

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160003-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 24. Oktober 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 30. November 2015 (FV130222-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 28 S. 1)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger zu bezahlen
 - CHF 26'932.00 nebst 5% Zins seit 2. Juli 2013 sowie
 - CHF 103.00 Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 4. Juli 2013.
2. Der Rechtsvorschlag der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 sei zu beseitigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht,
vom 30. November 2015:**

1. Die Klage wird im Umfang von Fr. 26'742.– abgewiesen.
2. Der Beklagte wird in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger Fr. 190.– nebst 5 % Zins seit 2. Juli 2013 zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 4. Juli 2013) aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'940.– die Barauslagen betragen:
Fr. 200.– Kosten betreffend die Zeugeneinvernahme

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen verrechnet. Ein allfälliger Fehlbetrag wird vom Kläger nachgefordert.
5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 6'217.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen. Zudem hat er dem Beklagten den von ihm geleisteten Vorschuss betreffend die Kosten der Beweiserhebungen im Umfang von Fr. 200.– zu ersetzen.

Den die Zeugenentschädigung übersteigende Teil des Kostenvorschusses von Fr. 200.– wird dem Beklagten zurückerstattet.

6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 69):

1. In Korrektur des angefochtenen Urteils sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 26'932.00 nebst 5 % Zins seit 2. Juli 2013 sowie CHF 103.00 Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 7. Juli 2013 zu bezahlen.
2. In Korrektur des angefochtenen Urteils sei der Rechtsvorschlag der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 zu beseitigen.
3. In Korrektur des angefochtenen Urteils seien die erstinstanzlichen Verfahrenskosten dem Beklagten aufzuerlegen und dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Beklagten aufzuerlegen und der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für beide Instanzen eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 78):

Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

1. Am 11. November 2013 reichte der Kläger eine Klage über den Betrag von Fr. 26'932.– bei der Vorinstanz ein. Begründet wurde die Forderung damit, dass

der Beklagte im Juni 2013 im Lokal C._____ in Zürich Getränke und Dienstleistungen in dieser Höhe bezogen habe (Urk. 1 und 2). Für das erstinstanzliche Verfahren, in dessen Verlauf Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ für den Beklagten als Vertreter im Sinne von Art. 69 ZPO bestellt wurde, ist auf den angefochtenen Entscheidung zu verweisen. Am 30. November 2015 erging das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 70).

2. Am 25. Januar 2016 erhob der Kläger Berufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 69). Der mit Verfügung vom 1. Februar 2016 auferlegte Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (Urk. 72, 73). Mit Verfügung vom 25. Februar 2016 wurde dem Beklagten - zugestellt an Rechtsanwalt Y._____ - Frist für die Berufungsantwort angesetzt (Urk. 74). Nach einer Eingabe von Rechtsanwalt Y._____ betreffend das Vertretungsverhältnis (Urk. 76) wurde mit Beschluss der Kammer vom 1. April 2016 Rechtsanwalt Y._____ wiederum als Vertreter des Beklagten im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO bestellt und (nochmals) Frist für die Berufungsantwort angesetzt (Urk. 77). Die Berufungsantwort datiert vom 3. Mai 2016 und wurde mit Verfügung vom 11. Mai 2016 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 80). Am 20. Mai 2016 reichte der Kläger eine Replik ein (Urk. 82). Diese wurde mit Verfügung vom 23. Mai 2016 dem Beklagten zugestellt. Gleichzeitig wurde den Parteien das rechtliche Gehör zum von der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich am 18. Mai 2016 beantragten Aktenbeizug im Sinne von § 194 StPO gewährt (Urk. 81, 83). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Die Streitigkeit untersteht dem vereinfachten Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO).

II.

1.1 Die Vorinstanz wies die Forderungsklage - abgesehen vom anerkannten Minimalbetrag - im Wesentlichen mit folgenden Erwägungen ab: Nach unbestrittener Sachdarstellung habe sich der Beklagte am Abend des 14. Juni 2013 bis ca. 2.30 Uhr am 15. Juni 2013 im Lokal C._____ aufgehalten und dort Getränke konsumiert. Da er kein Bargeld auf sich getragen habe, habe er eine Schuldanerken-

nung zunächst ohne Betrag (vor)formuliert. Zum Beleg seiner Zahlungsfähigkeit habe der Beklagte dem Kläger einen Vorsorgeausweis seiner Pensionskasse übergeben, dem zu entnehmen sei, dass der Beklagte per 1. Juli 2013 eine Kapitaleistung von Fr. 325'735.30 erhalten würde. Vor dem Verlassen des Lokals habe der Beklagte eine neue Schuldanererkennung mit einem Rechnungsbetrag von Fr. 26'932.– mit Zahlungsfrist bis 2. Juli 2013 unterschrieben. Dieser Betrag sei in der Folge nie bezahlt worden. Der Beklagte stelle sich auf den Standpunkt, dass er im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanererkennung nicht mehr urteilsfähig und damit handlungsfähig gewesen sei, da ihm vom Personal KO-Tropfen verabreicht worden seien. Somit habe der Beklagte zu beweisen, dass er im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanererkennung unter dem Einfluss von KO-Tropfen oder einer anderen sedierenden Substanz gestanden bzw. nicht urteilsfähig gewesen sei (Urk. 70 S. 7 ff.).

Der als Zeuge einvernommene Arzt des Beklagten, Dr. med. D._____, habe in der Zeugeneinvernahme vom 1. September 2015 folgende Aussagen gemacht: Er kenne den Beklagten seit dem 19. Juli 2013 als Patienten und habe ihn im Zeitraum zwischen dem 19. Juli 2013 und dem 6. Dezember 2013 in 14-tägigen Abständen aufgrund des Vorfalls vom 14./15. Juni 2013 behandelt. Im März 2015 habe eine Nachkontrolle stattgefunden. Zum unmittelbaren Zustand des Beklagten im fraglichen Zeitpunkt könne er nur aufgrund dessen Aussagen sowie derjenigen seiner Frau sagen, dass er es als glaubwürdig erachte, dass der Beklagte im C._____
intoxikiert worden sei. Der Beklagte habe die klassischen Symptome einer posttraumatischen Belastungsstörung aufgewiesen; er habe unter massiven Schlafstörungen, Albträumen, Aufwachen in der Nacht und tagsüber unter Konzentrationsstörungen gelitten. Es sei bekannt, dass dies mit einer Latenz von einer Woche bis zu einem Monat auftrete. KO-Tropfen, unbemerkt in Getränke geschüttet, könnten die Opfer leicht manipulierbar und schliesslich bewusstlos machen. Bereits 15 Minuten nach der Einnahme mache sich eine Euphorie breit, die schliesslich in Müdigkeit übergehe. Nach dem Aufwachen könnten sich die Opfer an nichts mehr erinnern. Er, der Zeuge, erachte es als glaubwürdig, dass der Beklagte intoxikiert worden sei, da dieser keine vorbestehenden psychiatrischen Krankheiten aufgewiesen, es sich um ein einmaliges Ereignis gehandelt und sich

der Beklagte offensichtlich sehr verändert habe. Ob der Beklagte diese Tropfen eingenommen habe, könne er aber nicht beweisen. Seine [des Zeugen] Schilderung im ärztlichen Bericht, wonach eine Intoxikation zwischenzeitlich durch eine Haaranalyse erhärtet worden sei, hätten auf Aussagen des Beklagten beruht. Offenbar habe aufgrund eines Laborfehlers ein solcher Nachweis nicht erbracht werden können. Auf entsprechende Frage, so die Vorinstanz, habe der Zeuge erklärt, dass der Beklagte nur im Falle des Erlebens eines sonstigen tragischen Ereignisses in denselben Zustand hätte gelangen können. Es sei theoretisch möglich, dass der Beklagte diese Geschichte erfunden habe, aber der Beklagte habe absolut glaubwürdig auf ihn gewirkt (Urk. 70 S. 11 f.).

1.2 Im Rahmen der Beweiswürdigung schloss die Vorinstanz, dass die vom Kläger angerufenen Zeugen, insbesondere Mitarbeiterinnen/Tänzerinnen und Gäste des C._____, wohl zum Verlauf des Abends bzw. zum Verhalten des Beklagten Auskunft geben könnten, aber nicht zum Innenleben des Beklagten. Mit Ausnahme des Zeugen Dr. med. D._____ seien den weiteren von den Parteien angeführten Beweismitteln in Bezug auf die Frage der Urteils(un)fähigkeit des Beklagten keine sachdienlichen Hinweise zu entnehmen (Urk. 70 S. 6, 15).

Betreffend Dr. med. D._____ sei festzuhalten, dass er als Zeuge glaubwürdig sei. Er habe sachlich die beim Beklagten festgestellten Symptome erläutert und habe sie in einen plausiblen Zusammenhang mit dem möglichen Intoxikationsereignis gestellt. Insbesondere habe er ausgeführt, dass der Beklagte die klassischen Symptome einer posttraumatischen Belastungsstörung aufgewiesen und der Beklagte an keinen vorbestehenden psychiatrischen Krankheiten gelitten habe. Beim Beklagten handle es sich um einen Mann, der sonst nicht zum Psychiater gehen würde. Zu den Wirkungen der KO-Tropfen habe der Zeuge erklärt, dass nach deren Verabreichung das Opfer leicht manipulierbar sei. Diese vom Zeugen geschilderten Umstände stützten die Sachverhaltsdarstellung des Beklagten. Gestützt auf die klaren und überzeugenden Aussagen des Zeugen, so die Vorinstanz, sei mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkenntnisse unter dem Einfluss von KO-Tropfen oder einer anderen sedierenden Substanz gestanden habe

und somit nicht urteilsfähig gewesen sei. Demzufolge seien alle vom Beklagten abgeschlossenen Verträge bzw. unterzeichneten Schuldanererkennungen nach der Einnahme der sedierenden Substanz nichtig. Nicht bestritten werde vom Beklagten die Konsumation eines Champagners im Wert von Fr. 190.–. In diesem Umfang sei die Klage gutzuheissen, im Übrigen sei die Forderung im Umfang von Fr. 26'742.– abzuweisen (Urk. 70 S. 15 f.).

2.1 Der Kläger macht in der Berufung geltend, das Urteil der Vorinstanz basiere auf einer falschen Beweiswürdigung und falscher Rechtsanwendung. Die Behauptung, der Beklagte sei bei Unterzeichnung der Schuldanerkennung unzurechnungsfähig gewesen, sei unbewiesen geblieben. Im Gegenteil habe die Zeugenbefragung den Standpunkt des Klägers bewiesen, dass auf die psychiatrischen Befunde im Bericht vom 20. September 2013 von Dr. med D._____ nicht abgestellt werden könne, da sie aktenwidrig und auf unwahren Schilderungen des Beklagten basierten (Urk. 69 S. 19 f.).

Weiter rügt der Kläger die vorinstanzliche Auffassung, die anderen Zeugen könnten nichts zum Innenleben aussagen. Die Darstellung des Beklagten, wie er sich nach dem angeblichen Verabreichen der Flüssigkeit verhalten habe, lasse keinen Platz für Hypothesen des Gerichts, das äussere Verhalten spiele keine Rolle. Selbstverständlich spiele es eine Rolle, ob die Sachdarstellungen des Beklagten zur Wirkung der angeblich verabreichten KO-Tropfen zuträfen. Wenn der Beklagte ein anderes äusseres Verhalten beschreibe, als es sich tatsächlich abgespielt habe, so sei die Darstellung des Beklagten über die Wirkung der angeblich verabreichten Flüssigkeit falsch und damit auch die Behauptung, nicht urteilsfähig gewesen zu sein. Wenn die angerufenen Zeugen bezeugen würden, dass der Beklagte nie apathisch auf dem Sofa gelegen, eingeschlafen oder bewusstlos gewesen sei, dann ergebe sich nicht nur, dass seine Verhaltensweise nicht mehr zu den vom Zeugen D._____ beschriebenen Symptomen passe, sondern auch, dass der Beklagte gegenüber der Polizei, der Presse, dem Gericht und seinem Arzt die Unwahrheit gesagt habe (Urk. 69 S. 23).

2.2 Nach Auffassung des Beklagten stellt die nachträglich ergänzte Blankoschuldanererkennung keine Schuldanererkennung dar, weil der Schuldner den Betrag nicht durch seine Unterschrift anerkannt habe (Urk. 78 S. 5).

2.3 Der Kläger stützt seine Forderung auf die Schuldanererkennung, welche er sich von der E. _____ AG am 14. September 2014 hat abtreten lassen (Urk. 29/7). Die Schuldanererkennung bzw. das Schuldbekenntnis ist die Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe. (BSK OR I-Schwenzer, Art. 17 N 2). Gemäss Art. 17 OR ist ein Schuldbekenntnis auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes gültig. Vom abstrakten ist somit das kausale Schuldbekenntnis zu unterscheiden, welches den Verpflichtungsgrund selbst nennt. In materieller Hinsicht begründet das Schuldbekenntnis somit im Umfang der anerkannten Höhe eine mit der ursprünglichen Forderung inhaltlich gleiche Verpflichtung. Demnach kann der Gläubiger das Schuldbekenntnis als Klagegrund benutzen und genügt seiner Behauptungslast, indem er die Anerkennung behauptet (Gauch/Schluemp/Schmid, OR AT Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 1181). Wer im Übrigen bei einer Schuldanererkennung den entsprechenden Betrag nicht festhält, schafft dadurch das Risiko, dass die Blanketturkunde nicht im Sinne des Ausstellers ergänzt wird (Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012, N 664)

2.4 Die Parteien stimmen überein, dass der Beklagte zu Beginn des Abends (die zeitlichen Angaben divergieren) ein Zahlungsverprechen abgab, das weder die Summe noch den Zins bezifferte und nicht unterzeichnet war (Urk. 69 S. 4; Urk. 78 S. 3). Als Rechtsgrund der Schuld werden die Konsumationen im C. _____ genannt (Urk. 29/2). Ebenso ist unbestritten, dass nicht der Beklagte Stunden später den Betrag über Fr. 26'932.– einsetzte, sondern der Kläger (Prot. I S.13), der Beklagte die Urkunde indessen unterzeichnete (Urk. 34 S. 2). Der Beklagte anerkennt weiter, dass er am Schluss des Abends den Betrag zusammen mit der Telefonnummer auf ein C5-Couvert schrieb und dieses ebenfalls unterzeichnete (Prot. I S. 9, Urk. 29/4). Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Beklagte anerkannte, dem Kläger bzw. seiner Rechtsvorgängerin den Betrag von Fr. 26'932.– zu schulden (Urk. 70 S. 7).

3.1 Der Begriff der Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB enthält zwei Elemente: einerseits eine intellektuelle Komponente, nämlich die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen, andererseits ein Willens- bzw. Charakterelement, nämlich die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln. Die Urteilsfähigkeit ist nicht abstrakt festzustellen, sondern in Bezug auf eine bestimmte Handlung je nach deren Schwierigkeit und Tragweite zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beurteilen (BGE 134 II 235 E. 4.3.2). Ein strikter Beweis ist nach der Natur der Sache diesbezüglich ausgeschlossen. Die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen können nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden. Zum Nachweis der Urteilsunfähigkeit wird deshalb kein strenger Beweis im Rahmen des Regelbeweismasses gefordert, sondern das Beweismass auf die sehr hohe Wahrscheinlichkeit (BGE 124 III 5 E. 1b) oder überwiegende Wahrscheinlichkeit (BGer 5A_12/2009 vom 25. März 2009, E. 3.1) herabgesetzt.

3.2 Ein Beweisverfahren hat grundsätzlich stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht Beweismittel angeboten hat. Keine streitigen Tatsachen liegen vor, wenn sich die Parteien im Prozess auf Urkunden berufen, deren Inhalt unbestritten ist. Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dort, wo das Gericht prozesskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen mit dem Endentscheid zu liefern (*OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5, zur Publikation bestimmt*). Grundsätzlich sind (unter dem Vorbehalt einer zulässigen antizipierten Beweismittelwürdigung) alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (BGer 4A_145/2015 vom 6. Juli 2015, E. 5.4.2).

3.3 Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZPO sind Zeugen über Tatsachen zu befragen, die sie selber unmittelbar wahrgenommen haben. In diesem Sinne macht der Zeuge Aussagen über eigene in der Vergangenheit liegende Sinneswahrnehmungen. Demgegenüber gibt der Sachverständige gestützt auf seine Fachkenntnisse über

allgemeine und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft. Im Gegensatz zum Zeugen ist der Sachverständige ersetzbar und auswechselbar. Er wird daher vom Gericht ernannt; demgegenüber wird der Zeuge von den Parteien bezeichnet und kann daher auch nicht ersetzt werden (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 11 und Art. 175 N 4 f.). Eine Art Mittelstellung zwischen dem Zeugen im engeren Sinn und dem beauftragten Gutachter nimmt der sachverständige Zeuge ein (vgl. Art. 175 ZPO).

3.4 Die Vorinstanz stellte für die Frage der Urteilsunfähigkeit auf den Arzt des Beklagten und somit auf einen sachkundigen Zeugen ab (Urk. 70 S. 14; oben Ziff. II.1). Der Kläger hält - wie vor Vorinstanz - daran fest, dass der Zeuge die Behauptungen des Beklagten ohnehin nicht gestützt habe. Der Zeuge habe nämlich selber gesagt, nichts zum Beweis der zentralen Frage beitragen zu können. Diese Einschätzung sei überzeugend, da der Arzt des Weiteren auch erklärt habe, dass es theoretisch möglich sei, dass der Beklagte die Geschichte erfunden habe (Urk. 69 S. 18 f.).

Der Beklagte konsultierte Dr. med. D. _____ rund fünf Wochen nach dem fraglichen Ereignis. Abgesehen von der Terminabsprache ca. zwei Wochen nach dem Vorfall (Urk. 55 S. 2) gab es keine früheren Kontakte. Wie der Zeuge selbst ausführte, basieren seine Aussagen zum unmittelbaren Zustand weitgehend auf den Angaben des Beklagten und dessen Frau. Der Beklagte habe die klassischen Symptome einer posttraumatischen Belastungsstörung aufgewiesen wie Schlafstörungen, Alpträume und Konzentrationsschwierigkeiten, was sich mit seinen Erfahrungen und seinem Wissen über sedierende Substanzen decke. Insbesondere sei bekannt, dass dies mit einer Latenz von einer Woche bis zu einem Monat auftrete (Urk. 55 S. 3). Insofern ist dem Kläger zu folgen, der kritisiert, entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe der Zeuge nichts aus eigener objektiver Beobachtung festgestellt, sondern die Diagnose beruhe einzig und alleine auf Schilderungen seines Patienten und damit auf Parteibehauptungen (Urk. 69 S. 24). Demnach basiert die retrospektiv vorgenommene Einschätzung des geistigen Zustands im Wesentlichen auf den Angaben des Beklagten, was indessen nicht ausschliesst, dass es sich so zugetragen hat. Immerhin erstattete der Beklagte

am Folgetag Anzeige bei der Polizei (Urk. 29/8) und die Kernaussagen zum Handlungsablauf in den verschiedenen Schilderungen blieben immer gleich: Aufsuchen des C._____ und Bestellen eines Whisky / Bestellen einer Flasche Champagner für Fr. 190.– für die aufdringlich werdenden Tänzerinnen, um "Ruhe zu haben" / Vorweisen des Leistungsausweises der Pensionskasse gegenüber dem Kläger für die Kreditwürdigkeit mangels Bargeld / Zwang durch Tänzerinnen, eine dunkle Flüssigkeit einzunehmen / "Filmriss" (Polizeirapport: Urk. 29/8; Tages-Anzeiger: Urk. 29/9; Klageantwort: Urk. 30).

3.5 Die Beweiswürdigung ist willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 137 III 226 E. 4.2). Allerdings verpflichtet der aus Art. 152 Abs. 1 ZPO fließende Beweisführungsanspruch das Gericht nicht, allen Beweisanträgen stattzugeben; er schliesst die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus (BGer 4A_452/2013 vom 31. März 2014, E. 3.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlaubt die antizipierte Beweiswürdigung dem Gericht, weitere Beweismittel abzulehnen, wenn es in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 136 I 229 E. 5.3, m.w.H.). Indes darf der Gegenbeweis in antizipierter Beweiswürdigung nur abgelehnt werden, wenn die vom Gericht als unumstösslich bezeichnete Meinung auf sachlich vertretbare und nachvollziehbare Gründe abgestützt werden kann (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 121). Unzulässig ist es ferner, nach der Einvernahme der von einer Partei beantragten Zeugen in antizipierter Beweiswürdigung von der Befragung der von der anderen Partei offerierten Zeugen abzusehen. Dadurch wird das Gebot der Fairness im Verfahren verletzt (Hasenböhler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 157 N 47).

3.6 Gemäss dem Informationsblatt des Bundesamts für Gesundheit, welches auch der Zeuge zitierte (Urk. 55 S. 4), machen KO-Tropfen, unbemerkt in Getränke geschüttet, die Opfer leicht manipulierbar und schliesslich bewusstlos (online-

Broschüre BAG, KO-Tropfen). Auch beim Medikament Dormicum, einem hochpotenten Schlaf- und Beruhigungsmittel, tritt je nach Dosierung nach ca. 20 Minuten ein Bewusstseinsverlust ein (Urk. 55 S. 8). Die zentrale Behauptung des Klägers, der Beklagte habe grosse Freude an der Feier gezeigt, sei zu nichts gezwungen worden und habe stets gewusst, was er tat und wie viel er zu welchen Konditionen bestellt hatte (Urk. 28 S. 5), steht der Behauptung des Beklagten gegenüber, wonach er nach Verabreichen des braunen Getränks einen "Filmriss" erlitten und erst Stunden später auf dem Sofa aufgewacht (Urk. 30 S. 3) bzw. bewusstlos gewesen und erst Stunden später wieder aufgewacht sei (Urk. 55 S. 6). Die Vorinstanz hielt dafür, die vom Kläger genannten Zeugen könnten wohl zum äusseren Geschehensablauf bzw. zum Auftreten des Beklagten Aussagen machen, nicht aber zur Frage des inneren Zustands, der Urteilsfähigkeit des Beklagten, an sich (Urk. 70 S. 6). Selbst wenn der Beklagte ausgelassen gefeiert haben und nicht nur auf dem Sofa gelegen sein sollte, könnte dies unter der Wirkung von KO-Tropfen oder einer anderen sedierenden Substanz stattgefunden haben (Urk. 70 S. 14). Dem hält der Kläger entgegen, diese Auffassung widerspreche den Parteivorbringen und verletze sein rechtliches Gehör. Im Rahmen der Strafanzeige habe der Beklagte gesagt, dass er nach dem Trinken der Flüssigkeit apathisch geworden und nur noch auf dem Sofa gelegen habe, gegenüber dem Tages-Anzeiger und dem Gericht habe er behauptet, irgendwann aufgewacht zu sein, was voraussetze, dass er irgendwann eingeschlafen sei, und gegenüber dem Arzt habe er ausgeführt, nach dem Besuch einer Szene-Bar bewusstlos gewesen und um 3 Uhr nachts aufgewacht zu sein (Urk. 69 S. 22). Selbstverständlich spiele es eine Rolle, ob die Sachdarstellungen des Beklagten zur Wirkung der angeblich verabreichten KO-Tropfen zuträfen (Urk. 69 S. 21 ff.).

3.7 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich aus Art 8. ZGB nicht nur das Recht zum Beweis, sondern auch das Recht zum Gegenbeweis. Der Gegner der beweisbelasteten Partei hat einen Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wachhalten und diesen dadurch vereiteln sollen (BGE 120 II 393 E. 4b). In der Beweisverfügung vom 11. März 2015 wies die Vorinstanz dem Kläger den Gegenbeweis zu

(Urk. 34 S. 4). Gleichwohl schloss sie nach der Einvernahme des Zeugen D._____, dass die zusätzlich offerierten Beweise bzw. Gegenbeweise zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit nichts beitragen könnten (Urk. 70 S. 6, 14). Vor dem Hintergrund, dass Dr. med. D._____ weitgehend auf die Angaben des Beklagten abzustellen hatte, mithin bezüglich des Vorfalls vom 14. Juni 2013 ein vom Gesetz verpönter Zeuge vom Hörensagen ist (vgl. Art. 169 ZPO), und es sich bei ihm nicht um einen unabhängigen gerichtlichen Sachverständigen handelt, ist dem Gehörsanspruch des Klägers jedenfalls nur Genüge getan, wenn eine abschließende Beweiswürdigung erst erfolgt, nachdem auch die zum Gegenbeweis angerufenen Zeugen, soweit sie prozesskonform beantragt wurden, als Zeuge einvernommen sind. Demzufolge ist das Beweisverfahren zu ergänzen. Auch die übrigen in der Beweisverfügung vom 11. März 2015 (Urk. 34) aufgeführten Beweismittel werden abzunehmen sein. Gestützt auf eine antizipierte Beweiswürdigung darf im Sinne des Gesagten nur ausnahmsweise auf eine Beweisabnahme verzichtet werden. Alsdann wird eine umfassende Beweiswürdigung vorzunehmen sein, in die das Ergebnis aller abgenommenen Beweise einzubeziehen sein wird.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt in einem wesentlichen Teil unvollständig feststellte (Art 310 lit. b ZPO), indem sie von den Parteien form- und fristgerecht angebotene (Gegen)Beweismittel nicht abgenommen hat. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 318 N 35 m.w.H.). Es rechtfertigt sich mithin, eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Das Urteil der Vorinstanz ist deshalb aufzuheben und zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

1. Zfolge der Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen. Der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist jedoch dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der §§ 2 Abs. 1 i.V.m. 4 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 3'700.– festzusetzen.

2. Weiter ist vorzumerken, dass der Beklagte im Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 3'700.– geleistet hat (Urk. 73).

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 30. November 2015 wird aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 3'700.– festgesetzt.

Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte für das vorliegende Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 3'700.– geleistet hat.

3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 26'742.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am: