

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB100080-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

## Beschluss und Urteil vom 20. Dezember 2011

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH X. \_\_\_\_\_,

gegen

1. **B. \_\_\_\_\_,**

2. **C. \_\_\_\_\_,**

Beklagte und Appellaten

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Oktober  
2010; Proz. CG090033**

**Rechtsbegehren:**  
**(act. 1 S. 2)**

- " 1. Es seien die Beklagten solidarisch oder je als Teilschuldner zu verpflichten, der Klägerin die folgenden Teilforderungen zu bezahlen:
- a) SFr. 174'000.00 Darlehensforderung zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Oktober 1999
  - b) SFr. 3'911.22 rückständige Baurechtszinsen und Nebenkosten, Wert 30.6.1988.
2. Unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Oktober 2010 (act. 45):**

- 1. Die Klage wird abgewiesen.
- 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 11'800.–.
- 3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
- 4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Prozessentschädigung von Fr. 20'300.– (MWSt inbegriffen) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

**Berufungsanträge:**

**der Klägerin und Appellantin (act. 55 S. 2):**

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Oktober 2010 (G.-Nr. CG090033) **[Beilage1]** aufzuheben;"
2. Es sei die vor Vorinstanz anhängig gemachte Klage zu schützen d.h. es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin SFr. 174'000.00 zuzüglich Verzugszins zu 5% seit 14. Oktober 2005 zu bezahlen;
3. unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten Beklagte und Appellaten."

der Beklagten und Appellaten (act. 61 S. 2):

Es seien Berufung und Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Klägerin/Appellantin.

In prozessrechtlicher Hinsicht beantragen wir Ihnen, für Replik und Duplik das schriftliche Verfahren anzuordnen (§268 Abs. 1 ZPO).

**Erwägungen:**

1. Sachverhalt

1.1. Hinzuweisen ist vorab auf die folgenden Protagonisten:

1.1.1. Die *Klägerin* ist eine in Z.\_\_\_\_\_ domizilierte und im Jahre 1983 gegründete Aktiengesellschaft. Sie befasst sich namentlich mit "Bauerstellungen und Durchführung von Generalunternehmeraufträgen" (act. 79). Unter anderem erstellte sie in den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts als Generalunternehmerin das Wohn- und Geschäftshaus D.\_\_\_\_\_ -Strasse ... / E.\_\_\_\_\_ -strasse ... in W.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 32 S. 2). Die Eigentümer der Klägerin sind identisch mit jenen der F.\_\_\_\_\_ (vgl. unten Ziff. 1.1.2.; act. 23 S. 7, act. 31 S. 3 f.).

1.1.2. Die F.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden "F.\_\_\_\_\_") wurde im Jahre 1989 gegründet und ist in M.\_\_\_\_\_ domiziliert. Sie befasst sich insbesondere mit der Verwaltung und dem Bau von Liegenschaften. So befasste sie sich insbesondere auch mit der Verwaltung und Verkauf der oben erwähnten von der Klägerin in W.\_\_\_\_\_ erstellten Überbauung. Die Eigentümer der F.\_\_\_\_\_ sind identisch mit jenen der Klägerin (act. 23 S. 7, act. 31 S. 3 f.).

1.1.3. Die G.\_\_\_\_\_ -*Genossenschaft* (im Folgenden G.\_\_\_\_\_ ) war eine Genossenschaft schweizerischen Rechts, die im Jahre 1978 gegründet wurde und zunächst in M.\_\_\_\_\_ und ab 1992 in W.\_\_\_\_\_ domiziliert war (act. 81). Am 10. Dezember 1998 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde am 16. November 2000 als geschlossen erklärt, worauf die Genossenschaft von Amtes wegen gelöscht wurde. Die G.\_\_\_\_\_ liess in den Neunzigerjahren durch die Klägerin die erwähnte Überbauung in W.\_\_\_\_\_ erstellen. Die

Überbauung liess sie alsdann durch die F.\_\_\_\_\_ verwalten; ebenso liess sie Stockwerkeinheiten durch die F.\_\_\_\_\_ verkaufen.

1.1.4. In die hier zu beurteilenden Vorgänge ist H.\_\_\_\_\_ zentral involviert.

1.1.4.1. H.\_\_\_\_\_ wurde am tt.mm.1925 geboren. Er ist mit M.\_\_\_\_\_ geb. /\_\_\_\_\_ verheiratet. Unterm 19. April 2002 wurde er von der Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich im Zusammenhang mit der Erstellung und dem Verkauf von Stockwerkeinheiten der Überbauung D.\_\_\_\_\_ -Strasse / E.\_\_\_\_\_ -strasse in W.\_\_\_\_\_ des mehrfachen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB angeklagt (act. 32). Mit Urteil vom 30. April 2003 wurde H.\_\_\_\_\_ indessen vom Bezirksgericht Zürich von der Betrugsanklage freigesprochen, weil sein Verhalten nicht als arglistig eingestuft wurde. Sorgfältiges Lesen der Verträge und "Kontrolle desselben durch eine in Immobiliengeschäften versierte Person", so das Strafgericht, hätten die Geschädigten dazu führen können, die bestehenden Unklarheiten aufzudecken. Allerdings wurden H.\_\_\_\_\_ die Kosten des Strafverfahrens auferlegt, weil er bei den Vertragsabschlüssen eine täuschende Verhaltensweise an den Tag gelegt habe (vgl. act. 56/10, insbesondere S. 19 und 20).

1.1.4.2. H.\_\_\_\_\_ war in den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts bis zur Konkurseröffnung *Aktuar und Kassier der G.\_\_\_\_\_*. Gemäss Handelsregisterauszug stand ihm die Kollektivunterschrift zu zweien zu (act. 81). Gemäss Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich wurde H.\_\_\_\_\_ indessen am 24. November 1992 "durch Vollmacht mit Substitutionsbefugnis" die Einzelzeichnungsberechtigung erteilt (act. 32 S. 2).

1.1.4.3. Bezüglich der F.\_\_\_\_\_ ist im Handelsregister keine Zeichnungsberechtigung zugunsten von H.\_\_\_\_\_ eingetragen (vgl. act. 80). In der Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft III für den Kanton Zürich vom 19. April 2002 wird aber festgehalten, dass H.\_\_\_\_\_ seit Gründung der F.\_\_\_\_\_ im Jahre 1989 deren Geschäfte als Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung geführt habe. Der Verwaltungsrat der F.\_\_\_\_\_ habe ihm überdies am 5. Januar 1990 die "Generalvollmacht" mit Substitutionsbefugnis erteilt.

1.2. Am 27. Juni 1994 unterzeichneten einerseits H.\_\_\_\_\_ (bezeichnet als "H.\_\_\_\_\_ i. Fa. I.\_\_\_\_\_ ... AG") als "Darlehensgeber" sowie die beiden Beklagten als "Darlehensnehmer" eine mit "Darlehensvertrag" überschriebene Vereinbarung (act. 4/3). Gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung gewährt der Darlehensgeber den Darlehensnehmern im Zusammenhang mit der Eigentumswohnung ... an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in W.\_\_\_\_\_ "ein Darlehen von Fr. 129'400.00". Das Darlehen ist gemäss Vertrag halbjährlich zu verzinsen, und zwar "zum Zinssatz der II. Hypothek" (Ziff. 2). Ziff. 3 der Vereinbarung sieht vor, dass das Darlehen "im Rahmen der vorstehenden Abmachungen fest" sei. Ziff. 5 der Vereinbarung bestimmt sodann, dass das Darlehen "durch einen Inhaberschuldbrief im III. Rang sichergestellt" werde. Mit Ziff. 6 wurde sodann festgehalten, dass H.\_\_\_\_\_ berechtigt sei, "sein Guthaben – unter Überbindung dieser vertraglichen Vereinbarung – einer ihm nahestehenden Gesellschaft weiterzuverkaufen".

Fest steht, dass die Darlehenssumme den Beklagten jedenfalls nicht in bar ausgehändigt wurde (act. 12 S. 4 und 11; act. 23 S. 10).

1.3. Am 31. August 1994 wurde zwischen der G.\_\_\_\_\_ (vertreten mit schriftlicher Vollmacht durch H.\_\_\_\_\_) einerseits und den beiden Beklagten andererseits ein Kaufvertrag öffentlich beurkundet (act. 4/7). Gemäss diesem Vertrag verkaufte die G.\_\_\_\_\_ den beiden Beklagten die Stockwerkeinheit ... (3½-Zimmerwohnung) an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... zum Preise von Fr. 647'000.00. Der Besitzesantritt sollte am 1. Oktober 1994 erfolgen.

1.4. Am tt. Dezember 1994 meldete die G.\_\_\_\_\_, handelnd durch H.\_\_\_\_\_, die Übertragung der Stockwerkeigentumseinheit ... an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in W.\_\_\_\_\_ in das Eigentum der beiden Beklagten an (act. 13/2). Gemäss Kaufvertrag vom 31. August 1994 war der Kaufpreis "anlässlich der Eigentumsübertragung" zur Zahlung fällig (act. 4/7). Der Teilbetrag von Fr. 473'000.00 wurde durch eine von der J.\_\_\_\_\_ den beiden Beklagten gewährten Hypothek gedeckt (act. 12 S. 10, act. 23 S. 24). Uneinig sind sich die Parteien, welche rechtliche Bewandnis es mit dem Differenzbetrag von Fr. 174'000.00 hat.

1.5. Am gleichen tt. Dezember 1994 wurde zwischen H.\_\_\_\_\_ *persönlich* einerseits und den beiden Beklagten andererseits ein "Pfandvertrag über die Errichtung eines Inhaberschuldbriefes" öffentlich beurkundet (act. 13/3). Gemäss diesem Vertrag gewährte H.\_\_\_\_\_ den beiden Beklagten "ein Grundpfanddarlehen gegen Errichtung des unter Ziffer II aufgeführten Inhaberschuldbriefes". Das Grundbuchamt wurde beauftragt, den Inhaberschuldbrief "der J.\_\_\_\_\_, zu Gunsten von H.\_\_\_\_\_, c/o G.\_\_\_\_\_-Genossenschaft, W.\_\_\_\_\_", zuzustellen. Im Inhaberschuldbrief wurde verkündet, dass die beiden Beklagten "hiermit" "bekennen", "*dem jeweiligen Inhaber dieses Schuldbriefes unter solidarischer Haftbarkeit die Summe von Fr. 174'000.00 ...schuldig zu sein*". Die beiden Beklagten meldeten gleichzeitig den Inhaberschuldbrief im Betrage von Fr. 174'000.00, lastend auf der zweiten Pfandstelle ihres Grundstückes, zur Eintragung in das Grundbuch an.

1.6. Am 23. Dezember 1994 unterzeichneten "H.\_\_\_\_\_ i. Fa. I.\_\_\_\_\_ ... AG" als "Verkäufer" einerseits und die G.\_\_\_\_\_ als "Käuferin" andererseits eine Vereinbarung, die auf den Darlehensvertrag zwischen H.\_\_\_\_\_ und den beiden Beklagten vom 27. Juni 1994 Bezug nahm (act. 4/6a), wobei allerdings nicht die dortige Darlehenssumme von Fr. 129'400.00 erwähnt wird (vgl. act. 4/3), sondern eine Darlehenssumme von Fr. 174'000.00, entsprechend der Summe gemäss öffentlich beurkundetem Pfandvertrag vom tt. Dezember 1994 (act. 13/3). Gemäss der Vereinbarung vom 23. Dezember 1994 übernahm die "Käuferin" vom "Verkäufer" "das vorstehende Darlehen gemäss Darlehensvertrag vom 27.6.1994", wobei der Kaufpreis mit Fr. 174'000.00 bestimmt wurde. Die "Käuferin" bescheinigte sodann "den Empfang eines Darlehensvertrages vom 27.6.94 und dem [sic!] Inhaberschuldbrief im II. Rang von Fr. 174'000.00".

1.7. Ebenfalls am 23. Dezember 1994 unterzeichnete die G.\_\_\_\_\_ eine Zessionserklärung zugunsten der Klägerin. Im Ingress wird auf den am gleichen Tag zwischen der G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen "Kaufvertrag" (act. 4/6a) Bezug genommen (act. 4/6b). Die Zessionserklärung hat den folgenden Wortlaut:

Zession: Die Zession des Betrages von Fr. 174'000.00 (hundertvierundsiebzigtausend) erfolgt an Zahlungsstatt im Rahmen der Forderung der A.\_\_\_\_\_ [= Klägerin] an die G.\_\_\_\_\_ gemäss dem GU-Vertrag vom 28. 2.1990 und dem Nachtrag Nr. 1 vom 14.5.93). Auf Grund dieser generellen Vereinbarung zediert hiermit die G.\_\_\_\_\_-Genossenschaft das vorstehende Darlehen inkl. dem Inhaberschuldbrief mit Rechten und Pflichten an die Generalunternehmerin der Überbauung, A.\_\_\_\_\_ AG, ... Z.\_\_\_\_\_.

1.8. Am 26. Mai 1995 unterzeichneten die J.\_\_\_\_\_ (im Folgenden: "J.\_\_\_\_\_"; heute K.\_\_\_\_\_ AG) als *Sicherungsnehmer*, die G.\_\_\_\_\_ (handelnd durch L.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_) als "*Schuldner 1*", die beiden Beklagten als "*Schuldner 2*" und H.\_\_\_\_\_ als "*Sicherungsgeber*" eine Vereinbarung (act. 13/4). Dort wurde festgehalten, dass der im zweiten Rang auf dem Grundstück der Beklagten lastende Inhaberschuldbrief über den Betrag von Fr. 174'000.00 der J.\_\_\_\_\_ "zu Eigentum" zustehe (Ziff. 1) und dass der Schuldbrief der Bank Sicherheit für ihre sämtlichen Forderungen gegenüber der G.\_\_\_\_\_ biete (Ziff. 2). Sobald die Bank "gegen den Schuldner" "keinerlei Ansprüche mehr besitzt", sei sie verpflichtet, den Schuldbrief "in das Eigentum des Sicherungsgebers zurückzuübertragen" (Ziff. 6). Sollte die J.\_\_\_\_\_ durch einen Bürgen oder einen Dritten befriedigt werden, so wäre sie gemäss Ziff. 6 der Vereinbarung berechtigt, den Schuldbrief diesem Dritten zu übertragen.

1.9. Mit Zahlungsbefehlen Nr. ... und ... vom tt. Februar 2004 des Betreibungsamtes W.\_\_\_\_\_ liess die Klägerin die beiden Beklagten für einen Betrag von Fr. 174'000.00 sowie für Fr. 62'853.00 Verzugszins betreiben (act. 4/4b und 4/5b). Bezug genommen wird dabei auf den Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994. Die Beklagten erhoben Rechtsvorschlag.

1.10. Mit Schreiben an die beiden Beklagten vom 31. August 2005 (act. 4/9) kündigte die Klägerin "das Ihnen gewährte Darlehen von Fr. 174'000.00 ... auf 6 Wochen ab heute gerechnet".

1.11. Am 4. Mai 2006 übergab die K.\_\_\_\_\_ AG als Rechtsnachfolgerin der J.\_\_\_\_\_ den beiden Beklagten den auf ihrem Grundstück lastenden Inhaberschuldbrief. Die Bank erklärte bei dieser Gelegenheit, dass sich im Konkursverfahren über die G.\_\_\_\_\_ zu ihren Lasten eine "hohe Ausfallforderung" ergeben habe. Die Bank habe daher, den "Inhaberschuldbrief in teilweiser und anteiliger

Abrechnung an ihre verbliebene Ausfallforderung durch Selbsteintritt zu Eigentum erworben". Dieser Schuldbrief sei aber "in Anbetracht des vorgehenden Pfandrechtes, des bestehenden Hypothekendarlehens und des heutigen Markt- und Verkehrswertes" der Eigentumswohnung der Beklagten "nicht werthaltig". Deshalb habe sich die Bank dazu entschlossen, im Sinne eines freiwilligen Entgegenkommens den Schuldbrief den Beklagten als Grundeigentümern "unbelastet zur weiteren Verwendung zu übergeben" (act. 13/5).

1.12. Am 4. Mai 2006 wurde die Löschung des Inhaberschuldbriefes zur Eintragung ins Grundbuch angemeldet (act. 13/6).

## 2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Klageschrift an das Bezirksgericht Winterthur vom 15. Juli 2009 machte die Klägerin gegen die beiden Beklagten eine Darlehensforderung von Fr. 174'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 1999 sowie Fr. 3'911.22 "rückständige Baurechtszinsen und Nebenkosten" geltend. Es fand ein doppelter Schriftenwechsel statt: Die Klageantwort wurde unterm 27. Oktober 2009 (act. 12), die Replik unterm 17. Februar 2010 (act. 23) und die Duplik unterm 18. Mai 2010 (act. 31) erstattet. Mit Urteil vom 19. Oktober 2010 (act. 45) wies die Vorinstanz die Klage ab.

2.2. Gegen das vorinstanzliche Urteil erklärte die Klägerin rechtzeitig die Berufung (act. 41 und 42). Die Berufungsbegründungsschrift datiert vom 31. Januar 2011 (act. 55), die Berufungsantwortsschrift vom 10. März 2011 (act. 61), die Berufungsrepliksschrift vom 9. Mai 2011 (act. 66) und die Berufungsdupliksschrift vom 9. Juni 2011 (act. 72).

## 3. Prozessuales

3.1. Der vorinstanzliche Entscheid wurde noch im Jahre 2010 eröffnet. Es ist daher auf das Berufungsverfahren zürcherisches Prozessrecht anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Wenn die Beklagte sich in ihrer Berufungsschrift immer wieder auf die neue eidgenössische Prozessordnung stützt, dann widerspricht dies den massgeblichen intertemporalen Regeln. Verfehlt ist sodann das mit der Berufungsrep-

lik vorgetragene Argument, dass "antizipiert Anleihen aus der heute gültigen ZPO vorzunehmen" seien (act. 66 S. 13). Allerdings schadet der Klägerin diese Haltung nicht, denn im Rahmen der Berufungsanträge hat die Berufungsinstanz auch das Verfahren der ersten Instanz zu prüfen (§ 269 Abs. 1 ZPO/ZH), und zwar nach den Regeln der zürcherischen Prozessordnung.

3.2. Die Klägerin ficht vor Obergericht die Abweisung der Klage hinsichtlich des Rechtsbegehrens Ziff. 1 b) nicht an. Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen (§ 260 Abs. 1 ZPO/ZH). Davon ist Vormerk zu nehmen.

3.3. Im Berufungsverfahren nach der zürcherischen Prozessordnung gilt das Novenverbot: Neue tatsächliche Behauptungen sind nur unter den engen Voraussetzungen des § 115 ZPO/ZH zulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO/ZH). Es ist daher wenig hilfreich, wenn die Klägerin vor Berufungsinstanz eine neue "Kurzfassung zum Sachverhalt" präsentiert und ausgiebig tatsächliche Vorbringen in den Prozess einfliessen lässt (act. 55 S. 6-13). Basis für die Beurteilung der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche sind – unter Vorbehalt von Ausnahmen im Sinne von § 115 ZPO – einzig ihre tatsächlichen Vorbringen vor der ersten Instanz.

3.4. Die Klägerin beklagt sich pauschal darüber, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet habe (act. 55 S. 3). Namentlich beanstandet sie, dass die Vorinstanz den Zeugenbeweis für nicht aktenkundige Sachverhalte nicht abgenommen habe (act. 55 S. 26). Vieles Rechtsrelevantes sei nämlich vereinbart worden, was gar nicht aktenkundig sein könne (act. 66 S. 3).

Beweis ist nur über rechtzeitig in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen abzunehmen, die überdies einerseits erheblich und andererseits streitig (d.h. von der Gegenpartei bestritten) sein müssen (§ 133 ZPO/ZH). Nach zürcherischem Prozessrecht sind die Parteien gehalten, bereits im erstinstanzlichen Verfahren im Rahmen ihrer Parteivorträge ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen (§ 113 ZPO/ZH); der blosser Hinweis auf Beilagen zu den Rechtschriften genügt nicht. Gerade unter der Herrschaft der von der Klägerin ins Felde geführten Verhandlungsmaxime (act. 66 S. 2) kann ein Beweisverfahren nicht da-

zu dienen, Tatsachenvorbringen, die bereits im Behauptungsverfahren hätten aufgestellt werden müssen, zu ersetzen.

3.5. Vor Obergericht hält die Klägerin am Vorwurf fest, dass der Anwalt der Beklagten "befangen" sei bzw. durch die Ausübung seines Mandates einen Interessenkonflikt herbeigeführt habe (act. 55 S. 5 mit Hinweis auf act. 23 S. 5-8). Die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang gemachten anwaltsrechtlichen Ausführungen sind richtig (act. 45 S. 3); gemäss § 161 GVG ist darauf zu verweisen. Im Übrigen sieht das Gesetz nur für Gerichtspersonen Befangenheitsgründe vor (vgl. § 95ff. GVG). Auch nach neuem Recht ist das nicht anders.

#### 4. Materielle Beurteilung

4.1. In das Zentrum des erstinstanzlichen Verfahrens stellte die Klägerin den Darlehensvertrag zwischen H.\_\_\_\_\_ und den Beklagten vom 27. Juni 1994 (act. 4/3). Sie spricht in diesem Zusammenhang von der "eingeklagten Darlehensforderung" und von einem "Vertrag zwischen H.\_\_\_\_\_ und ihnen", d.h. den Beklagten, sowie von einem "von H.\_\_\_\_\_ gewährten Darlehen" (act. 1 S. 4 und 14; act. 23 S. 9; vgl. auch act. 23 S. 18 unten). Die Verbindung zu sich stellt die Klägerin in der Folge über zwei Zessionen her: Eine Zession von H.\_\_\_\_\_ zur G.\_\_\_\_\_ und eine von der G.\_\_\_\_\_ zur Klägerin (act. 1 S. 5 mit Hinweis auf act. 3/6a und act. 3/6b). Weiter führte die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren aus, H.\_\_\_\_\_ habe den Beklagten "zwecks Schliessung der Finanzierungslücke" ein Darlehen gewährt (act. 1 S. 9). Wiederholt bezeichnete die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren H.\_\_\_\_\_ als "Darlehensgeber" (act. 1 S. 11).

4.1.1. Mit den erwähnten erstinstanzlichen tatsächlichen Vorbringen übereinstimmt auch der von der Klägerin vorgelegte Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994 (act. 4/3): Dort wird H.\_\_\_\_\_ ganz klar als "Darlehensgeber" und die Beklagten werden als "Darlehensnehmer" bezeichnet. Mit diesen Bezeichnungen unterzeichneten denn auch die Vertragsparteien den Vertrag. An keiner Stelle stellte die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren die Behauptung auf, dass gemäss übereinstimmendem inneren Willen der Vertragsparteien nicht H.\_\_\_\_\_, sondern in Tat und Wahrheit die G.\_\_\_\_\_ die Darlehensgeberin gewesen sei und H.\_\_\_\_\_

nur als deren Stellvertreter gehandelt habe. In diesem Sinne nimmt aber die Klägerin im Berufungsverfahren trotzdem eine Kehrtwende vor.

4.1.2. Im Berufungsverfahren stellt sich die Klägerin nun neu auf den Standpunkt, der Darlehensvertrag sei – entgegen seinem Wortlaut – nicht zwischen H.\_\_\_\_\_ und den Beklagten, sondern zwischen der G.\_\_\_\_\_ und den Beklagten abgeschlossen worden; H.\_\_\_\_\_ habe dabei nur als Beauftragter der G.\_\_\_\_\_ gehandelt (act. 55 S. 7, 10; act. 66 S. 4). Die von H.\_\_\_\_\_ zugunsten der G.\_\_\_\_\_ vorgenommene Zession sei daher "rein formell (reine Papierform)" (act. 55 S. 7) und daher rechtlich belanglos (act. 55 S. 29; act. 66 S. 20). Nur aus "Praktikabilitätsgründen" habe H.\_\_\_\_\_ seinen Namen gegeben, ohne aber Vertragspartei zu sein (act. 66 S. 19). Diese tatsächlichen Vorbringen sind neu und daher im Berufungsverfahren unzulässig (§ 267 Abs. 1 in Verbindung mit § 115 ZPO/ZH).

4.1.3. Nicht hilfreich für den Standpunkt der Klägerin ist sodann ihr Hinweis, der Umstand, dass nicht H.\_\_\_\_\_, sondern die G.\_\_\_\_\_ die wahre Vertragspartnerin gewesen sei, ergebe sich schon daraus, dass der Darlehensvertrag mit dem Kaufvertrag betreffend die Eigentumswohnung verknüpft gewesen sei (act. 66 S. 21). Richtig ist zwar, dass gemäss Vertrag vom 27. Juni 1994 das Darlehen "im Zusammenhang mit dem Kauf des Stockwerkeigentums in der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_ -Strasse ..." hätte gewährt werden sollen. Das heisst indessen noch längst nicht, dass nach der Vertragsmeinung Verkäuferschaft und Darlehensgeber identisch hätten sein müssen. Und im Kaufvertrag vom 31. August 1994 zwischen der G.\_\_\_\_\_ und den Beklagten betreffend die Eigentumswohnung ist der Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994 zwischen H.\_\_\_\_\_ und den Beklagten überhaupt nicht erwähnt (act. 4/7).

4.1.4. Im obergerichtlichen Verfahren stellt sich die Klägerin weiter auf den Standpunkt, durch die hier interessierende neue Behauptung, dass die G.\_\_\_\_\_ und nicht etwa H.\_\_\_\_\_ Darlehensgeberin gewesen sei, anerkenne sie lediglich eine von den Beklagten bereits vor Vorinstanz aufgestellte Behauptung (act. 66 S. 22). Die Beklagten behaupteten indessen vor Vorinstanz nicht, dass die G.\_\_\_\_\_ ihnen ein Darlehen gewährt habe, sondern dass der von ihnen bewerkstelligte Grundstückskauf nicht durch ein von H.\_\_\_\_\_ gewährtes Darlehen finanziert wor-

den sei (act. 12 S. 3); ferner behaupteten die Beklagten, dass das von H.\_\_\_\_\_ gewährte Darlehen nie valuiert worden sei (act. 12 S. 6 f.), weshalb eine "Darlehensrückforderung" nie bestanden habe (act. 61 S. 8). Auf den Standpunkt, dass abweichend vom Vertragswortlaut nicht H.\_\_\_\_\_, sondern die G.\_\_\_\_\_ Darlehensgeberin gemäss Vertrag vom 27. Juni 1994 gewesen sei, stellten sich die Beklagten nie. Es liegen daher keine tatsächlichen Behauptungen der Beklagten vor, die von der Klägerin im Sinne ihrer Ausführungen anerkannt werden könnten.

4.1.5. Die Klägerin stützt sich mithin gemäss ihren nach wie vor massgeblichen Vorbringen auf den Darlehensvertrag zwischen H.\_\_\_\_\_ und den Beklagten vom 27. Juni 1994 (act. 1 S. 4 mit Hinweis auf act. 4/3). Die Darlehenssumme belief sich bei diesem Vertrag auf Fr. 129'400.00. Mit dem Darlehensvertrag sollte nach der These der Klägerin die Finanzierungslücke geschlossen werden, die für die Beklagten anlässlich des Kaufes der Eigentumswohnung bestanden haben soll (act. 1 S. 9). Die Verbindung zu sich stellt die Klägerin durch den Vertrag zwischen H.\_\_\_\_\_ und der G.\_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 1994, mit dem der Darlehensvertrag von letzterer "übernommen" wurde (act. 4/6a), sowie durch die anschliessende Zession des Darlehensbetrages von der G.\_\_\_\_\_ an die Klägerin her (act. 4/6b).

4.2. Die Klägerin macht heute gegenüber den Beklagten eine Darlehenssumme von Fr. 174'000.00 geltend. Das ist Fr. 44'600.00 mehr als diejenige gemäss schriftlichem Vertrag vom 27. Juni 1994, auf den sie sich abstützen möchte. Dazu führt sie aus, die Parteien hätten zur Deckung einer Finanzierungslücke die Darlehenssumme "*einvernehmlich*" erhöht (act. 1 S. 10 und act. 23 S. 15). In der Replik sodann spricht die Klägerin davon, dass die Darlehenssumme in diesem Sinne auf Fr. 174'000.00 habe "*aufgebessert*" werden müssen (act. 23 S. 3). Das alles wird von den Beklagten bestritten (act. 12 S. 6 und act. 31 S. 6).

Wenn die Klägerin eine "einvernehmliche" Erhöhung geltend macht, so liegt darin sinngemäss die Behauptung, es lägen in dieser Hinsicht übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen der Vertragsparteien im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR vor. Die Klägerin unterlässt es aber, irgendwelche näheren Hinweise auf diese Willensäusserungen zu geben; unbekannt bleibt damit, ob diese Willensäusse-

rungen ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt sein sollen. Fest steht einzig, dass keine entsprechenden schriftlichen Willensäusserungen im Sinne einer vertraglichen Abrede zu den Akten gegeben worden sind. Auf dieser Grundlage kann über die von der Klägerin aufgestellte, von den Beklagten aber bestrittene Behauptung kein Beweisverfahren durchgeführt werden.

4.3. Im Zentrum des vorinstanzlichen Urteils steht die Frage, ob H.\_\_\_\_\_ das Darlehen gemäss dem Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994 überhaupt den Beklagten hat zukommen lassen. Diese Frage stellt sich in der Tat: Wer gestützt auf einen Darlehensvertrag die Rückzahlung der Darlehenssumme verlangt, hat zu beweisen, dass das Darlehen ausbezahlt worden ist (BGE 83 II 209 E. 2).

4.3.1. Unbestritten ist, dass nie Geld von H.\_\_\_\_\_ zu den Beklagten geflossen ist. Da sich die Klägerin auf einen von H.\_\_\_\_\_ mit den Beklagten abgeschlossenen Darlehensvertrag stützt, hat sich die Vorinstanz zu Recht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Darlehensvaluta von H.\_\_\_\_\_ geleistet worden ist; die Beklagten bestreiten letzteres. Die Klägerin meint in diesem Zusammenhang, der Darlehensbetrag sei den Beklagten an Zahlungsstatt dadurch gewährt worden, dass die Bank den Darlehensbetrag schliesslich zu Lasten der Klägerin "beim Baukredit zusätzlich kreditiert/belastet wurde" (act. 23 S. 14). Dass die Darlehensvaluta vom Borger auf diese Art und Weise mittelbar zu entrichten gewesen wäre, geht aus dem Vertrag nicht hervor. Ebenso wenig weist die Klägerin auf entsprechende konkrete Absprachen zwischen den Parteien hin, die gegebenenfalls im Beweisverfahren erhärtet werden könnten. Namentlich enthält die Bemerkung der Beklagten in ihrer Replikschrift, wonach die Finanzierung von der Klägerin "ermöglicht" worden sei, nämlich "an Zahlungsstatt ... in Form eines Darlehens" (act. 23 S. 19), enthält keine Hinweise auf übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien, die Grundlage für einen Vertragsschluss bieten könnten (vgl. dazu: Schärer/Maurenbrecher, in Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 312 OR). Die einseitige Interpretation der Abläufe durch die Klägerin ohne entsprechende vertragliche Grundlage führt nicht weiter.

4.3.2. Vor Obergericht anerkennt die Klägerin zwar ausdrücklich, dass nach Abschluss des Darlehensvertrages vom 27. Juni 1994 den Beklagten vom Darleiher

keine Geldsumme übergeben worden sei. Statt dessen sei ihnen im Sinne von Art. 312 OR eine "andere vertretbare Sache" übergeben worden, nämlich die von ihnen im Dezember 1994 gekaufte Eigentumswohnung (act. 55 S. 15). Auch das ist eine neue und damit unzulässige Behauptung. Dazu kommt, dass auch diese Ausführungen nicht zielführend sind: Zum einen legt die Klägerin nicht dar, wie denn sich der Darleiher verpflichtet haben soll, den Beklagten im Sinne von Art. 312 OR eine "andere vertretbare Sache" denn eine Summe Geldes zu Eigentum zu übergeben, und zum andern ist die von den Beklagten im Dezember 1994 gekaufte Eigentumswohnung klarerweise keine im Sinne von Art. 71 OR nur der Gattung nach bestimmte und damit vertretbare Sache. Die von der Klägerin auf den Vertrag vom 27. Juni 1994 abgestützte Klage muss daher schon aus diesem Grunde scheitern.

4.4. Die Klägerin stellt sodann die vertragliche Verbindung zwischen den Beklagten einerseits und ihr andererseits über eine Reihe von Dokumenten her:

4.4.1. Das erste Dokument ist der Darlehensvertrag zwischen H.\_\_\_\_\_ und den beiden Beklagten über Fr. 129'400.00 vom 27. Juni 1994 (act. 4/3). Ziff. 6 dieses Vertrages lautet wie folgt:

"Der Darlehensgeber ist berechtigt, sein Guthaben – unter Überbindung dieser vertraglichen Vereinbarung – einer ihm nahestehenden Gesellschaft weiterzuverkaufen."

Der Verfasser dieser Zeilen war offensichtlich der rechtsirrtümlichen Meinung, ein Vertragsverhältnis lasse sich (so wie eine Forderung abgetreten werden kann) durch einseitige Erklärung auf einen Dritten übertragen. Die Vertragsübernahme ist demgegenüber ein Dreiecksverhältnis und bedarf der Zustimmung aller Beteiligten, nämlich dessen, der aus dem Vertrag entlassen wird, dessen, der an seiner Stelle in den Vertrag eintritt, und dessen, der im Vertrag verbleibt (Girsberger, in Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 164 OR; Tschäni, Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 175 OR). Bei der Vertragsübernahme übernimmt eine dritte, bisher am Vertragsverhältnis nicht beteiligte Partei durch Rechtsgeschäft sämtliche Rechte und Pflichten des Vertrages. Es ist dies ein "dreiseitiger Vertrag sui generis" (Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008, Rz 1427). Die Person des neuen Vertragspartners ist ein *essentiale negotii*. Einigen

sich zwei Personen auf eine Person, so hat die dritte im Vertrag verbleibende Partei nachträglich zuzustimmen, denn ihr wird nicht nur ein neuer Gläubiger, sondern gleichzeitig auch ein neuer Schuldner gegenübergestellt (Huguenin, a.a.O.). Eine pauschale Zustimmung im Voraus ohne konkreten Hinweis auf den neuen Vertragspartner, wie das hier Ziff. 6 des Vertrages vom 27. Juni 1994 vorsah, genügt nicht.

Dazu kommt, dass dieser Vertrag, welcher von der Klägerin gemäss ihren vorinstanzlichen Ausführungen sowie auf Grund der übrigen Akten (vgl. act. 4/4a-b und 4/5a-b) zum Klagefundament gemacht wurde, ohnehin nicht Grundlage der Forderung der Klägerin sein kann, weil der Darleiher die Darlehenssumme nie geleistet hat.

4.4.2. Das zweite Papier ist die Vereinbarung zwischen H.\_\_\_\_\_ einerseits und der G.\_\_\_\_\_ anderseits vom 23. Dezember 1994 (act. 4/6a). Mit dieser Vereinbarung bezeichneten sich die Vertragsparteien als "Verkäufer" und als "Käufer". Diese Vereinbarung sollte bewirken, dass die G.\_\_\_\_\_ an H.\_\_\_\_\_s Stelle als Borger in den Darlehensvertrag eintrete. Allerdings ist nun von einer neuen, höheren Darlehenssumme die Rede, nämlich von Fr. 174'000.00 und nicht mehr von einem solchen von nur Fr. 129'400.00. Eine schriftliche Vereinbarung, wonach nach dem 27. Juni 1994 die von H.\_\_\_\_\_ gewährte Darlehenssumme erhöht worden wäre, gibt es nicht. Das allein hätte, wenn der ursprüngliche Vertrag überhaupt von Belang sein sollte, zwingend die ausdrückliche Zustimmung der Beklagten erforderlich gemacht. Dazu kommt, dass ein ganzes Vertragsverhältnis nicht einfach "verkauft" werden kann. Nach dem oben Ausgeführten hätte nach den Regeln über die Vertragsübertragung die Zustimmung aller Beteiligten – namentlich auch der Beklagten – dafür eingeholt werden müssen, dass im Darlehensvertrag H.\_\_\_\_\_ durch die G.\_\_\_\_\_ als Borger ersetzt werden sollte.

4.4.3. Das dritte Papier ist eine "Zession", ebenfalls datierend vom 23. Dezember 1994 (act. 4/6b). Gemäss dieser Zession zederte die G.\_\_\_\_\_ der Klägerin "das vorstehende Darlehen inkl. dem Inhaberschuldbrief mit Rechten und Pflichten" der Klägerin. Damit werden aber nicht bloss Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis abgetreten, sondern gemäss Erklärung sollten sämtliche Rechte und Pflichten

aus dem Vertragsverhältnis auf die Klägerin übergehen. Das ist im Ergebnis aber wiederum eine Vertragsübernahme, in die nur zwei Parteien, nicht aber die dritte Partei einbezogen wurde. Auch das wäre aber im Sinne des Gesagten ein "dreiseitiger Vertrag sui generis" gewesen (vgl. oben E. 4.4.1.).

4.4.4. Von vornherein lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nichts zu ihren Gunsten aus dem Umstand ableiten, dass die Klägerin das hier Klagegegenstand bildende Darlehen in ihren Büchern bilanziert hat (vgl. dazu act. 55 S. 21 f., act. 66 S. 15). Die von der Klägerin einseitig vermerkten Buchhaltungsvorgänge ersetzen übereinstimmende gegenseitige Willensäußerungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR nicht.

4.4.5. Das führt zusammenfassend dazu, dass die Klägerin aus dem Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994 nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Zwar bestätigte die G.\_\_\_\_\_ mit der Vereinbarung vom 23. Dezember 1994 (act. 4/6a), den "Inhaberschuldbrief im II. Rang von Fr. 174'000.00" empfangen zu haben, während mit der Zession lediglich erklärt wird, dass die Rechte aus diesem Schuldbrief auch zediert würden. Welche Bedeutung das für den Inhaberschuldbrief hat, ist unten auseinanderzusetzen (Erw. 4.5.).

4.5. Am tt. Dezember 1994 wurde zwischen H.\_\_\_\_\_ und den beiden Beklagten ein Pfandvertrag zur Errichtung eines Inhaberschuldbriefes öffentlich beurkundet (act. 13/3). Im Pfandvertrag wird der zwischen den gleichen Parteien am 27. Juni 1994 abgeschlossene Darlehensvertrag nicht erwähnt. Es gibt keine Hinweise, wonach dieser Pfandvertrag mit dem seinerzeit mit H.\_\_\_\_\_ am 27. Juni 1994 abgeschlossenen, aber nicht valuierten Darlehensvertrag in Zusammenhang steht. Die beiden Beklagten bekannten mit dem Schuldbrief, weder der G.\_\_\_\_\_ noch H.\_\_\_\_\_ die dort erwähnte Summe von Fr. 174'000.00 schuldig zu sein, sondern einzig "*dem jeweiligen Inhaber dieses Schuldbriefes*". Bezüglich dieses am tt. Dezember 1994 abgeschlossenen Vertrages behauptet die Klägerin an keiner Stelle im Prozess, dass die G.\_\_\_\_\_ und nicht etwa H.\_\_\_\_\_ Vertragsgegner der beiden Beklagten gewesen sei.

4.5.1. Wie erwähnt anerkannten die beiden Beklagten, mit dem Pfandvertrag "dem jeweiligen Inhaber dieses Schuldbriefes unter solidarischer Haftbarkeit die Summe von Fr. 174'000.00 ...schuldig zu sein". Damit wurde gemäss Art. 842 ZGB eine persönliche Forderung der beiden Beklagten begründet, die überdies "grundpfändlich sichergestellt" ist. Sie meldeten denn auch gleichzeitig den Inhaberschuldbrief im Betrage von Fr. 174'000.00 zur Eintragung in das Grundbuch an. Die mit dem Inhaberschuldbrief eingegangene Verpflichtung ist damit losgelöst von dem von H.\_\_\_\_\_ nie honorierten Darlehen gemäss Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994. Dadurch, dass die Beklagten den Inhaberschuldbrief einem Dritten überlassen haben – nämlich zunächst H.\_\_\_\_\_ und über diesen der Bank – kam es für die beiden Beklagten durchaus zu einer Belastung im Betrage von Fr. 174'000.00, nämlich zu seiner solchen gegenüber dem "jeweiligen Inhaber".

In diesem Zusammenhang verweist die Klägerin ein weiteres Mal ohne konkrete Hinweise auf ein "Einvernehmen": Im "Einvernehmen mit den Beklagten" sei das Darlehen durch einen Inhaberschuldbrief im 3. Rang abgesichert worden (act. 1 S. 12). Das Darlehen vom 27. Juni 1994 kann damit allerdings nicht gemeint sein, weil dieses von einer Darlehenssumme von Fr. 129'400.00 ausgeht, während das massgebliche Darlehen eine solche von Fr. 174'000.00 zum Gegenstand hat. Mit den Beklagten ist unter diesen Umständen die einzige massgebliche Verpflichtung der beiden Beklagten in der Pfandbestellung vom 11. Dezember 1994 und der darauf erfolgten Hingabe des Inhaberschuldbriefes (act. 13/3) zu sehen. Dieser Vorgang hat den nicht honorierten bzw. nicht valutierten Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994 ersetzt. Unter diesen Umständen kann ausgeschlossen werden, dass die Beklagten gehalten wären, sowohl die Darlehenssumme gemäss Darlehensvertrag vom 27. Juni 1994 als auch die Darlehenssumme gemäss Inhaberschuldbrief (kumulativ) zu bezahlen. Nicht anders kann denn auch der Wortlaut des Pfandbestellungsvertrages interpretiert werden, wonach H.\_\_\_\_\_ den beiden Beklagten "ein Grundpfanddarlehen gegen Errichtung des unter Ziffer II aufgeführten Inhaberschuldbriefes" gewähre. Eine Einschränkung, wonach die Pfandbestellung lediglich zur Sicherung eines anderweitig vereinbarten Darlehens erfolge, fehlt. Unter diesen Umständen wurde das Darlehen gleichsam mit dem Inhaberschuldbrief verbunden und durch ihn verkörpert.

H.\_\_\_\_\_, der durch den Pfandvertrag den Inhaberschuldbrief erlangte, durfte entsprechend der Art des Papiers dieses irgendeinem Dritten weitergeben mit der Massgabe, dass die Beklagten die Darlehenssumme "dem jeweiligen Inhaber dieses Schuldbriefes" schuldeten. Das hat H.\_\_\_\_\_ in der Folge auch getan, indem er den Inhaberschuldbrief der Bank überliess (act. 13/3, Ingress). Wenn die G.\_\_\_\_\_ am 23. Dezember 1994 der Klägerin gegenüber die Erklärung abgab, dass sie ihr das "Darlehen inkl. dem Inhaberschuldbrief mit Rechten und Pflichten" zediere (act. 4/6b), waren dies leere Worte. Der Inhaberschuldbrief wurde damit der Klägerin nicht ausgehändigt, was Voraussetzung dafür gewesen wäre, dass sie daraus hätte Rechte ableiten können.

4.6. Die G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ sowie die Beklagten schlossen in der Folge gemeinsam einen weiteren Vertrag, nämlich am 26. Mai 1995 mit der Bank (J.\_\_\_\_\_) (act. 13/4), in dessen Zentrum der am tt. Dezember 1994 errichtete Inhaberschuldbrief stand. Gemäss diesem Vertrag *übernahm die Bank den Schuldbrief zu Eigentum*. Der Schuldbrief sollte der Bank als Sicherheit für ihre sämtlichen Forderungen gegen die G.\_\_\_\_\_ dienen (Ziff. 2). Die Bank verpflichtete sich sodann, den Schuldbrief in das Eigentum H.\_\_\_\_\_s zurückzuübertragen, sobald sie gegen die G.\_\_\_\_\_ "keinerlei Ansprüche mehr besitzt" (Ziff. 6).

4.6.1. Fest steht, dass die Bank in der Folge den Schuldbrief nicht H.\_\_\_\_\_, sondern den Beklagten übergeben hat, so dass die im Schuldbrief inkorporierte Forderung zu einer Eigenforderung der Beklagten geworden ist. Das haben Dritte hinzunehmen. Eine andere Frage ist allerdings, ob die Bank gegenüber H.\_\_\_\_\_ vertragstreu gehandelt hat oder nicht. Trifft es zu, dass die Bank, wie sie geltend macht, gegen die G.\_\_\_\_\_ eine "hohe Ausfallforderung" hat hinnehmen müssen (vgl. act. 13/5) und sie sich für den Betrag von Fr. 174'000.00 durch "Selbsteintritt" befriedigt habe, dann bestünde in der Tat wohl kein Anlass für die Bank, den Schuldbrief H.\_\_\_\_\_ zurückzugeben. Das alles ist indessen eine Angelegenheit zwischen H.\_\_\_\_\_ und der Bank und braucht die Beklagten nicht zu kümmern. Entscheidend ist jedenfalls, dass die Klägerin nie Inhaberin des Inhaberschuldbriefes war und daher die in diesem Schuldbrief verkörperte Forderung weder gel-

tend machen kann noch je geltend machen konnte. Der Anspruch der Klägerin ist daher unbegründet, was zur Abweisung der Klage führt.

4.7. Die Klägerin macht den Beklagten gegenüber auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend (act. 1 S. 10): Die Beklagten bewohnten eine Wohnung und weigerten sich, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Damit soll wohl gesagt werden, die Beklagten hätten die Gegenleistung für ihre Wohnung im Umfange von Fr. 174'000.00 nicht erbracht: Das ist offensichtlich unrichtig. Am tt. Dezember 1974 wurde auf dem Grundstück der Beklagten auf Grund des mit H.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen Grundpfandvertrages ein Inhaberschuldbrief über Fr. 174'000.00 errichtet (act. 13/3), der zunächst H.\_\_\_\_\_ übergeben wurde und alsdann der Bank (act. 4/7). Damit wurden die Beklagten durchaus mit einem Betrage von Fr. 174'000.00 belastet. Die Beklagten sind damit nicht ungerechtfertigt bereichert, und schon gar nicht zulasten der Klägerin.

4.8. Nach dem Gesagten ist die Klage auf der ganzen Linie abzuweisen. Im Sinne einer Eventualbegründung sei im Sinne von § 161 GVG auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge zu bestätigen.

5.2 Die unterliegende Klägerin ist für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO/ZH), wobei der Streitwert Fr. 174'000.-- beträgt. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von §§ 4 und 13 GerGebV, die Prozessentschädigung in Anwendung von §§ 3, 6 und 12 AnwGebV (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das angefochtene Urteil insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als mit ihm Rechtsbegehren Ziff. 1b abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgenden Urteil.

**Sodann wird erkannt:**

1. Die Klage wird, soweit sie noch zu beurteilen ist, abgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss erstinstanzlichem Urteil (Dispositiv-Ziff. 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 12'000.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, den beiden Beklagten gemeinsam für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.00 (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 174'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Wili

versandt am: