebrachten Umständen ein klares Bild ergebe, was die Parteien genau gewollt und wie sie es unter sich geregelt hätten. Der Beklagte habe die getroffene Nutzniessungsvereinbarung korrekterweise in seiner Steuererklärung 2001 deklariert. Wenn zwischen den Parteien kein Konsens betreffend eine rechtsgültig vereinbarte Nutzniessung bestanden hätte, so wäre diese wohl weder in den Steuererklärungen der Klägerin noch in derjenigen des Beklagten explizit erwähnt worden (Urk. 230 S. 36). Die mit "NN" gekennzeichneten Vermögenswerte in den Steuererklärungen der Klägerin seien durch die E. _____ in ihrer Eigenschaft als Treuhänderin derselben angebracht worden (Urk. 230 S. 37). Dem ist nun allerdings entgegenzuhalten, dass die Klägerin den Abschluss einer gültigen Nutzniessungsvereinbarung zwischen ihr und dem Beklagten bestritten hat (Urk. 226 S. 42). Mit den vom Beklagten als Beweismittel angerufenen Steuererklärungen ist der Abschluss einer Nutzniessungsvereinbarung, dessen Inhalt nicht substantiiert behauptet wurde, offensichtlich nicht erbracht. Die Behauptung, die Kennzeichnung mit "NN" habe die E. _____ vorgenommen, wird aktenmässig nicht belegt und gilt daher als unzulässiges Novum (E. II/3).

f) Zusammenfassend gelingt es dem Beklagten nicht, rechtsgenügend nachzuweisen, dass er gegenüber der Klägerin einen Anspruch von Fr. 814'212.-, basierend auf seinem Erbanteil am Nachlass von L. _____, hat bzw. vor der Übertragung der Fr. 477'009.57 hatte. Damit dringt der Beklagte mit seiner Berufung gegen Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Urteils nicht durch und ist dieses insofern zu bestätigen.

4. a) Mit Eingabe vom 18. Dezember 2020 hatte der klägerische Rechtsvertreter der Vorinstanz angezeigt, dass die Klägerin "die eingeklagte Forderung und den Prozess gegen A. _____" an die Stadtgemeinde Zürich abgetreten habe (Urk. 192). Gleichzeitig hatte er einen von der Klägerin und der Zessionarin unterzeichneten Abtretungs- und Prozessübernahmevertrag eingereicht (Urk. 193).

b) Der Beklagte stellt mit seiner Berufung den Antrag, die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihm den Inhalt der Abtretungserklärung der Klägerin gegenüber der Berufungsbeklagten offenzulegen und in ungekürzter und unzensurierter Form zur Verfügung zu stellen. Als einziger und pflichtteilsgeschützter Nachkomme der Klägerin habe er ein nachvollziehbares Interesse, den Inhalt und genauen Wortlaut der zwischen Zedentin und Zessionarin abgeschlossenen Abtretungserklärung zu erfahren. Entsprechende Anfragen sowohl beim gegnerischen Rechtsvertreter als auch bei der Vertreterin der Stadtgemeinde Zürich (Sozialbehörde) um Einsichtnahme seien erfolglos geblieben. Für den Fall eines endgültigen rechtskräftigen Unterliegens des Beklagten im hängigen Rechtsstreit und seiner darauffolgenden Zahlung zugunsten der Stadt Zürich sei es für ihn von evidentem Interesse zu erfahren, wie die Stadt Zürich mit einem allfälligen Überschuss nach Bezahlung sämtlicher im Zusammenhang mit der Unterbringung und Pflege der Klägerin entstandenen Kosten verfahren werde (Urk. 230 S. 40 f.).

c) Der Beklagte macht nicht geltend, dass er seinen Antrag auf Offenlegung der Abtretungserklärung zwischen Klägerin und Berufungsbeklagter bei der Vorinstanz gestellt hat. Es handelt sich um ein neues Rechtsbegehren, dass nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig wäre. Dass diese Voraussetzungen erfüllt wären, legt der Beklagte nicht dar. Auf diesen Berufungsantrag ist daher nicht einzutreten.

IV.

1. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 33'000.– fest, was vom Beklagten nicht beanstandet wird und zu bestätigen ist. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung legte die Vorinstanz, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 583'690.40 und unter Berücksichtigung der widerklageweise erhobenen Feststellungsklage, auf Fr. 28'000.– fest. Angesichts der Verfahrensdauer von rund viereinhalb Jahren, des Alters der Klägerin und der lange zurückliegenden Ereignisse, der Forderungsabtretung und des Parteiwechsels ging die Vorinstanz von einem erhöhten Aufwand aus und nahm gestützt auf § 4 Abs. 2 AnwGebV einen Zuschlag von Fr. 7'000.– vor. Sodann gewährte die Vorinstanz auf der so errechneten Grundgebühr von Fr. 35'000.– Zuschläge von gesamthaft 50 % gestützt auf § 11 Abs. 2 AnwGebV (zusätzliche Verhandlungen etc.) und setzte die Parteientschädigung auf Fr. 52'500.– zuzüglich 7.85 % MwSt. ("mittlerer Satz") fest (Urk. 226 S. 58 f.).

b) Der Beklagte ist der Auffassung, dass der gegnerische Rechtsvertreter alleine schon aufgrund des hohen Alters der Klägerin wohl keinen übermässigen Aufwand betreffend das Einholen von Instruktionen betrieben habe. Vielmehr habe der Rechtsvertreter der Klägerin grundsätzlich nach eigenem Gutdünken agiert, ohne die juristischen Feinheiten der Rechtsstreitigkeit oder einzelner Vorgehensweisen zuvor mit seiner Mandantin ausgiebig besprochen zu haben. So habe sie sowohl dem Beklagten als auch Dritten gegenüber in mehreren Gesprächen zu verstehen gegeben, dass sie ihren Rechtsanwalt praktisch nie gesehen und auch kaum je telefonisch gehört habe. Auch von einer Betreuung der zunehmend betagten Mandantin durch ihren Rechtsvertreter könne definitiv nicht gesprochen werden. Dies sei die Aufgabe der R. _____ und nicht ihres Rechtsvertreters (gewesen). Aufgrund der von der Vorinstanz selbst festgestellten und vom gegnerischen Rechtsvertreter im vorinstanzlichen Verfahren bereits erwähnten bescheidenen Aktenlage hinsichtlich des Nachlasses von Dr. L. _____, respektive dessen Durchsicht und Aufarbeitung, könne kaum von nicht leicht durchschaubarem Nachlass mit erheblich generiertem Aufwand ausgegangen werden. Auch die Forderungsabtretung an die Stadtgemeinde Zürich stelle keinen aussergewöhnlich grossen juristischen oder administrativen Aufwand dar. All dies rechtfertige

keine zusätzliche Erhöhung der Grundgebühr um einen Viertel in der Höhe von Fr. 7'000.– (Urk. 230 S. 39 f.).

c) Die Vorinstanz stützt sich für den strittigen Zuschlag auf § 4 Abs. 2 Anw-GebV, wonach die Grundgebühr für die Führung eines Zivilprozesses um bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden kann, wenn die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief ist. Diese Bestimmung räumt dem Gericht bei der Gewährung und der Höhe eines Zuschlags ein Ermessen ein. Das Berufungsgericht kann den gesamten Prozessstoff des erstinstanzlichen Verfahrens (Rechtsanwendung und Sachverhalt) und damit auch diesen Ermessensentscheid in freier Kognition überprüfen, wobei das Bundesgericht bislang die Frage offengelassen hat, ob die Rechtsmittelbehörde Bundesrecht verletzt, wenn sie trotz freier Prüfungsbefugnis ihr Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Erstinstanz setzt (BGer 5A_1049/2019 vom 25.08.2021, E. 3).

Der klägerische Rechtsvertreter hatte für die Mandatsführung in der Zeit vom 4. November 2016 bis zum 30. Oktober 2019 ein Honorar nach Zeitaufwand mit einem Stundenansatz von Fr. 250.– in der Höhe von Fr. 67'325.– (ohne MwSt.) errechnet und darauf hingewiesen, dass bereits das Einholen der Instruktionen bei der im November 2016 93 Jahre alten Klägerin sehr aufwendig gewesen sei, ebenso das Recherchieren der teilweise mehr als zwei Jahrzehnte alten Sachverhalte (Nachlass L. _____ und dessen Abwicklung bis zum Verkauf der Liegenschaft M. _____-weg anfangs 2002). Die Lebenssituation der Klägerin habe sich während des Prozesses fundamental verändert, was wegen immer wieder notwendiger Noveneingaben zu einem enormen Mehraufwand geführt habe. Zusätzlicher Aufwand sei durch den Eintritt der Fürsorgeabhängigkeit entstanden, indem fortan auch mit den Fürsorgebehörden, aber auch mit Frau B. _____ von der Stadt Zürich habe zusammengearbeitet werden müssen. Zusätzlicher Aufwand habe die im Verlauf des Prozesses eintretende Sehschwäche bewirkt, die ein Lesen irgendwelcher Korrespondenz durch die Klägerin unmöglich gemacht habe etc. (Urk. 172 S. 2).

Die Führung eines Anwaltsmandats verpflichtet den Anwalt, den zu beurteilenden Sachverhalt abzuklären, wobei er und seine Klientin die massgebenden Fakten gemeinsam zusammenzutragen haben (vgl. Fellmann, Anwaltsrecht, 2. A., Bern 2017, Rz 1498 ff.). Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass dabei längere Zeit zurückliegende und schlecht dokumentierte Tatsachen einen höheren Aufwand erheischen als solche aus jüngerer Zeit, welche zudem gut dokumentiert sind. Eine bescheidene Aktenlage impliziert entgegen der Auffassung des Beklagten nicht einen geringen Abklärungsaufwand. Vielmehr hat der Anwalt seiner Klientin die erforderlichen Fragen zu stellen und die massgebenden Tatsachen selbst zu überprüfen (Fellmann, a.a.O.), wobei die Recherchen des Anwalts unter Umständen nicht den erhofften Erfolg zeitigen. Nachvollziehbar ist auch, dass das Alter der Klientin die notwendige Informationsbeschaffung erschweren bzw. zeitaufwendiger machen kann. Der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe ihm und Dritten gegenüber zu verstehen gegeben, dass es kaum zu Kontakten mit ihrem Rechtsvertreter gekommen sei, ist gänzlich unsubstantiiert, weshalb die dazu beantragten Zeugenbefragungen von vornherein nicht durchzuführen sind. Richtig ist, dass die Betreuung der Klientin im Sinne von fürsorgerischen Leistungen nicht zu den entschädigungspflichtigen Aufwendungen des Rechtsanwalts gehört. Die fürsorgerische Betreuung der Klientin ist aber sehr wohl geeignet, einen Mehraufwand beim Rechtsvertreter zu generieren, da er auf die fürsorgerischen Anliegen und Gegebenheiten Rücksicht nehmen muss. Ein gewisser Mehraufwand war mit dem Parteiwechsel verbunden, der für sich alleine aber kaum einen Zuschlag zur Grundgebühr gerechtfertigt hätte. Insgesamt erscheint aber der von der Vorinstanz vorgenommene Zuschlag von 25 % zur Grundgebühr durchaus als vertretbar und angemessen. Im Übrigen gibt die Höhe der Parteientschädigung zu keinen Bemerkungen Anlass und ist zu bestätigen.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 583'690.40 und des Auskunftsbegehrens auf Fr. 23'000.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung ist der Berufungsbeklagten nicht zuzusprechen, da keine Berufungsantwort eingeholt wurde.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 21. Dezember 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 23'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird der Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 230, 232 und 233/2-4, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 31. Mai 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

MLaw S. Meisel

versandt am:
jo