

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB240066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter Dr. F. Manfrin
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Altermatt

Urteil vom 29. Oktober 2025

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen
vom 29. Oktober 2024; Proz. CG220018**

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 5/2 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für Rechnung des Nachlasses C'. _____ (genannt: C. _____) den Betrag von CHF 120'300.–, nebst Verzugszinsen von 5% ab Datum der Klageeinleitung vom 30.6.2022 (siehe Beilage A), zurückzuzahlen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 5/9 S. 2)

"Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers, wobei die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 950 zur Hauptsache zu schlagen seien."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 4 S. 17 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 8'840.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und vollumfänglich mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 20'100.– (zuzüglich 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge des Berufungsklägers:

(act. 2 S. 2)

"Es sei in Aufhebung des genannten Entscheides der Vorinstanz die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger für Rechnung des Nachlasses C'._____ (genannt C._____) den Betrag von CHF 120'300, nebst Verzugszinsen von 5% ab Datum der Klageeinleitung vom 30.06.2022 zu zahlen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf Vor- und Berufungsinstanz (zuzüglich Mehrwertsteuer, sowie unter Berücksichtigung der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 950) zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) ist der Willensvollstrecker des am tt.mm.2021 in D._____ verstorbenen C'._____ (fortan auch Erblasser oder C._____). In der letztwilligen Verfügung vom 24. Januar 2019 hatte der Erblasser den Kläger zum Willensvollstrecker ernannt, sein Patenkind sowie zwei Enkel mit je einem Vermächtnis von Fr. 50'000.– bedacht und den Rest seines Nachlassvermögens seinen beiden Kindern je zur Hälfte überlassen (act. 5/3/3).

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind diverse Kontobezüge ab dem Konto des Erblassers im Zeitraum vom 11. September 2019 bis zu seinem Versterben am tt.mm.2021. Nach Darstellung des Klägers soll die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) einerseits 26 Bankschalterbezüge gegen Leistung ihrer Unterschrift (act. 5/3/11) und andererseits 54 Bancomatbezüge (act. 5/3/12) getätigt haben. Der Kläger "gesteht" der Beklagten in der fraglichen Periode Fr. 1'000.– pro Monat, total Fr. 24'000.–, "zu", wobei der Kläger wohl meint, dass dieser Betrag rechtmässig für den Erblasser bezogen worden sei (act. 5/2 S. 17). Im Übrigen Umfang also Fr. 120'300.– soll die Beklagte durch Missbrauch der am 11. September 2019 von C._____ unterzeichneten Bankvollmacht zu ihren Gunsten unrechtmässig für sich bezogen haben (act. 5/3/5). Mit der streitgegenständlichen Klage fordert der Kläger von der Beklagten die Rückerstattung dieses Betrages zugunsten des Nachlasses.

2. Unter Beilage der Klagebewilligung erhob der Kläger am 22. November 2022 eine entsprechende Klage bei der Vorinstanz. Die Vorinstanz wies die Klage mit Urteil vom 29. Oktober 2024 nach Durchführung des Verfahrens ab. Für die Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 5/38 S. 2-4 = act. 4 S. 2-4 [fortan nur noch als act. 4 zitiert]). Der angefochtene Entscheid ging dem Kläger am 7. November 2024 zu (act. 5/39/1).

3. Am 4. Dezember 2024 erhob der Kläger Berufung gegen den die Klage abweisenden Entscheid und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 2 S. 2). Mit Eingabe vom 27. Dezember 2024 ersuchte er um Sistierung dieses und des parallel erhobenen Rechtsmittelverfahrens, welches unter der Prozess-Nr. LB240065 geführt und mit Urteil vom 3. September 2025 erledigt wurde (act. 6). Mit Verfügung vom 15. Januar 2025 (act. 8) wurde dem Kläger Frist angesetzt für die Leistung eines Prozesskostenvorschusses, und es wurde die Prozessleitung delegiert. Den Vorschuss leistete der Kläger rechtzeitig (act. 10). Mit Beschluss vom 4. März 2025 wies die Kammer den Sistierungsantrag des Klägers ab (act. 11). Mit Verfügung vom 12. März 2025 wurde die Prozessleitung an den neu eingesetzten Referenten delegiert (act. 13). Am 4. Juni 2025 erstattete der Kläger eine als Noveneingabe bezeichnete Eingabe unter Beilage diverser Urkunden (act. 15 und act. 16/1-13).

Von der Einholung einer Berufungsantwort kann abgesehen werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO); der Beklagten ist mit dem Endentscheid ein Doppel der Berufungsschrift sowie der Noveneingabe zuzustellen.

II.

1. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Sie wurde fristgerecht (act. 2 i.V.m. act. 5/39/1) erhoben und begründet sowie mit Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz eingereicht (Art. 311 ZPO). Der Kläger unterlag vor Vorinstanz mit seinen Anträgen auf Rückzahlung von Fr. 120'300.– und ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert. Der Streitwert für die Berufung ist ohne weiteres erreicht und der Kos-

tenvorschuss wurde bezahlt. Dem Eintreten auf die Berufung steht vorbehältlich nachstehender Erwägungen nichts entgegen.

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt prüfen; sie hat volle Kognition sowohl in Tat- wie auch in Rechtsfragen, vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll. Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet nicht, dass diese von sich aus alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr darf sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen beschränken (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4.; BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3.; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4; ZR 110 [2011] Nr. 80). Blosser Verweis auf die Vorakten genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen oder allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4; REETZ, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., 4. Aufl. 2025, Art. 311 N 36 f.).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1.; OGer ZH, LB170050-O vom 22. Dezember 2017 E. II./3.; OGer ZH, LB170028-O vom

30. November 2017 E. II./1.2.; OGer ZH, LB140047-O vom 5. Februar 2015 E. III./1b; OGer ZH, LB130063-O vom 17. September 2014 E. II./2.; OGer ZH, LB140014-O vom 3. Juni 2014 E. III./2.).

3.1 Im Berufungsverfahren weist der Kläger zunächst darauf hin, dass ihm faktisch lediglich 15 Tage Zeit für das Verfassen der Berufungsschrift zur Verfügung gestanden hätten, weil die Vorinstanz ihren Endentscheid in den beiden Parallelverfahren gleichzeitig verschickt habe (act. 2 S. 2 f.). Aus diesem Umstand leitet er nichts ab, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

3.2.1 Der Kläger rügt als "Verfahrensfehler", die Vorinstanz habe verschiedentlich die von ihm im dritten Verfahren (CP230001-F) vorgetragene Vorbringen und Beweismittel überhaupt nicht zur Kenntnis genommen bzw. vollständig unberücksichtigt gelassen, obwohl dem vorliegenden und dem erwähnten Parallelverfahren teilweise identische Sachverhalte zugrunde lägen. Bei diesen in derselben Verfahrensart geführten Parallelverfahren zwischen den gleichen Parteien sei "deshalb ganz besonders Art. 151 ZPO (Gerichtsnotorietät) zu beachten" (act. 2 S. 4).

3.2.2 Soweit der Kläger diesen angeblichen Verfahrensfehler pauschal rügt, ohne im Einzelnen darzulegen, was er daraus ableitet (so in act. 2 S. 4), genügt seine Kritik den Begründungsanforderungen von vornherein nicht.

3.2.3 Aber auch inhaltlich verfängt die klägerische Rüge nicht. Zunächst ist festzuhalten, dass gerichtsnotorische Tatsachen für jedes Gericht und jede Instanz selbständig bestimmt werden müssen (HASENBÖHLER/YAÑEZ, in: Sutter-Somm/Löttscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., 4. Aufl. 2025, Art. 151 N 7a m.w.H.). Was die Vorinstanz allenfalls weiss, ist für das hiesige Berufungsgericht nicht notorisch. Wenn der Kläger vom Berufungsgericht verlangt, Tatsachen aus dem Parallelprozess vor Vorinstanz zu berücksichtigen, übersieht er, dass instanzenübergreifend von vornherein keine Gerichtsnotorietät vorliegen kann (so bspw. in Bezug auf den in der Replik des Parallelverfahrens angestellten klägerischen Vergleich der Einsatzdaten der Betreuerinnen von C._____ mit den Daten der Banco-matbezüge, vgl. act. 2 S. 12 f.). Richtig ist zwar, dass das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen auf Tatsachen aus früheren Verfahren zwischen denselben

Parteien Rückgriff nehmen darf. Das Bundesgericht stellt aber klar, dass eine solche Gerichtsnotorietät von Tatsachen nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist, um nicht die Beweisführungsgrundsätze und Parteirechte zu unterlaufen. Dies muss insbesondere für den Zivilprozess gelten, der weitgehend vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht wird. Hier ist – so das Bundesgericht – eine restriktive Handhabe nötig, um die Verhandlungsmaxime nicht auf dem Weg einer allzu weit gezogenen Annahme von Notorietät aus den Angeln zu heben (BGE 150 III 209 E. 2.3). Daraus folgt, dass nur bereits gesichert (aufgrund abgenommener Beweismittel) feststehende Tatsachen als gerichtsnotorisch angesehen werden können (KUKO ZPO-BAUMGARTNER, 3. Aufl. 2021, Art. 151 N 6 f.; HASENBÖHLER/YAÑEZ, a.a.O., Art. 151 N 3b, 5 und 7; den Beizug von Urkunden aus Akten des Gerichtes unter der "Flagge der Gerichtsnotorietät" gar ablehnend: BSK ZPO-GUYAN, 4. Aufl. 2024, Art. 151 N 3).

3.2.4 Behauptungen, Eingaben und Rechtsschriften der Parteien aus dem Parallelverfahren CP230001-F, die der Kläger im vorliegenden Prozess gestützt auf Art. 151 ZPO berücksichtigt haben will (so bspw. die Klageantwort der Beklagten und die Replikschrift des Klägers zum Thema Partnerkarte der Bank Vontobel [act. 2 S. 8-11] oder seinen in der Replik gemachten Vergleich der Einsatzdaten der Betreuerinnen von C._____ mit den Daten der Bancomatbezüge [act. 2 S. 12 f.]), sind keine gerichtsnotorischen Tatsachen, und zwar weder für die Vorinstanz des vorliegenden Verfahrens noch für das Berufungsgericht. Dabei handelt es sich schlicht um Parteivorbringen in einem – soweit ersichtlich – noch nicht abgeschlossenen Verfahren, und nicht um unzweifelhaft feststehende Tatsachen, von denen das Gericht aus dem Beweisergebnis zuverlässige Kenntnis haben kann. Wenn der Kläger derartige Behauptungen samt Beilagen in den vorliegenden Prozess einbringen will, ist er im – wie vorliegend – von der Verhandlungsmaxime beherrschten Zivilprozess auf seine zwei unbeschränkten Äusserungsmöglichkeiten zu verweisen. Danach, also nach Aktenschluss, können Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 229 ZPO und Art. 317 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Wenn die Vorinstanz solche Parteivorbringen im Parallelverfahren im vorliegenden Prozess nicht als gerichtsnotorische Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO berücksichtigt hat,

so ist darin kein Verfahrensfehler zu erblicken. Das gilt insbesondere auch für die klägerischen Verweise an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 12. Februar 2024 (act. 5/36 S. 21) auf seine Ausführungen im Parallelverfahren und dort eingereichten Beilagen zur Thematik der Partnerkarte der Bank Vontobel. Weshalb diese Hinweise am 12. Februar 2024 und jetzt erneut im Berufungsverfahren (act. 2 S. 9 ff.) auf Vorbringen im Parallelverfahren, konkret auf die Klageantwort vom 5. Juni 2023 (act. 3/4), auf den eingereichten Mailverkehr mit der Bank vom August 2023 (act. 3/5) und die Replik des Klägers vom 28. September 2023 (act. 3/6), unter novenrechtlichen Gesichtspunkten zu berücksichtigen wären, hat der Kläger nicht dargetan und ist nicht ersichtlich.

3.2.5 Soweit der Kläger im Berufungsverfahren auf Eingaben, Rechtsschriften und Parteiäusserungen im Parallelverfahren verweist, müsste er die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im Einzelnen bezeichnen, die er jetzt noch ins Berufungsverfahren einbringen will und hätte dabei darzulegen, dass es sich um zulässige und rechtzeitig hier eingebrachte Noven handelt. Das tut er weitestgehend nicht (zur Beurteilung der klägerischen Noveneingaben vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren nachstehend).

3.3.1 Der Kläger rügt weiter, die Vorinstanz habe seine Noveneingabe vom 13. Juli 2023 (act. 5/19 und act. 5/20/1-3) zu Unrecht nicht berücksichtigt (act. 2 S. 12 f.).

3.3.2 Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, dass der Kläger mit seiner Eingabe vom 13. Juli 2023 einerseits Unterlagen datierend aus den Jahren 2019 und 2020 eingereicht habe (act. 5/20/2a-f: Einsatzpläne der Betreuerinnen des Erblassers bzw. Einsatzrapporte E._____ [Betreuungsunternehmen] Zeitraum 1. September 2019 bis 29. Februar 2020), welche ihm am 8. Juli 2023 durch die Tochter des Erblassers übermittelt worden seien (act. 5/20/1). Andererseits habe er eine nach Erstattung der Replik selbst erstellte Tabelle eingereicht (act. 5/20/3: Übersicht über die Einsatzzeiten der Betreuerinnen und über die Bargeldbezüge), aber keine Erklärung ersichtlich sei, weshalb diese Tabelle nicht hätte früher erstellt werden können. Zu Recht verneinte die Vorinstanz, dass die Eingabe vom 13. Juli 2023 echte Noven enthält (act. 4 S. 6 f.). Weiter erwog die Vorinstanz, der Kläger

habe weder eine entschuldbare Verspätung geltend gemacht, noch den Sorgfaltsbeweis erbracht, dass es ihm nicht möglich gewesen wäre, die fraglichen Belege zu einem früheren Zeitpunkt – vor Aktenschluss – beizubringen. So habe er insbesondere nicht nachvollziehbar dargelegt, weshalb die Beschaffung der fehlenden Rapporte vom September und Dezember 2019 (act. 5/20/2a und act. 5/20/2d) und die von ihm erstellte Gegenüberstellung der Einsätze der Betreuerinnen mit den Kontobezügen (act. 5/20/3) nicht bereits während der Ausarbeitung seiner Replik möglich gewesen wären, zumal der Kläger damit doch Argumente der Beklagten in deren Klageantwort habe entkräften wollen (act. 4 S. 7 m.H.a. act. 5/19 S. 2 f. Ziff. 3).

3.3.3 Mit seiner wiederholt vorgetragenen Behauptung, es sei für ihn in seiner Eigenschaft als Nicht-Vertragspartner der E. _____ unmöglich gewesen, die Rapporte früher erhältlich zu machen (act. 2 S. 12), vermag er die überzeugende vorinstanzliche Begründung nicht zu entkräften. Insbesondere legt der Kläger nicht dar, warum es ihm als Willensvollstrecker im Nachlass von C. _____ nicht hätte möglich sein sollen, die fraglichen Rapporte früher über die Erben erhältlich zu machen, wie er es im Übrigen denn letztlich auch getan hat, allerdings erst verspätet nach Aktenschluss. Diese Frage drängt sich umso mehr auf, als der Kläger bereits "wenige Tage nach dem Tod des Erblassers" (am tt.mm.2021) von der Beklagten gewisse Rapporte ausgehängt erhalten hatte (act. 2 S. 12 m.H.a. act. 5/21) und ihm insoweit die Lückenhaftigkeit der ausgehängten Rapporte bereits dann hat auffallen müssen. Weshalb die fehlenden Rapporte erst mit der Noveneingabe vom 13. Juli 2023 in den Prozess hätten eingebracht werden können, legt der Kläger jedenfalls nicht nachvollziehbar dar. Der erforderliche Sorgfaltsnachweis für die Berücksichtigung solch bereits weit vor Aktenschluss entstandener, aber erst danach eingereicherter Unterlagen misslingt dem Kläger.

3.4.1 Der Kläger beanstandet auch, dass die Vorinstanz seine Noveneingabe vom 10. Januar 2024 (act. 5/30 und act. 5/31/1-2) zu Unrecht nicht berücksichtigt habe (act. 2 S. 22 f.).

3.4.2 Die Vorinstanz erwog zur Eingabe vom 10. Januar 2024 und dem damit eingereichten Ausdruck des Magazins "F. _____" vom Januar 2016 (act. 5/31/1) so-

wie dem Grundbuchauszug betreffend das Stockwerkeigentum der Beklagten in G. _____ mit Kaufdatum aus dem Jahr 2011 (act. 5/31/2), dass diese Dokumente (lange) vor dem Aktenschluss entstanden seien bzw. bereits existiert hätten, wobei der Kläger diese mit Internetrecherche auf Google am 3. Januar 2024 erhältlich gemacht habe (act. 4 S. 6 f. m.H.a. act. 5/30 S. 2). Es lägen diesbezüglich somit keine echte Noven vor. Auch habe der Kläger weder eine entschuld bare Verspätung geltend gemacht, noch in irgendeiner Form den Nachweis erbracht, dass es ihm nicht möglich gewesen wäre, die mit dieser Noveneingabe eingebrachten Belege zu einem früheren Zeitpunkt – vor Aktenschluss – beizubringen. Die Vorinstanz verneinte daher zulässige unechte Noven (act. 4 S. 7 f.).

3.4.3 Inwiefern der Kläger, wie er geltend macht (act. 2 S. 22), erst durch die Duplikschrift der Beklagten und durch welche dortigen Behauptungen zur Eingabe vom 10. Januar 2024 veranlasst gewesen sein soll, legt er nicht dar. Mit diesen Unterlagen hat der Kläger den Nachweis zu erbringen versucht, dass der Erblasser und die Beklagte getrennte Wohnsitze und kein Konkubinat geführt hätten. Diesen Standpunkt hat der Kläger zumindest bereits in seiner Replik schrift (act. 5/14 S. 2 ff.) vertreten. Insoweit überzeugt das Vorbringen nicht, er habe sich erst durch die Duplik veranlasst gesehen, diese im Internet seit Jahren öffentlich zugänglichen Unterlagen zum Nachweis des angeblich getrennten Wohnsitzes einzureichen (vgl. BGer 5A_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.2.1.3.; wonach es der Partei obliegt, rechtzeitig die erforderlichen Abklärungen zu treffen, insbesondere bei Aspekten, die von Anfang an Prozessthema sind; ähnlich LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., 4. Aufl. 2025, Art. 229 N 31). Die Beurteilung der Vorinstanz, der Kläger habe den Sorgfaltsnachweis nicht erbracht, wonach es ihm nicht möglich gewesen wäre, diese Belege vor Aktenschluss einzureichen, ist daher nicht zu beanstanden.

3.5.1 Mit Eingabe vom 4. Juni 2025 (act. 15) will der Kläger im Berufungsverfahren insgesamt 14 Beilagen (act. 16/1-13a+b) als Noven gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO in den Prozess einführen.

3.5.2 Wie vorstehend ausgeführt (E. II./2.), sind Noven im Berufungsverfahren nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zuläs-

sig. Sie sind ohne Verzug, d.h. innert 10 Tagen seit Kenntnis oder Kennenmüssen, einzureichen (HILBER/REETZ, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., 4. Aufl. 2025, Art. 317 N 48 m.H.a. OGer ZH, LB120115-O vom 1. Oktober 2013 E. 2.3.2; OGer ZH, LY210008-O vom 7. Juli 2021 E. 3.4.5.; OGer ZH, LB170047-O vom 19. September 2018 E. II/2b; vgl. hierzu auch BGer 4A_70/2021 vom 15. Juli 2021 E. 4.2.).

3.5.3 Die Noveneingabe samt den 14 Beilagen muss bereits deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie nicht ohne Verzug im erwähnten Sinne eingereicht wurde. Anlass für diese Eingabe sei, so der Kläger, eine Zustellung der Vorinstanz im Parallelverfahren vom 5. Mai 2025, die ihm am 6. Mai 2025 zugegangen sei, enthaltend eine Eingabe der Beklagten in jenem Verfahren (act. 15 S. 2; Noveneingabe Beilagen act. 16/1-3). Diese Zustellung habe den Kläger zu einer Stellungnahme an die Vorinstanz vom 14. Mai 2025 (Noveneingabe Beilage act. 16/4) veranlasst und dazu, bei den beiden Erben mit E-Mail vom 19. Mai 2025 Erkundigungen über das hängige Strafverfahren gegen die Beklagte und insbesondere nach einer dortigen möglichen Akteneinsicht der Erben einzuholen (Noveneingabe Beilage act. 16/5). Mit Antwortmail der Erben vom 26. Mai 2025 (Noveneingabe Beilage act. 16/6) seien ihm die weiteren Unterlagen eingereicht worden (Noveneingabe Beilagen act. 16/7-13a). Bereits die klägerische Reaktion 13 Tage nach der ihn zur Noveneingabe veranlassenden Zustellung am 6. Mai 2025 ist nicht unverzüglich erfolgt, weshalb die gesamte Noveneingabe vom 4. Juni 2025 knapp einen Monat später als nicht innerhalb von 10 Tagen ab Kennenmüssen erfolgt anzusehen ist.

3.5.4 Aber auch sonst sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt.

3.5.4.1 Soweit der Kläger den eingereichten Beilagen act. 16/1-7 und act. 16/11 über den versuchten Nachweis der Novenvoraussetzungen hinaus überhaupt eigenständige Bedeutung als zu berücksichtigende neue Tatsachen beimessen will, fehlt es an entsprechend substantiierten Ausführungen zur Prozessrelevanz dieser Beilagen. Es bleibt unklar, was damit konkret belegt werden soll. Diese einge-

reichten Beilagen können auch aus diesem Grund nicht als zulässige Noven Eingang in den Prozess finden.

3.5.4.2 Mit der eingereichten WhatsApp Nachricht der Beklagten an H. _____ vom 2. Dezember 2021 (act. 16/8) und den Pflegeberichten der I. _____ AG für den Zeitraum 23.11.2020-tt.mm.2021 (act. 16/12) will der Kläger einen gemeinsamen Wohnsitz resp. ein Konkubinat zwischen Beklagter und Erblasser widerlegen (act. 15 S. 4). Der Kläger behauptet, er habe diese Beweismittel bis zum Antwortmail der Erben vom 26. Mai 2025 nicht gekannt und kennen können. Wer unechte Noven in den Prozess einführen will, hat nachzuweisen, dass ihm keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- oder Beweisführungslast vorzuwerfen ist. Dazu gehört auch, dass die betreffende Partei zumutbare Nachforschungen zu Beweismaterial vorgenommen hat. Bei Rechtskundigen, wie vorliegend dem Kläger, gilt dabei ein objektiver Sorgfaltsmassstab (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 31; vgl. auch BGer 5A_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.2.1.3.). Ganz unabhängig davon, ob die Frage des getrennten Wohnsitzes überhaupt von Relevanz ist, hat der Kläger nicht dargetan, weshalb es ihm erst im Jahre 2025 möglich gewesen sein soll, diese Dokumente aus dem Jahr 2020/2021 einzureichen. Diese Frage drängt sich umso stärker auf, als der Kläger als Willensvollstrecker im Nachlass von C. _____ Auskunftsansprüche gegenüber den Erben hat, die ihm auch über lebzeitige Vorgänge Auskunft zu erteilen haben (dazu BK ZGB-KÜNZLE, 2011, Art. 517-518, Art. 518 N 216). So konnte der Kläger denn auch offenbar zahlreiche Unterlagen zum von ihm hinlänglich thematisierten Gesundheitszustand des Erblassers (vgl. bspw. act. 5/3/13-20, act. 5/15/25-26) und auch andere WhatsApp-Nachrichten zwischen der Beklagten und den Erben (vgl. bspw. act. 5/15/5, act. 5/15/19-21+23) vor Aktenschluss erhältlich machen und einreichen. Warum ihm es in Bezug auf diese jetzt eingereichten Unterlagen nicht auch möglich gewesen wäre, legt der Kläger nicht dar.

3.5.4.3 Gleich verhält es sich mit der von den Erben per E-Mail angeforderten Ergänzung des Austrittsberichts der Klinik J. _____ (vom 4. September 2019) durch PD Dr. K. _____ vom 5. April 2025 (act. 16/9) und dem Neurologiebericht von Dr. L. _____ vom 4. September 2019 (act. 16/10). Wiederum beschränkt sich der Klä-

ger darauf zu behaupten, dass er diese Unterlagen erst mit der E-Mail der Erbin H. _____ vom 26. Mai 2025 erhalten habe (act. 15 S. 5), macht aber keine Ausführungen dazu, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sein soll, diese Unterlagen – bspw. über die Erben – früher zu beschaffen, gerade auch vor dem Hintergrund, dass die gesundheitliche Verfassung des Erblassers von Beginn an Prozess-thema war und dem Kläger der Austrittsbericht der Klinik J. _____ vom 4. September 2019 (auf welchen sich die eingereichte Nachfrage bei PD Dr. K. _____ be-zog) schon lange vorlag und schon früh im Verfahren mit der Klagebegründung eingereicht wurde (act. 5/3/15).

3.5.4.4 Und schliesslich will der Kläger Kontoauszüge des PostFinance-Kontos der Beklagten für den Zeitraum April 2018-August 2021 (act. 16/13a) und eine vom Kläger gestützt darauf erstellte "Zusammenstellung der Ausgaben der Be-klagten zwischen 05.04.2018 bis zum Tod des Erblassers im mm.2021" (act. 16/13b) in den Prozess einbringen. Auch hier macht der Kläger geltend, er habe diese Bankunterlagen erst am 26. Mai 2025 erhalten, als ihn die Erben mit der erwähnten E-Mail "über Zwischenergebnisse eines von ihnen in Gang gesetz-ten Strafverfahrens gegen die Beklagte orientierten" (act. 15 S. 7). Hierzu ist zu-nächst zu bemerken, dass die Erben am 27. April 2025 eine Stellungnahme zu-handen der Staatsanwaltschaft einreichten (act. 16/7), weshalb sie bereits vor die-sem Datum Einsicht in die Akten erhalten haben müssen. Aus der E-Mail des Klä-gers an die Erben vom 19. Mai 2025, mit welchem er sich über eine allfällige Ak-teneinsicht erkundigt, ist zu schliessen, dass der Kläger vom laufenden Strafver-fahren gegen die Beklagte wusste (act. 16/5: [...] Ich nehme somit an, dass die Untersuchung der Staatsanwaltschaft betreffend Ihre Strafanzeige schon ziemlich weit gediehen ist. [...]); vgl. auch die vom Kläger eingereichte Stellungnahme der Beklagten im Parallelverfahren vom 30. April 2025, act. 16/2: "[...], haben der Klä-ger und die Kinder von C. _____ Strafanzeige gegen die Beklagte erstattet."). Warum der Kläger diese Unterlagen nicht hat früher einreichen können, legt er nicht dar. Mit den fraglichen Kontounterlagen will der Kläger seine von Beginn des Verfahrens vertretene These stützen, dass sich die Beklagte rechtswidrig aus dem Vermögen des Erblassers "bedient" und dessen Konto "zur eigenen Berei-cherung [geplündert]" habe (vgl. bspw. act. 5/2 S. 5 und S. 17). Vor dem Hinter-

grund dieses Prozessstandpunkts wäre es dem Kläger obliegen, noch vor Aktenabschluss entsprechende Nachforschungen zu tätigen. Aus den klägerischen Rechtsschriften erhellt aber, dass er zu keinem Zeitpunkt im Prozess Editionsanträge auf Herausgabe der fraglichen Kontounterlagen der Beklagten gestellt hatte, was indes zum Nachweis der von ihm vertretenen "Plünderungs-Hypothese" naheliegend gewesen wäre (vgl. BGer 5A_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.2.3.3.). Weshalb ihm dies nicht hätte möglich sein sollen, legt der Kläger jedenfalls nicht dar. Insgesamt hat der Kläger nicht nachgewiesen, dass ihn keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- oder Beweisführungslast vorzuwerfen ist.

4. In der Sache geht es um diverse Kontobezüge ab dem Konto des Erblassers im Zeitraum vom 11. September 2019 bis zu seinem Versterben am tt.mm.2021. Nach Darstellung des Klägers soll die Beklagte einerseits 26 Bankschalterbezüge gegen Leistung ihrer Unterschrift (act. 5/3/11) und andererseits 54 Mal (act. 5/3/12) Bancomatbezüge getätigt haben. Die Bankschalterbezüge sind dabei unbestrittenermassen durch die Beklagte erfolgt, während bezüglich der Bancomatbezüge strittig ist, ob diese ebenfalls durch die Beklagte getätigt wurden. Hinsichtlich der eingestandenen resp. erstellten Geldbezüge durch die Beklagte ab dem Konto des Erblasser stellt sich sodann die Frage, ob diese unrechtmässig, also in Verletzung des behaupteten Auftragsverhältnisses durch Missbrauch ihrer Generalvollmacht erfolgt sind.

5. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dem Kläger sei der Beweis dafür, dass die 54 Bezüge in Höhe von insgesamt Fr. 52'800.– zwischen dem 16. September 2019 und dem 19. November 2020 am Bancomat von der Beklagten getätigt worden seien, nicht gelungen. Erstellt sei einzig, dass die Beklagte zwischen dem 20. September 2019 und dem 31. August 2021 insgesamt Fr. 91'500.– am Bankschalter bezogen habe (act. 4 S. 13). Ferner fehle es im klägerischen Tatsachenvortrag an den nötigen (schlüssigen) Behauptungen für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses zwischen C._____ und der Beklagten. Ein solches Auftragsverhältnis, worauf der Kläger den Rückerstattungsanspruch stützen wolle, sei somit nicht erstellt (act. 4 S. 15). Und schliesslich vermöge der Kläger auch den im weiteren geltend gemachten Missbrauch der Bankvollmacht durch die Be-

klagte nicht zu beweisen. Entsprechend fehle es auch diesbezüglich an einer Voraussetzung für einen Anspruch auf Rückerstattung. Entsprechend wies die Vorinstanz die Klage vollumfänglich ab (act. 4 S. 17).

6. Der Kläger macht auch im Berufungsverfahren geltend, dass an keinem Tag sowohl Bankschalter- als auch Bancomatbezüge erfolgt seien und folgert daraus, dass ein und dieselbe Person – die Beklagte – für alle Bezüge verantwortlich sei (act. 2 S. 5 f.). Er wiederholt auch seine Vorbringen vor Vorinstanz, dass der Erblasser gesundheitlich derart angeschlagen gewesen sei, dass er die fraglichen Bezüge an Bancomaten an verschiedenen Standorten nicht habe tätigen können (act. 2 S. 6 ff., 11-21). Der Kläger bringt wiederum vor, die Beklagte sei durchgehend im Besitz der Bankkarte des Erblassers gewesen und habe diese benutzt (act. 2 S. 7-10). Weiter macht der Kläger geltend, entgegen den Behauptungen der Beklagten hätten der Erblasser und die Beklagte nicht in einem Konkubinat gelebt, weshalb auch nicht die Regeln über die einfache Gesellschaft zur Anwendung gelangen würden (act. 2 S. 21-23). Vielmehr sei – wie es auch die Beklagte mache – im Zusammenhang mit der erteilten Vollmacht von einem "allgemeinen Auftrag für die Finanzierung des Alltagsbedarfs" des Erblassers auszugehen. Das Benützen der Bankvollmacht durch die Beklagte bzw. die Ausführung des zugrundeliegenden Vertrages bemesse sich in der Regel nach einer Absprache zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer. Solche Absprachen seien von der Beklagten in keiner Weise substantiiert worden, und das Einsetzen der Karte für Geldbezüge, ohne dass die Beklagte je Rechenschaft über die Verwendung der bezogenen Gelder abgelegt hätte und auch nicht ablegen wolle, müsse als Missbrauch der Bankvollmacht qualifiziert werden. Der Kläger listet verschiedene Aussagen der Beklagten auf, die auf ein derartiges Auftragsverhältnis hindeuten würden und hält dazu fest, dass die Beklagte mit diesen Ausführungen – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – ihrer qualifizierte Bestreitungslast nicht nachgekommen sei, wobei der Kläger diesbezüglich wiederum wohl so zu verstehen ist, dass er eine fehlende Rechenschaftsablage der Beklagten für die Geldbezüge moniert (act. 2 S. 24-26).

Wer – wie die Beklagte – Rechenschaft über die Art und die Ausführung der Aufträge ablegen müsse, sei dem relevanten Geschehen deutlich näher als derjenige, der angesichts von unbestrittenermassen getätigten Bezügen einer Beauftragten den Rechtsgrund für diese nachweisen müsste. Somit trage – entgegen der Vorinstanz – die Beklagte diesbezüglich die Beweislast. Und die Beklagte habe die Art und den Inhalt der behaupteten Absprachen zwischen ihr und dem Erblasser bezüglich der Geldbezüge und der Verwendung der Gelder nicht substantiiert. Die Vorinstanz hätte nach dem Grundsatz *iura novit curia* Auftragsrecht zur Anwendung bringen müssen (act. 2 S. 28 f.). Der Missbrauch der Bankvollmacht und der Bankkarte durch die Beklagte liege schon darin begründet, dass der Erblasser aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen hilfsbedürftig und urteilsunfähig geworden sei und deshalb weder Instruktionen bezüglich seines Geldbedarfs habe geben, noch im Nachhinein Höhe/Frequenz der Bezüge kontrollieren können (act. 2 S. 30).

7.1 Soweit der Kläger pauschale Kritik am vorinstanzlichen Urteil übt (z.B.: "unhaltbare Annahmen und nicht nachvollziehbare Interpretationen / Schlüsse" [act. 2 S. 5 Mitte], "abwegige Spekulation" [act. 2 S. 8], "Voreingenommenheit der Vorinstanz" [act. 2 S. 16]), genügt dies den Begründungsanforderungen nicht; es ist darauf nicht weiter einzugehen.

7.2 Die Kläger rügt die vorinstanzliche Feststellung, dass von den fraglichen Geldbezügen ein Betrag von Fr. 24'000.– der Beklagten zuzugestehen sei. Der Beklagten sei gar nichts zugestanden, alle Bezüge hätten fremdnützig erfolgen müssen (act. 2 S. 5). Der Kläger übersieht, dass die Vorinstanz in diesem Kontext eine von ihm selbst gewählte Formulierung in seiner Klagebegründung aufgreift (act. 5/2 S. 17), in der er der Beklagten einen Betrag von Fr. 24'000.– als vermutungswise rechtmässig verwendet zugesteht. Es wird nicht abschliessend klar, was der Kläger mit dieser Kritik genau meint, und ist letztlich irrelevant, weil diese Fr. 24'000.– nicht eingeklagt wurden.

7.3 Der Kläger wiederholt im Berufungsverfahren seine Vorbringen, dass an keinem Tag sowohl Auszahlung am Bankschalter als auch Bancomatbezüge erfolgt seien (act. 2 S. 5 f.). Er zieht daraus den Schluss, dass ein und dieselbe Person

für diese Bezüge verantwortlich sein muss. Dieser "Schluss" ist indes nicht zwingend, ist vielmehr eine Mutmassung resp. eine mögliche Erklärung. Genau so plausibel wäre die Erklärung, dass ein paralleler, gleichentags erfolgter Geldbezug am Schalter durch eine Person sowie am Bancomat durch eine andere Person eben gerade nicht zu erwarten und das Tätigwerden einer zweiten Person entbehrlich ist, wenn bspw. der Erblasser selber den Bargeldbezug an jenem Tag erledigte. Entgegen dem Kläger ist es jedenfalls nicht so, dass die Beklagte eingestanden hätte, auch die Bancomatbezüge getätigt zu haben. Sie hat an besagter Stelle in der Duplik (act. 5/24 Rz. 36) geltend gemacht, sie habe dem Erblasser durch ihre *Bankschalterbezüge* den Gang zur Bank resp. Bancomat erspart. Mit diesem Vorbringen gelingt dem Kläger jedenfalls – mit der Vorinstanz – der Nachweis nicht, dass die Beklagte auch die fraglichen Bancomatbezüge getätigt hat. Gleiches gilt auch für seine Ausführungen zum Ort der Bancomatbezüge (act. 2 S. 6 f.). Auch damit kann der Kläger nicht den Nachweis erbringen, dass es die Beklagte war, die diese Bezüge getätigt hat.

7.4 Seine Vorbringen zum Gesundheitszustand des Erblassers und seinen daraus gezogenen Schluss, dem Erblasser sei es daher gar nicht mehr möglich gewesen, Geldbezüge zu tätigen, stützt der Kläger im Berufungsverfahren verschiedentlich auf prozessual nicht zu berücksichtigende Behauptungen und Belege (dazu vorstehend). Im Übrigen wiederholt er wesentlich seine Ausführungen vor Vorinstanz. Auch damit jedenfalls kann der Kläger nicht nachweisen, dass der Erblasser keine Geldbezüge hätte tätigen können und vor allem nicht, dass – selbst wenn dem so gewesen wäre – die Beklagte auch für die strittigen Bancomatbezüge verantwortlich war. Die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen sind zutreffend, worauf verwiesen werden kann (act. 4 S. 11 f.). Nur am Rande ist zu erwähnen, dass vom Kläger selbst angerufene und eingereichte Unterlagen aus der Zeitspanne der streitgegenständlichen Geldbezüge verschiedentlich eine (gemäss Art. 16 ZGB grundsätzlich vermutete) Urteilsfähigkeit des Erblassers als vorhanden erscheinen lassen – so eine Bestätigung der Urteilsfähigkeit durch die Hausärztin vom 4. Oktober 2019 (act. 5/3/18), ein (vor Ort beim Notar Zürich Altstadt) öffentlich beurkundeter Vorsorgeauftrag des Erblassers vom 7. November 2019 (act. 5/3/8) sowie ein ebenfalls öffentlich beurkundeter Darlehens-/Erbver-

trag zwischen dem Erblasser und der Beklagten vom 7. September 2020 (act. 5/3/27).

7.5 Selbst wenn dem Kläger der Nachweis gelingen würde, dass die Beklagte auch die Bancomatbezüge getätigt hatte, wäre für die bezogenen Gelder keine Rückerstattungspflicht der Beklagten erstellt, und zwar aus folgenden Gründen:

7.5.1 Im erstinstanzlichen Verfahren hat der Kläger zunächst geltend gemacht, die "Kontoplünderung" der bevollmächtigten Beklagten könne nicht als Schenkung qualifiziert werden. Bezüge zu eigenen Gunsten der Bevollmächtigten und zulasten des wirtschaftlich berechtigten Erblassers seien als ungerechtfertigte Bereicherung zu betrachten, die zur Rückzahlungspflicht führen würden. Eventualiter, für den Fall, dass die Beklagte ein Auftragsverhältnis geltend mache, verlangte der Kläger Rechenschaft über die Verwendung der bezogenen Gelder (act. 5/2 S. 20 f.). Dabei hat der Kläger in seiner Klagebegründung nicht ansatzweise Inhalt und Gegenstand eines solchen Auftragsverhältnisses aufgezeigt resp. behauptet (act. 5/2 S. 21). In seiner vorinstanzlichen Replik machte der Kläger dann explizit ein Auftragsverhältnis zwischen Erblasser und Beklagten geltend und stützte seine Rückerstattungsforderung auf eine Verletzung dieses Vertragsverhältnisses (act. 5/14 S. 18 ff. und so auch in seinem vorinstanzlichen Plädoyer, act. 5/36 S. 8 und 16). Auch in seinem zweiten vorinstanzlichen Parteivortrag hat der Kläger Inhalt und Gegenstand dieses angeblichen Auftragsverhältnisses nicht näher ausgeführt. Vielmehr beschränkte er sich darauf, Bestand eines Auftragsverhältnisses zwischen Erblasser und Beklagten pauschal zu behaupten und eine seiner Ansicht nach daraus sich ergebende Auskunftspflicht der Beklagten anzurufen. Vor dem Hintergrund einer solchen Auskunftspflicht leitet der Kläger ab, die "Beweislast für die auftragsgemäße Verwendung der bezogenen Gelder zugunsten des Erblassers" obliege der Beklagten (act. 5/14 S. 19). Die Beklagte habe die Verwendung der Bezüge zugunsten des Erblassers in keiner Weise substantiiert und noch weniger bewiesen, weshalb sie schadenersatzpflichtig sei (act. 5/14 S. 21). Die Beklagte hingegen hat im vorinstanzlichen Verfahren explizit bestritten, dass zwischen ihr und dem Erblasser

ein Auftragsverhältnis bestanden habe (so bspw. in act. 5/9 Rz. 15 ff.; act. 5/24 Rz. 37 ff.).

7.5.2 Vor dem Hintergrund dieser Parteistandpunkte hat die Vorinstanz zu Recht erwogen (act. 4 S. 13 f.), dass es am Kläger ist, die anspruchbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, hier also die tatsächlichen Grundlagen für den Bestand eines Auftragsverhältnisses über einen bestimmten Inhalt. Entgegen der Ansicht des Klägers würden an dieser Beweislastverteilung auch allfällig vorhandene Beweisschwierigkeiten ("Beweisnot") nichts ändern und insbesondere nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen (BGE 147 III 139 E. 3.1.2; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, 7. Aufl. 2022, Art. 8 N 71 m.w.H.). Selbst wenn der Kläger die anspruchbegründenden Tatsachen zumindest glaubhaft gemacht hätte, würde keine Beweislastumkehr stattfinden (BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, a.a.O., Art. 8 N 71a m.w.H.). Wie in den vorstehenden Erwägungen ausgeführt, hat der Kläger in seinen zwei Tatsachenvorträgen vor Aktenschluss aber überhaupt keine (substantiierten) Ausführungen zum Inhalt und Gegenstand des von ihm angerufenen Auftragsverhältnisses zwischen der Beklagten und dem Erblasser gemacht. Schon mangels eines schlüssigen Tatsachenvortrags vor Aktenschluss zu Bestand und Inhalt des behaupteten Vertragsverhältnisses ist – mit der Vorinstanz – ein solches nicht erstellt. Daran ändern auch die vom Kläger in seiner Berufungsschrift zusammengetragenen Äusserungen der Beklagten nichts, aus denen er einen "allgemeinen Auftrag für die Finanzierung des Alltagsbedarfs" des Erblassers ableitet (act. 2 S. 25 f.): Diesen "allgemeinen Auftrag für die Finanzierung des Alltagsbedarfs" behauptet der Kläger so explizit erstmals im Prozess und damit ohnehin verspätet. In den vom Kläger angeführten Aussagen der Beklagten hatte sie zusammengefasst eingeräumt, mit den gestützt auf die Bankvollmacht am Bankschalter bezogenen Gelder Besorgungen für den Erblasser getätigt, diese für die gemeinsame Lebensführung benötigt oder ihm schlicht das Geld übergeben zu haben. Eine Anerkennung eines Auftragsverhältnisses durch die Beklagte kann darin aber – entgegen dem Kläger – nicht erkannt werden. Die Beklagte hat diese Äusserungen vielmehr im Rahmen ihres konstanten Prozesstandpunkts getätigt, dass sie mit dem Erblasser ein lebensgemeinschaftliches Konkubinat geführt hatte, das den Regeln der einfachen Gesellschaft, nicht des Auftragsrechts, unterste-

he (vgl. bspw. act. 5/24 S. 3 ff. und S. 19 f.). Auch der Hinweis des Klägers auf die Vollmacht belegt kein Auftragsverhältnis (anders als umgekehrt: Art. 396 Abs. 2 OR; hierzu OGer ZH, NP200002-O vom 29. Januar 2020 E. 3.3). Es bleibt dabei, dass der Kläger weder in seinen beiden Tatsachenvorträgen vor Vorinstanz noch in zulässigen Noveneingaben eigene schlüssige Behauptungen zum Gegenstand und Inhalt des geltend gemachten Auftrags zwischen Beklagter und Erblasser vorgebracht hat. Damit fehlen die tatsächlichen Grundlagen für einen auftragsrechtlichen oder auch anderweitigen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten, den der Kläger zu haben glaubt. Wenn schon Inhalt und Gegenstand des Auftrags nicht erstellt sind, lässt sich auch nicht "die auftragsgemässe Verwendung der bezogenen Gelder" (act. 5/14 S. 19) durch die Beklagte zugunsten des Erblassers beurteilen, wofür der Kläger die Beweislast wiederum in unzulässiger Umkehr bei der Beklagten verortet. Auch bei nachgewiesenem Auftrag zwischen Erblasser und Beklagten wäre es am Kläger, eine haftungsbegründende Vertragsverletzung durch auftragswidrige Mittelverwendung zu belegen (an Stelle vieler BSK OR I-OSER/WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 398 N 32; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, a.a.O., Art. 8 N 46 m.w.H.).

7.5.3 Auch die vom Kläger im erstinstanzlichen Verfahren wie auch in seiner Berufungsschrift mehrfach angerufene Auskunfts- und Rechenschaftspflicht hilft ihm nicht weiter. Wenn er damit auf die auftragsrechtliche Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Beauftragten (Art. 400 OR) verweist, dann übersieht der Kläger, dass eine derartige auftragsrechtliche Nebenpflicht nicht dem Nachweis eines Auftragsverhältnisses dient, sondern ein solches vielmehr voraussetzt, und seine Grenzen im konkreten, zu beweisenden Vertragsinhalt findet (vgl. dazu BSK OR I-OSER/WEBER, a.a.O., Art. 400 N 1a m.w.H.). Auch beweisrechtliche Herausgabe-/Editionsbegehren (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO) setzen substantiierte Behauptungen der anspruchsbegründenden Tatsachen voraus (dazu BSK ZPO-SCHMID, 4. Aufl. 2024, Art. 160 N 23 m.w.H.). Das Beweisverfahren dient dazu, substantiierte Behauptungen zu beweisen. Es dient nicht dazu, unsubstantiierte Behauptungen zu vervollständigen (vgl. BGE 144 III 67 E. 2.1). Anträge auf Herausgabe von Unterlagen, die – wie sie der Kläger formuliert – erst die Begründung des Prozessstandpunkts einer Partei ermöglichen sollen, sind mit anderen Worten unzulässig

(vgl. BGer 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 10.7.1.; BSK ZPO-SCHMID, a.a.O., Art. 160 N 24 m.w.H.).

7.5.4 Gleich verhält es sich denn schliesslich auch mit dem vom Kläger behaupteten (act. 5/2 S. 7 und 17 sowie act. 5/14 S. 8 ff.) und von der Beklagten stets bestrittenen (vgl. insb. act. 5/9 Rz. 47 und act. 5/24 Rz. 53) "Missbrauch" der Vollmacht durch die Beklagte. Auch hierzu fehlen in den zwei klägerischen Tatsachenvorträgen substantiierte Darlegungen dazu, worin denn genau der Missbrauch durch die Beklagte begründet sein soll. Die Vorinstanz hat sodann zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beklagte dieses Vorbringen substantiiert/qualifiziert bestritten habe, indem sie konkrete Angaben dazu gemacht habe, wie sie mit den am Schalter bezogenen Gelder verfahren sei (act. 4 S. 16). Ob die Beklagte angesichts der eher vagen Missbrauchsbehauptungen durch den Kläger überhaupt eine solch qualifizierte Bestreitungslast trifft, erscheint fraglich, braucht hier aber nicht näher erörtert werden. Letztlich hätte sich auch die Frage eines Missbrauchs, verstanden als abrede-/weisungswidrigen Gebrauch der eingeräumten Vollmacht (vgl. BSK OR I-WATTER, 7. Aufl. 2020, Art. 33 N 13 m.w.H.), am Umfang der erteilten Vollmacht messen lassen müssen. Die Bevollmächtigung als solche (also der Akt der Einräumung einer Vollmacht) ist zwar abstrakt zu einem allfälligen Grundgeschäft. Der Umfang einer solchen rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht bestimmt sich aber in erster Linie auf Grund des Verhältnisses zwischen Vollmachtgeber/Vertretenem (Erblasser) und Vollmachtnehmerin/Vertreterin (Beklagte), sei dies aufgrund der Vollmacht allein, sei dies als Auswirkung des Grundverhältnisses (Art. 32 Abs. 2 OR; hierzu ZK OR-KLEIN, 3. Aufl. 2020, Art. 32 N 37 m.w.H.). Der vom Kläger angerufene Missbrauch liesse sich mit anderen Worten wiederum nur an Gegenstand und Inhalt des geltend gemachten Auftragsverhältnisses beurteilen. Wie erwähnt, fehlt es diesbezüglich an substantiierten Vorbringen. Entsprechend lässt sich auch kein Missbrauch, verstanden als Abweichung vom Vereinbarten, beurteilen. Wenn der Kläger auch in diesem Kontext auf eine Auskunft- und Rechenschaftspflicht der Beklagten zum Beweis des Missbrauchs verweist, gilt das vorstehend Ausgeführte.

7.5.5 Damit entfällt der vom Kläger behauptete Rechtsgrund für seine Rückforderung, ohne dass es eines Beweisverfahrens bedurft hätte (vgl. BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, a.a.O., Art. 8 N 31). Dass die Beklagte aus einem andern Grund (als aus auftragsrechtlicher Haftung resp. Vollmachtsmissbrauch) zur Rückzahlung verpflichtet wäre, machte der Kläger nicht geltend und ergäbe sich auch nicht aus den im Prozess eingeführten Tatsachen (vgl. dazu BGE 149 III 268 E. 4.2).

7.5.6 Zusammengefasst fehlt es an substantiierten Behauptungen des Klägers zum angerufenen Auftragsverhältnis und zum Vollmachtsmissbrauch, was sich zulasten des Klägers auswirken muss, welcher die Grundlagen seines Anspruchs dartun muss. Genau genommen scheidet die Klage nicht daran, dass der Kläger die Folgen der Beweislosigkeit seiner Behauptungen zu tragen hat, sondern vielmehr daran, dass er seiner Behauptungs- und Substantiierungslast, verstanden als Obliegenheit der Parteien, die Tatsachen, auf die sie ihre Rechtsbegehren stützen, in den Prozess einzubringen (BK ZGB-WALTER, 2012, Art. 8 N 14 und 15), nicht hinreichend nachgekommen ist. Diese Last besteht grundsätzlich unabhängig davon, was die Prozessgegenseite – vorliegend die Beklagte – vorbringt und unabhängig davon, ob dies glaubhaft oder gar bewiesen ist. Ob die – allerdings weitgehend bestrittenen – Behauptungen einen Rückforderungsanspruch aus anderem (Rechts-)Grund zu bilden vermöchten, muss offen bleiben, weil ein solcher, wie gesehen nicht geltend gemacht worden ist.

8. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet soweit sie sich überhaupt hinreichend mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzt. Es bleibt beim vorinstanzlichen Entscheid; der Kläger hat nicht dargetan, inwieweit dieser unzutreffend sein soll. Die Berufung ist abzuweisen soweit darauf einzutreten ist, und der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen.

III.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind bei einem Streitwert von Fr. 120'300.– auf Fr. 8'500.– festzusetzen und aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Kläger nicht,

weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr für das Rechtsmittelverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen (II. Abteilung) vom 29. Oktober 2024 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss von Fr. 8'500.– verrechnet.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage je eines Doppels von act. 2, act. 3/A, act. 3/1-8, act. 15 und act. 16/1-13 sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 120'300.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw L. Altermatt

versandt am: