

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB100081-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. CG090037**

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. 232'000.00 zuzüglich Verzugszins à 5% seit 20. November 2008 und
 - b) SFr. 25'899.95 recte: zuzüglich Verzugszins à 5% Baurechtszinsen und Nebenkosten seit 28. Februar 1994.
2. Unter solidarischer Kosten - und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Oktober 2010 (act. 39)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 15'000.--.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Prozessentschädigung von Fr. 24'100.-- (MWSt inbegriffen) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Klägerin und Appellantin (act. 49 S. 2):

- "1. Es sei die vor Vorinstanz anhängig gemachte Klage zu schützen d.h. es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen
- a) SFr. 232'000.00 zuzüglich Verzugszins zu 5% seit 20. November 2008
 - b) SFr. 10'130.80 zuzüglich Verzugszins zu 5% seit 20. November 2008;
2. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Oktober 2010 (G.-Nr. CG090037) **[Beilage 1]** aufzuheben;
3. unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten Beklagte und Appellaten."

der Beklagten und Appellaten (act. 55 S. 2):

- "1. Der prozessuale Antrag der Klägerin und Appellantin auf Durchführung eines Beweisverfahrens bzw. Rückweisung des Prozesses zur Durchführung eines Beweisverfahrens sei abzuweisen.
2. Die Klageforderungen über CHF 232'000.00 zuzüglich Verzugszins und CHF 10'130.80 zuzüglich Verzugszins seien abzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zulasten der Klägerin und Appellantin."

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 7. September 1994 verkaufte die G.____-Genossenschaft (im Folgenden G.____), handelnd durch H.____, den beiden Beklagten die Stockwerkeinheit ... (4½-Zimmerwohnung) an der D.____-Strasse ... zum Preise von Fr. 682'000.00. Der Besitzesantritt sollte am 1. Oktober 1994 erfolgen, wobei der Kaufpreis "anlässlich der Eigentumsübertragung zu Zahlung fällig" sein soll.

1.2. Zwecks Finanzierung des am 7. September 1994 Liegenschaftenskaufs gewährte die M.____ den beiden Beklagten am 25. November 1994 ein Hypothekendarlehen von Fr. 450'000.00 (act. 4/9).

1.3. Am 5. Dezember 2011 unterzeichneten H.____ als "Darlehensgeber" und die beiden Beklagten als "Darlehensnehmer" einen Darlehensvertrag (act. 4/3). Vereinbart wurde, dass H.____ den beiden Beklagten "im Zusammenhang mit dem Kauf des Stockwerkeigentums in der Liegenschaft D.____-Strasse ..." ein ab dem 1. Oktober 1994 verzinsliches Darlehen von Fr. 232'000.00 gewähre.

1.4. Am tt. Dezember 1994 wurde zwischen H.____ *persönlich* einerseits und den beiden Beklagten andererseits ein "Pfandvertrag über die Errichtung eines Inhaberschuldbriefes" öffentlich beurkundet (act. 4/7). 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.____, ... W.____, 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. 232'000.00 ...schuldig zu sein". Die beiden Beklagten meldeten

gleichzeitig den Inhaberschuldbrief im Betrage von Fr. 232'000.00, lastend auf der zweiten Pfandstelle ihres Grundstückes, zur Eintragung in das Grundbuch an.

1.5. Am gleichen tt. Dezember 1994 wurde der am 7. Septemeber 1994 zwischen der G. _____ und den beiden Beklagten abgeschlossene Kaufvertrag zur Eintragung ins Grundbuch angemeldet (act. 4/6 S. 9).

1.6. Am 23. Dezember schlossen H. _____ als "Verkäufer" und die G. _____ als "Käuferin" eine Vereinbarung (act. 4/5a). Gemäss dieser Vereinbarung übernimmt die Käuferin vom Verkäufer das Darlehen gemäss dem zwischen H. _____ und den Beklagten am 5. Dezember 1994 abgeschlossenen Vertrag "mit Rechten und Pflichten" zum Kaufpreis von Fr. 232'000.00. Die "Käuferin" bescheinigte sodann "den Empfang eines Darlehensvertrages vom 5.12.94 und dem [sic!] Inhaberschuldbrief im II. Rang von Fr. 232'000.00".

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. 4/5a) Bezug genommen (act. 4/5b). Die Zessionserklärung hat den folgenden Wortlaut:

ZESSION: Die Zession des Betrages von Fr. 232'000.00 (zweihundertzwei- unddreissigtausend) erfolgt an Zahlungsstatt im Rahmen der Forderung der BG [= 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. 12/3). Dort wurde festgehalten, dass der im zweiten Rang auf dem Grundstück der Beklagten lastende Inhaberschuldbrief über den Betrag von Fr. 232'000.00 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 Schreiben vom 23. April 2004 und vom 7. Oktober 2008 (act. 4/20 und 4/21) kündigte die Klägerin gegenüber den beiden Beklagten das Darlehen gemäss dem am 5. Dezember 1994 mit H._____ abgeschlossenen Darlehensvertrag.

1.10. Am 10. Dezember 1998 wurde über die G._____ der Konkurs eröffnet (act. 12/4). Die K._____ AG teilte am 25. April 2006 den beiden Beklagten mit, dass ihre Ausfallforderung in diesem Konkurs nicht habe gedeckt werden können. Sie habe daher den auf dem Grundstück der Beklagten lastenden Inhaberschuldbrief durch Selbsteintritt zu Eigentum erworben. Da dieser Inhaberschuldbrief nicht werthaltig sei, habe sich die Bank dazu entschlossen, "im Sinne eines freiwilligen Entgegenkommens", "den genannten Schuldbrief an Sie als Grundeigentümer unbelastet zur weiteren Verwendung zu übergeben" (act. 12/5). Am tt. Juli 2006 wurde der Schuldbrief zur Löschung im Grundbuch angemeldet (act. 12/6).

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Klageschrift an das Bezirksgericht Winterthur vom 21. August 2009 machte die Klägerin gegen die beiden Beklagten eine Darlehensforderung von Fr. 232'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 20. November 2008 sowie Fr. 25'899.95 "rückständige Baurechtszinsen und Nebenkosten" geltend. Es fand ein doppelter Schriftenwechsel statt: Die Klageantwort wurde unterm 1. Dezember 2009 (act. 11), die Replik unterm 4. März 2010 (act. 18) und die Duplik unterm 1. Juni 2010 (act. 27) erstattet. Mit Urteil vom 19. Oktober 2010 (act. 39) wies die Vorinstanz die Klage ab.

2.2. Gegen das vorinstanzliche Urteil erklärte die Klägerin rechtzeitig die Berufung (act. 35 und 36). Die Berufungsbegründungsschrift datiert vom 27. Januar 2011 (act. 49), die Berufungsantwortsschrift vom 21. März 2011 (act. 55), die Beru-

fungsreplikschrift vom 9. Mai 2011 (act. 61) und die Berufungsduplikatschrift vom 1. Juni 2011 (act. 65).

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 Berufungsreplik vorgetragene Argument, dass "antizipiert ein Anleihen aus der neuen ZPO" vorzunehmen sei (act. 61 S. 3). 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) nur noch teilweise an. Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 1 b) verlangt die Klägerin nämlich nicht mehr einen Betrag von Fr. 25'899.95, sondern nur noch einen solchen von Fr. 10'130.80 nebst Zins zu 5% seit dem 20. November 2008. Das vorinstanzliche Urteil ist daher insoweit in Rechtskraft erwachsen, als die Klage im Mehrbetrag abgewiesen worden ist (§ 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. 49 S. 9 ff.). 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. 49 S. 3). Es seien mündliche Absprachen getroffen worden, in welchem Zusammenhang den Parteien der Zeugenbeweis offen stehen müsse (act. 49 S. 22). Namentlich beanstandet sie, dass die Vorinstanz den Zeugenbeweis für nicht aktenkundige Sachverhalte nicht abgenommen habe (act. 49 S. 3). Vieles Rechtsrelevantes sei nämlich vereinbart worden, was gar nicht aktenkundig sein könne (act. 61 S. 4).

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. 61 S. 4) kann ein Beweisverfahren nicht dazu dienen, Tatsachenvorbringen, die bereits im Behauptungsverfahren hätten aufgestellt werden müssen, zu ersetzen. Im Behauptungsverfahren sind gegebenenfalls der Inhalt und die Umstände mündlicher Absprachen im Einzelnen darzustellen; fehlen derartige Parteibehauptungen, so kann auch kein Beweisverfahren stattfinden.

4. Materielle Beurteilung

4.1. In das Zentrum des erstinstanzlichen Verfahrens stellte die Klägerin den Darlehensvertrag zwischen H. _____ und den Beklagten vom 5. Dezember 1994 (act. 4/3). Sie spricht in diesem Zusammenhang von der "eingeklagten Darlehensforderung" und von einem von H. _____ gewährten Darlehen, vom "Darlehensgeber H. _____" (act. 1 S. 4 und 8 f.; act. 18 S. 3). 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. 10 f. mit Hinweis auf 4/5a und 4/5b).

4.1.1. Mit den erwähnten erstinstanzlichen tatsächlichen Vorbringen übereinstimmt auch der von der Klägerin vorgelegte Darlehensvertrag vom 5. Dezember 1994 (act. 4/3): Die Rede ist dort vom Darlehensvertrag als "Rechtstitel für diese Klage" (act. 1 S. 4). Die Rede ist aber auch ganz klar von H. _____ als "Darlehensgeber" und von den Beklagten werden als "Darlehensnehmern" 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. 49 S. 8 f.; act. 66 S. 4). Die von H. _____ zugunsten der G. _____ vorgenommene Zession sei daher "rein formell (reine Papierform)" (act. 49 S. 6) und daher rechtlich belanglos (act. 49 S. 24, 61 S. 18). Die Beklagten hätten nämlich stets gewusst, dass nicht H. _____, sondern die G. _____ als Vertragspartnerin die Finanzierungslücke überbrückt habe (act. 61 S. 18). Wenn H. _____ eine Abtretungserklärung zugunsten der G. _____ aufgesetzt habe, dann sei dies einzig auf "seine persönliche laienhafte Sicht als Mandatsträger" zurückzuführen (act. 61 S. 19). Diese tatsächlichen Vorbringen sind neu und daher im Berufungsverfahren unzulässig (§ 267 Abs. 1 in Verbindung mit § 115 ZPO/ZH).

4.1.3. 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. 61 S. 18). Die Beklagten behaupteten indessen vor Vorinstanz allerdings nicht, dass die G. _____ ihnen ein Darlehen gewährt habe, sondern dass der von ihnen bewerk-

stelligte Grundstückskauf nicht durch ein von H._____ gewährtes Darlehen finanziert worden sei (act. 11 S. 5); ferner behaupteten die Beklagten, dass das von H._____ gewährte Darlehen nie valuiert worden sei (act. 12 S. 5), weshalb keine Darlehensforderung bestehe. Auf den Standpunkt, dass abweichend vom Vertragswortlaut nicht H._____, sondern die G._____ Darlehensgeberin gemäss Vertrag vom 5. Dezember 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.

4.1.4. Die Klägerin stützt sich mithin gemäss ihren nach wie vor massgeblichen Vorbringen auf den Darlehensvertrag zwischen H._____ und den Beklagten vom 5. Dezember 1994 (act. 1 S. 4 mit Hinweis auf act. 4/3). Die Darlehenssumme belief sich bei diesem Vertrag auf Fr. 232'000.00. 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. Im Zentrum des vorinstanzlichen Urteils steht die Frage, ob H._____ das Darlehen gemäss dem Darlehensvertrag vom 5. Dezember 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 überhaupt ausbezahlt worden ist (BGE 83 II 209 E. 2).

4.2.1. Von der Klägerin unbestritten – und vor Obergericht sogar ausdrücklich anerkannt (act. 61 S. 17) – ist der Umstand, 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 überhaupt geleistet worden ist; die Beklagten bestreiten letzteres. Die Klägerin meint in diesem Zu-

sammenhang, der Darlehensbetrag sei den Beklagten "an Zahlungsstatt zur Restfinanzierung/Nachgangsfinanzierung eingesetzt" worden (act. 18 S. 8). 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 erwähnte Bemerkung der Beklagten in ihrer erstinstanzlichen Replikschrift keine Hinweise auf übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien, die Grundlage für einen Vertragsschluss bieten könnten (vgl. dazu: Schärrer/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.

4.2.2. Vor Obergericht anerkennt die Klägerin zwar ausdrücklich, dass nach Abschluss des Darlehensvertrages vom 5. Dezember 1994 den Beklagten vom Darleiher keine Geldsumme übergeben worden sei (act. 61 S. 17). 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. 49 S. 14; act. 61 S. 5 und 8). 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 5. Dezember 1994 abgestützte Klage muss daher schon aus diesem Grunde scheitern.

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

4.3.1. Das erste Dokument ist der Darlehensvertrag zwischen H. _____ und den beiden Beklagten über Fr. 232'000.00 vom 5. Dezember 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 5. Dezember 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.

4.3.2. Das zweite Papier ist die Vereinbarung zwischen H. _____ einerseits und der G. _____ andererseits vom 23. Dezember 1994 (act. 4/5a). Mit dieser Vereinbarung bezeichneten sich die Vertragsparteien als "Verkäufer" und als "Käufer". Ein ganzes Vertragsverhältnis kann, wie erörtert, nicht einfach "verkauft" werden. 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.

4.3.3. Das dritte Papier ist eine "Zession", ebenfalls datierend vom 23. Dezember 1994 (act. 4/5b). 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.).

4.3.4. 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. 61 S. 12). Die von der Klägerin einseitig vermerkten Buchhaltungsvorgänge ersetzen übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR indessen klarerweise nicht.

4.3.5. Das führt zusammenfassend dazu, dass die Klägerin aus dem Darlehensvertrag vom 5. Dezember 1994 nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Zwar bestätigte die G._____ mit der Vereinbarung vom 23. Dezember 1994 (act. 4/5a), den "Inhaberschuldbrief im II. Rang von Fr. 232'000.00" 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 (vgl. unten Erw. 4.4.).

4.4. Am tt. Dezember 1994 wurde zwischen H._____ und den beiden Beklagten ein Pfandvertrag zur Errichtung eines Inhaberschuldbriefes öffentlich beurkundet (act. 4/7). Im Pfandvertrag wird der zwischen den gleichen Parteien am 5. Dezember 1994 abgeschlossene Darlehensvertrag nicht erwähnt. Es gibt keine Hinweise, wonach dieser Pfandvertrag mit dem seinerzeit mit H._____ am 5. Dezember 1994 abgeschlossenen, aber nicht valutierte Darlehensvertrag in Zu-

sammenhang steht. Die beiden Beklagten bekannten mit dem Schuldbrief, weder der G. _____ noch H. _____ die dort erwähnte Summe von Fr. 232'000.00 schuldig zu sein, sondern einzig *"dem jeweiligen Inhaber dieses Schuldbriefes"*. Bezüglich dieses am 9. 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.

4.4.1. Wie erwähnt, anerkannten die beiden Beklagten, mit dem Pfandvertrag *"dem jeweiligen Inhaber dieses Schuldbriefes unter solidarischer Haftbarkeit die Summe von Fr. 232'000.00 ...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. 232'000.00 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 5. Dezember 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. 232'000.00, nämlich zu einer solchen gegenüber dem "jeweiligen Inhaber".

Die Klägerin legt dar, dass der Inhaberschuldbrief das Darlehen vom 5. Dezember 1994 abgesichert haben soll (act. 1 S. 8). Vor Obergericht räumt sie indessen ein, dass es auf diesen Darlehensvertrag zwischen H. _____ und den Beklagten nicht entscheidend ankommen kann (act. 49 S. 8). Übereinstimmende Willensäusserungen der Vertragsparteien, die einen Darlehensvertrag zwischen der G. _____ oder der Klägerin einerseits und den Beklagten andererseits belegen würden, wurden vor Vorinstanz nicht behauptet. Mit den Beklagten ist unter diesen Umständen die einzige massgebliche Verpflichtung der beiden Beklagten in der Pfandbestellung vom 9. Dezember 1994 und der darauf erfolgten Hingabe des Inhaberschuldbriefes (act. 4/7 bzw. act. 12/2) zu sehen. Dieser Vorgang hat den nicht honorierten bzw. valutierten Darlehensvertrag vom 5. Dezember 1994 ersetzt. Unter diesen Umständen kann ausgeschlossen werden, dass die Beklagten gehalten wären, sowohl die Darlehenssumme gemäss Darlehensvertrag vom

5. Dezember 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. 4/7, 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. 4/5b), waren dies leere Worte. Der Inhaberschuldbrief wurde damit der Klägerin nicht ausgehändigt, was Voraussetzung dafür gewesen wäre, dass sie daraus hätte Rechte ableiten können.

4.5. 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 5. 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).

4.5.1. 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._____ vertragstreue 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. 12/5) und sie sich für den Betrag von Fr. 232'000.00 durch "Selbsteintritt" befriedigt habe, dann bestünde in der Tat 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 geltend machen kann noch je geltend machen konnte. Der Anspruch der Klägerin ist daher unbegründet, was zur Abweisung der Klage führt.

4.6. 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. 232'000.00 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. 232'000.00 errichtet, der zunächst H._____ übergeben wurde und alsdann der Bank (act. 4/7). Damit wurden die Beklagten durchaus mit einem Betrage von Fr. 232'000.00 belastet. Die Beklagten sind damit nicht ungerechtfertigt bereichert, und schon gar nicht zulasten der Klägerin.

4.7. Nach dem Gesagten ist die Klage auf der ganzen Linie abzuweisen (sowohl bezüglich Kapital als auch bezüglich Zinsen). Im Sinne einer Eventualbegründung sei im Sinne von § 161 GVG auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen. Keine Rolle spielen kann es daher, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, wonach die Unterschriften H._____s und der Vertreter der G._____ auf der Vereinbarung vom 23. Dezember 1994 (act. 4/5a) nicht echt sei.

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 in dem Fr. 10'130.80 nebst Zins zu 5% seit dem 20. November 2008 übersteigenden Betrag 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. 14'000.00 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. 14'000.00 (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. 232'000.00.

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: