

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel

Beschlüsse und Urteil vom 13. April 2012

in Sachen

Erbengemeinschaft A._____,

a) **B.**_____,

b) **C.**_____,

Klägerinnen und Berufungsklägerinnen

a, b vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

D._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 8. Juni 2011;

Proz. CG060040

Rechtsbegehren:

(act. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 73'000.– zzgl. 5 % Zins seit 1. April 2004 auf die jeweils fälligen jährlichen Zinszahlungen zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Anlässlich der Replik modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 31)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägerinnen EUR 73'000.– zzgl. 2 % Zins seit 1. April 2004 sowie 5 % Zins auf die jeweils fälligen jährlichen Zinszahlungen von EUR 1'460.– zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 8. Juni 2011:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen 2% Zins auf EUR 73'000.– seit dem 1. April 2004 sowie 5% Zins auf die jeweils fälligen jährlichen Zinszahlungen von EUR 1'460.– zu bezahlen.
Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 18'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'315.– Übersetzungen
Fr. 2'515.– Zeugenentschädigungen
3. Die Kosten des Verfahrens werden den Klägerinnen auferlegt, je unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.
4. Die Klägerinnen werden verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 22'000.– zu bezahlen.
Die Klägerinnen haften der Beklagten solidarisch je für die gesamte Prozessentschädigung.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerinnen (act. 128):

- "1. Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 8. Juni 2011 (Geschäfts-Nr. CG060040/U01/sh/mt) sei teilweise aufzuheben und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, den Berufungsklägerinnen EUR 73'000.— zzgl. 2 % Zins seit 1. April 2004 sowie 5 % Zins auf die jeweils fälligen jährlichen Zinszahlungen von EUR 1'460.— zu bezahlen;
2. Die Ziffern 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 8. Juni 2011 (Geschäfts-Nr. CG060040/U01/sh/mt) seien aufzuheben;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

der Berufungsbeklagten (act. 145):

- "1. Die Berufungsklage vom 14. Juli 2011 sei vollständig abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 8. Juni 2011 zu bestätigen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien den Berufungsklägerinnen aufzuerlegen.
3. Die Berufungsklägerinnen seien zudem zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten direkt eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen."

prozessualer Antrag:

"Der Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerinnen sind Ehefrau (Witwe) und Tochter des verstorbenen A._____, geboren am tt.mm.jjjj, verstorben am tt.mm.2005 in E.____ [Staat] (act. 4/5). Sie sind die Rechtsnachfolgerinnen von A._____. Die Beklagte ist die langjährige Freundin von A._____. Sie ist tätig als Kosmetikerin im eigenen Kosmetikinstitut, heute in einem Institut mit Namen "... " in F.____ [Ortschaft in der Schweiz]. Am 5. März 2004 schlossen A._____ und die Beklagte eine Vereinbarung mit dem Titel "Darlehensvertrag" ab. Darin wurde unter anderem festgehalten, dass A._____ der Beklagten eine ab 1. April 2004 zu verzinsende Summe von Euro 73'000.– für die Gründung eines eigenen Kosmetikstudios gewährt (act. 4/2). A._____ überwies den besagten Geldbetrag entsprechend CHF 114'500.50 (damaliger Kurs/Gegenwert Euro 1.5685) mit Valuta vom 5. März 2004 auf ein Sperrkonto bei der G._____ Bank lautend auf die (damals sich im Gründungsstadium befindende) Unternehmung der Beklagten, H._____ GmbH, später H1._____ AG (act. 16/3); die H1._____ AG wurde ein paar Jahre später liquidiert.

Die Passivlegitimation der Beklagten und die Rechtsnatur des streitgegenständlichen Vertrages sind vor Oberinstanz zu Recht nicht mehr strittig. Die von der Beklagten im Berufungsverfahren wie beiläufig angebrachte Bemerkung, sie sei immer davon ausgegangen, dass es sich hier um eine Schenkung handle und der Vertrag nur aus steuertechnischen Gründen als Darlehen formuliert worden sei (act. 145 S. 10 unten), genügt den Begründungsanforderungen einer Rechtsmittelschrift nicht (Art. 311 i.V.m. Art. 312 ZPO). Die Beklagte hätte sich im Einzelnen mit den entsprechenden Erwägungen und der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen müssen (act. 127 S. 13 ff.). Die Beklagte nimmt of-

fensichtlich keinen Bezug auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheides (und die Berufungsbegründungsschrift), opponiert insoweit nicht, weshalb ein entsprechender unstrittiger Sachverhalt vorliegt. Die Rechtsnatur des streitgegenständlichen Vertrages - ein Darlehensvertrag - ist damit, wie erwähnt, nicht mehr strittig.

Der Gerichtstand, gemäss Vertrag Uster, und das anwendbare - schweizerische - Recht geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

2. Der Bestand der Darlehensforderung von Euro 73'000.-- und die grundsätzliche Verpflichtung der Beklagten zur Rückzahlung des Darlehens sind unbestritten und damit anerkannt. Im Wesentlichen bleibt der Zeitpunkt der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs strittig. Während die Klägerinnen davon ausgehen, dass sie den Darlehensvertrag sowohl ordentlich wie ausserordentlich gekündigt hätten, bestreitet die Beklagte eine rechtsgültig erfolgte Kündigung des Darlehensvertrages.

3.1. Mit Urteil vom 8. Juni 2011 sprach die Vorinstanz den Klägerinnen einzig den eingeklagten Vertrags- und Verzugszins zu und wies die Klage im Mehrumfang ab (act. 127). Gegen diesen Entscheid richtet sich die fristgerecht erhobene Berufung der Klägerinnen, womit sie ihr vor Vorinstanz gestelltes Rechtsbegehren erneuern (act. 128). Mit Präsidialverfügung vom 24. August 2011 wurde den Klägerinnen gestützt auf Art. 98 ZPO Frist zu Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 9'350.-- angesetzt (act. 132). Die Klägerinnen haben den Vorschuss innert erstreckter Frist rechtzeitig geleistet (act. 136). Die Beklagte lässt innert der ihr mit Verfügungen vom 20. Oktober 2011 (act. 137) und vom 1. November 2011 (act. 141) angesetzten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort auf Abweisung der Berufung schliessen (act. 145). Den Klägerinnen wurde ein Doppel der Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. act. 146) und der vom Gesetz vorgesehene Schriftenwechsel so abgeschlossen (vgl. Art. 311-313; Art. 316 ZPO).

3.2. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar. Das Urteil der

Vorinstanz vom 8. Juni 2011 ist daher im nicht angefochtenen Teil der Verpflichtung zur Bezahlung von Vertrags- und Verzugszins, mit Eingang der Berufungsantwort am 21. November 2011 (act. 145) rechtskräftig geworden (vgl. Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 315 N 3). Das ist vorzumerken.

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits rechtshängig waren, gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz weiter. Für das im September 2006 rechtshängig gemachte vorinstanzliche Verfahren gilt damit die kantonale Verfahrensordnung gemäss ZPO/ZH und GVG/ZH. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des vorinstanzlichen Verfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV; vgl. § 23 GebV OG vom 8. September 2010 und § 25 AnwGebV vom 8. September 2010). Demgegenüber kommt das neue Verfahrensrecht und der dazugehörigen kantonalen Erlasse zu den Gebühren usw. (GOG, ferner GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010) für das Rechtsmittelverfahren zur Anwendung, weil das neue Verfahrensrecht bei der Eröffnung des Entscheides bereits in Kraft war (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Unter richtigem Hinweis auf die für die Vertragsauslegung massgeblichen Grundsätze (vgl. act. 127 S. 33 ff.) unterzog das Bezirksgericht den Vertrag (act. 4/2) einer breiten Auslegung. Dabei gelangte es zum Schluss, weshalb entgegen des Wortlautes die maximale Laufzeit mit der festgesetzten Laufzeit gleichzusetzen sei (act. 127 S. 36 f.). Vergleiche man den Darlehensvertrag vom 5. März 2004 (act. 4/2) mit dem Darlehensentwurf vom 4. März 2004 (act. 79/1) so falle auf, dass im Entwurf noch keine maximale Laufzeit vorgesehen gewesen sei (act. 79/1). Die nachträgliche Ergänzung sei, wie der Darlehensvertragsentwurf selbst, von einem juristischen Laien vorgenommen worden. Die Interpretation, wonach die Vertragsparteien lediglich eine maximale Laufzeit hätten festsetzen wollen, welche das Kündigungsrecht in Ziff. 2 nicht beschlage, sei zwar nicht a

priori von der Hand zu weisen. Wahrscheinlicher erscheine indes, dass die maximale Laufzeit mit der festgesetzten Laufzeit gleichzusetzen sei. Der Umstand nämlich, dass das Darlehen erst nach mündlicher und schriftlicher Absprache fällig werden sollte, deute darauf hin, dass die Parteien bei einer allfälligen Kündigung eine einvernehmliche Lösung hätten suchen wollen. Auch sei davon auszugehen, dass bei einer Kündigungsfrist von einem ganzen Jahr – entgegen der gesetzlichen Rückzahlungsfrist von sechs Wochen gemäss Art. 318 OR –, es im Sinne des Darlehensgebers gewesen sei, der Darlehensnehmerin möglichst viel Zeit zur Rückzahlung zu geben. Dies ergebe sich auch aus dem Umstand, dass die Vertragsparteien von Ziffer 3 des Darlehensvertragsentwurfes absahen, welche die vorzeitige Fälligkeit bei Verzug mit Zinszahlungen stipuliert gehabt habe. Zum selben Schluss gelange man bei Betrachtung der Beziehung zwischen den Vertragsparteien sowie dem Vertragszweck. Es sei davon auszugehen, dass A. _____ als Lebenspartner der Beklagten diese beim Aufbau ihres Geschäfts unterstützen und sie in finanzieller Hinsicht nicht noch zusätzlichem Druck habe aussetzen wollen. Hierfür spreche schliesslich auch der Umstand, dass A. _____ den ausstehenden Jahreszins nicht einverlangt habe.

Im Ergebnis seiner Auslegung hielt das Bezirksgericht daher im angefochtenen Urteil unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und den Vertragszweck im Wesentlichen fest, dass der Darlehensvertrag während sieben Jahren unkündbar (gewesen) sei. Die in Ziffer 1 des Darlehensvertrages vom 5. März 2004 genannte *maximale* Laufzeit von sieben Jahren sei mit der *festgesetzten* Laufzeit gemäss Ziffer 2 des Vertrages gleichzusetzen (act. 4/2). Nach Ablauf der festgesetzten (entsprechend der maximalen) Laufzeit könne das Darlehen nach dem klaren Wortlaut und dem Vertragszweck unter Einhaltung der Jahresfrist gekündigt werden. Beide Parteien seien denn auch von einer jährlichen Kündigungsfrist ausgegangen (act. 127 S. 37; act. 2 S. 7, act. 31 S. 13, implizit: act. 15 S. 9 f., 15). Demnach - so die Vorinstanz weiter - sei das Darlehen bis zum 5. März 2011 unkündbar und hernach - unter der Einhaltung der jährlichen Kündigungsfrist - frühestens per 5. März 2012 kündbar (act. 127 S. 38 oben).

Im Anschluss an diese Überlegungen prüfte das Bezirksgericht die Frage, ob dem Darlehensgeber bei einem Zinszahlungsverzug der Darlehensnehmerin während der festgesetzten Laufzeit von sieben Jahren ein ausserordentliches Kündigungsrecht zustehen würde. Es kam unter Heranziehung des einen Tag zuvor erstellten Darlehensentwurfes vom 4. März 2004 (act. 79/1) zum Schluss, dass die Vertragsparteien bei Zinszahlungsverzug keine ausserordentliche Beendigungsmöglichkeit haben vorsehen wollen. Vielmehr sei beabsichtigt worden, die Sicherung der Zinsforderung durch die bestellten Sicherheiten (gemäss Ziffer 3 des Vertrages) zu gewährleisten (act. 127 S. 39). Zur Untermauerung dieses Ergebnisses verwies die Vorinstanz auch auf das Verhalten des Darleihers, welcher keine ausserordentliche Kündigung geltend machte, obwohl die Darlehensnehmerin die (erste) Zinsrate nicht beglichen hatte (act. 127 S. 40).

3.1. Die Klägerinnen wenden sich mit ihrer Berufung gegen dieses Ergebnis. Im Wesentlichen machen sie geltend, dass die Parteien mit den bestellten Sicherheiten eben gerade gezeigt hätten, dass sie sich von finanziellen Überlegungen leiten gelassen und diese auch in Worte gefasst hätten. Es sei davon auszugehen, dass die Abänderung von Ziffer 3 viel Platz eingenommen habe und die bedeutsame Ziffer 3 (Sicherheiten) nicht ohne Weiteres erfolgt sei, sondern deren Vor- und Nachteile besprochen worden seien. Hätte unter diesen Umständen eine ausserordentliche Kündigung ausgeschlossen werden wollen, wäre dies ausdrücklich gemacht worden (act. 128 S. 5). Stattdessen sei in Ziffer 6 des Vertrages klar auf das OR verwiesen worden, wobei den Parteien habe bewusst sein müssen, dass darin die Möglichkeit von ausserordentlichen Kündigungen (zu ergänzen: im Sinne eines Vorgehens nach Art. 107 OR bei Verzug mit Zinszahlungen oder sonstigen Vertragsverletzungen) vorgesehen sei, wie dies ganz allgemein in den verschiedenen Rechtsbereichen mit mehrjährigen Vertragslaufzeiten üblich sei (act. 128 S. 5). Ohnehin sei aber ein bestimmter Rückzahlungszeitpunkt, nämlich nach Ablauf der maximalen Laufzeit von sieben Jahren, und damit per 5. März 2011, vereinbart worden (act. 128 S. 7). Die vormalige Rechtsanwältin der Beklagten habe denn auch mit Schreiben vom 5. Dezember 2005 die ausgesprochene Kündigung der Klägerinnen vom 5. Oktober 2005 akzeptiert und den Ablaufzeitpunkt selbst auf den 31. März 2011 festgesetzt (act. 128 S. 8). Darauf

sei die Beklagte zu behaften. Zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides sei damit die Darlehensforderung auch unter diesem Gesichtspunkt fällig gewesen.

3.2. Die Beklagte hält in der Hauptsache fest, relevant sei einzig, dass bei einer Forderungsklage die Forderung bei Einreichung der Klage fällig zu sein habe. Fälligkeit im Urteilszeitpunkt genüge nicht. Der Darlehensvertrag sei erstmals per März 2012 kündbar (act. 145 S. 6). Mit der Vorinstanz hielt die Beklagte sodann fest, dass Ziffer 6 des streitgegenständlichen Vertrages (*"Im Übrigen gelten die Allgemeinen Bedingungen gemäss OR."*) im Gefüge des Gesamtkontextes ein Vorgehen nach Art. 107 OR nicht erlaube (act. 145 S. 11): Der Vertragsentwurf vom Vortag habe noch ein Vorgehen gemäss Art. 107 f. OR bei Verzug mit Zinszahlungen vorgesehen. Die Parteien hätten aber ganz offensichtlich keine solche Bestimmung mehr gewollt, weshalb sie diese kurz vor Vertragsunterzeichnung noch abgeändert und durch den Passus "Sicherheit" (neue Ziffer 3) ersetzt hätten. Das gesamte Inventar und die gesamte Geschäftsübergabe sei als Sicherheit für das gewährte Darlehen bestellt worden (act. 145 S. 6). Im Übrigen sei zu beachten, dass die Parteien juristische Laien und der Vertrag auf Ersuchen der Parteien von einem Architekten verfasst worden sei (act. 145 S. 8).

4.1. Die Fälligkeit des Anspruchs muss nicht bereits im Zeitpunkt der Klageeinreichung vorliegen. Als Voraussetzung der Gutheissung muss die Fälligkeit des Anspruches vielmehr erst zum entscheidungsmassgeblichen Zeitpunkt gegeben sein (Oberhammer, BSK-ZPO, Art. 84 N. 12; derselbe in KUKO-ZPO, Art. 84 N 11 f.; Brunner, DIKE-Komm-ZPO [online-Stand 10. Oktober 2011] Art. 84 N. 3). Auch unter dem bis Ende 2010 geltenden kantonalen Verfahrensrecht war die Rechtslage im Zeitpunkt des Urteils massgebend, soweit dem nicht das Novenrecht entgegenstand (vgl. zum Ganzen Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, § 188 ZPO/ZH N 3 mit weiteren Hinweisen). Dass sich das Urteil über die Rechtslage zur Zeit seiner Fällung ausspricht, erlaubt der materiellen Wahrheit möglichst nahezukommen. Die ordentliche bzw. vertragliche Kündbarkeit des Darlehens war von Anfang an vor Bezirksgericht Gegenstand des Verfahrens und wurde daher prozessual rechtzeitig in das Verfahren eingebracht (act. 2 S. 6 f. act. 15 S. 15, act. 31 S. 13, act. 28 S. 12). Die Klägerinnen

haben der Beklagten zudem für diese erkennbar zu verstehen gegeben, dass sie den Darlehensvertrag (auch) ordentlich beenden wollen. Die Beklagte verstand die Kündigung des Vertrages vom 5. Oktober 2005 (act. 4/7) als ordentliche Kündigung, wenn sie festhielt, dass sie die Kündigung des Darlehensvertrages auf den frühest möglichen Zeitpunkt, somit 31. März 2011, zur Kenntnis nehme (act. 4/8 S. 2). Auch im vorliegenden Verfahren macht die Beklagte nicht Unsicherheit in Bezug auf ihre Rechtsstellung geltend. Sie lässt sich auch im vorliegenden Verfahren die vertragliche (ordentliche) Kündigung des Vertrages entgegenhalten und hält fest, dass der Vertrag frühestens auf das Jahr 2012 kündbar wäre (act. 15 S 15, act. 145 S. 6). Auch blieben die Ausführungen der Klägerinnen in deren Eingabe vom 15. April 2011 unwidersprochen (act. 121); im Nachgang an das im Juli 2010 abgeschlossene Beweisverfahren sahen sich die Klägerinnen veranlasst, auf die Fälligkeit der Rückzahlung des Darlehens infolge Ablauf der Zeit bzw. der Laufzeit hinzuweisen. Im Übrigen darf eine Partei Ausführungen rechtlicher Natur grundsätzlich jederzeit ins Verfahren einbringen. Dies ergibt sich aus Art. 57 ZPO, wonach das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat.

Das hat zur Folge, dass zu prüfen ist, ob die Klage mittlerweile wegen ordnungsgemässer vertraglicher Kündigung des Darlehens, gutzuheissen ist.

4.2. Der Darlehensvertrag vom 5. März 2004 lautet wie folgt:

- "1. Zinssatz: 2% im Jahr
Zinstermin: ab 01. April 2004
Zinszahlung: Jährlich Euro 1'460.00
Maximale Laufzeit: 7 Jahre
2. Das Darlehen ist jährlich nach mündlicher und schriftlicher Absprachen, mit einer jährlichen Kündigung zur Rückzahlung fällig. Es ist während der festgesetzten Laufzeit von keiner Vertragspartei kündbar.
3. Sicherheiten: Gesamtes Inventar (...)
Gesamte Geschäftsübergabe (...)
4. Kommt der Darlehensnehmer mit Zinszahlungen in Verzug, hat er einen Verzugszins von 5 % zu entrichten; das Kündigungsrecht des Gläubigers gemäss Ziffer 2 wird dadurch nicht beeinträchtigt.
5. Der Darlehensnehmer verzichtet, für allfällige Forderungen gegenüber dem Gläubiger ein Verrechnungsrecht geltend zu machen.
6. Im Übrigen gelten die Allgemeinen Bedingungen gemäss OR.

7. (...)
8. (...)"

4.3. Die Vorinstanz hat einlässlich erwogen, weshalb von einer Übereinkunft der Parteien auszugehen ist, wonach der Vertrag während der ersten sieben Jahren Laufzeit unkündbar ist. Es kann auf das unter Ziffer 2 vorhin Vorgestellte verwiesen werden. Die Klägerinnen haben im Berufungsverfahren nichts vorgebracht, was im Lichte der einlässlichen und zutreffenden Erwägungen des Bezirksgerichts bezüglich Sachverhalt neu wesentlich sein könnte. Auch in rechtlicher Hinsicht ergibt sich kein anderes Ergebnis als das vom Bezirksgericht Erwogene. Es kann daher – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (vgl. Ziffer 2 vorstehend und act. 127 S. 33 ff). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich in erster Linie als Ergänzungen zu den vorinstanzlichen Erwägungen.

4.4. Zentrale Eckpunkte eines Darlehensvertrages sind neben dem Darlehensbetrag und der Verzinsung die Laufzeit und eng damit verknüpft die Kündigungsmodalitäten. Die Parteien sind frei in der Bestimmung der Fälligkeit der Forderung (Art. 75 OR) und damit der Kündigungsmöglichkeiten (vgl. ZK-Higi, N 5 zu Art. 318 OR). Die vorliegend zentrale Frage ist, ob die maximale Laufzeit mit der festgesetzten Laufzeit gleichgesetzt werden kann. Entstehungsgeschichte und Vertragszweck lassen mit der Vorinstanz darauf schliessen, dass dem so ist. Zur Abrundung dieses primär durch Auslegung ermittelten Bildes (act. 127 S. 36 ff.) bzw. zur Untermauerung dieses Schlusses können die deponierten (Zeugen-) Aussagen herangezogen werden. Die persönliche Befragung der Beklagten kann mit Blick auf Art. 191 ZPO i.V.m. Art. 168 Abs. 1 ZPO als Beweismittel berücksichtigt werden, weil sie unter Ermahnung zur Wahrheit erfolgte (act. 80). Die Beweisregel des § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gilt nicht mehr. Die Beklagte, geschiedene Mutter eines Kindes, bezog am Anfang ihrer Beziehung zu A._____, im Jahre 1999, Arbeitslosengelder, arbeitete alsdann in einem Teilzeitpensum und besuchte eine Kosmetikschule, welche sie mit einem Diplom abschloss. Die Beklagte erklärt, es seien ihr während der gesamten Zeit des Zusammenlebens substantielle Geldbeträge von A._____ zugekommen (act. 80 S. 2 ff.). Er, A._____, habe auch

das zum Kauf ausgeschriebene Kosmetikinstitut angeschaut und sie, die Beklagte, gefragt, wie viel sie brauche, worauf sie geantwortet habe, um die Fr. 100'000.-- (act. 80 S. 7). Was im Darlehensvertrag gestanden sei, sei beiden unwichtig gewesen. Wichtig sei gewesen, dass sie den Darlehensvertrag gemacht hätten (act. 80 S. 8). Sie, die Beklagte, habe einen Darlehensvertrag abschliessen wollen, weil sie Angst gehabt habe, dass die Steuerbehörde ihr diesen Betrag von Euro 73'000.-- wieder als Einkommen anrechnen würde (act. 80 S. 6 unten f.). Dass A._____ die Beklagte wirtschaftlich absichern wollte, ergibt sich auch aufgrund der übrigen Zeugenaussagen. Der von den Klägerinnen angerufene Zeuge, I._____, von Beruf Immobilienverwalter, welcher mit A._____ sowohl geschäftlich als auch privat verbunden war, betonte den für die Beklagte vorteilhaften finanziellen Aspekt der Beziehung zu A._____ (act. 101 S. 2 ff.); A._____, welcher gemäss I._____ in den letzten Jahren körperlich nicht mehr ganz in Ordnung gewesen sei (act. 101 S. 2), habe im Gegenzug Gesellschaft gehabt (act. 101 S. 4). Zwar bezeichnete I._____ die Beziehung zwischen A._____ und der Beklagten als freundschaftlich und nicht als exklusiv, doch auch gemäss seiner Darstellung dauerte die Beziehung zwischen A._____ und der Beklagten mehrere Jahre und mit einer gewissen Intensität an (act. 101 S. 2). Gemäss I._____ habe er, A._____, den Menschen (finanziell) helfen wollen (act. 101 S. 3). Auch die Beklagte sei gut versorgt gewesen. Er, der Zeuge, möge sich noch erinnern, dass A._____ ihm im Zusammenhang mit der vorliegenden Streitsache gesagt habe, er sei von der Kostspieligkeit bestimmter Apparate wie Stühle für ein Kosmetikinstitut überrascht (act. 101 S. 3). Die von der Beklagten angerufenen Zeugen J._____, K._____ und L._____ wiesen auf die finanzielle Grosszügigkeit von A._____ hin und dass A._____ gewollt habe, dass die Beklagte etwas für sich selber aufbauen könne - nicht in Form von Schmuck oder so (u.a. act. 77 S. 6; act. 92C, S. 2). Der Zeuge M._____, der den Darlehensvertragsentwurf aufsetzte (act. 78 S. 5), erklärte, Ziel sei die wirtschaftliche Selbständigkeit der Beklagten in der Kosmetikindustrie gewesen (act. 78 S. 10). Über die Dauer des Darlehens sei allerdings nicht diskutiert worden (act. 78 S. 7). Auch der wie die Beklagte der ... [aus Staat N._____] Gemeinde angehörige L._____ und enger Bekannter der Beklagten konnte als Zeuge zu den Vertragsverhandlungsgesprächen, obwohl anwesend,

keine sachdienlichen Angaben machen (act. 77 S. 1 und S. 2), aber er wisse, dass A. _____ Geld für die Gründung des Kosmetikstudio zur Verfügung gestellt habe (act. 77 S. 4).

4.5. Die (mittlerweile nicht mehr existierende) H. _____ GmbH war für die Beklagte eine wirtschaftliche Existenzgründung. Der Betrieb des Kosmetikstudios sollte der Beklagten wirtschaftliche Unabhängigkeit geben. Damit einher korrelierte aber eine über Jahre dauernde Pflicht des Darlehensgebers zur Belassung des Geldbetrages, ist doch bekannt, dass junge Firmen während längerer Zeit mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen haben, bis sich der wirtschaftliche Erfolg einstellt (vorliegend das konkrete Vorhandensein von Kunden). Die Rückzahlung des Darlehens kann sich verzögern. Ist der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer darüber hinaus noch persönlich verbunden, erhält die Förderung der wirtschaftlichen Selbständigkeit um so mehr Gewicht. Die Parteien, welche mit der Vorinstanz als juristische Laien, wenn auch nicht unbedingt als geschäftsungeübte Leute bezeichnet werden können, wussten um diesen Umstand. Während der festgesetzten Laufzeit sollte der Vertrag denn auch nicht auf Kündigung gestellt und aufgelöst werden können (Ziffer 2 des Vertrages, 2. Satz). Die Beklagte konnte und sollte in diesem Zeitraum (während der festgesetzten Laufzeit) über das Geld frei verfügen (können) und war daher auch bereit, A. _____ eine feste Zinszahlung über die gesamte Laufzeit zu vergüten (Ziffer 1 des Vertrages). Im Lichte dieser Betrachtung drängt sich die Gleichsetzung der festgesetzten Laufzeit (gemäss Ziffer 2) mit der maximalen Laufzeit (gemäss Ziffer 1 am Schluss) geradezu auf. Nach Ablauf der festgesetzten Laufzeit von sieben Jahren ist der Vertrag frühestens unter Einhaltung einer jährlichen Kündigungsfrist ordentlich erstmals auf Ende März 2012 kündbar. Auf eine ausserordentliche Kündigung wegen Verzuges vor Ablauf der sieben Jahre wurde zudem verzichtet. Entgegen den Klägerinnen kann in der Tatsache, dass die damalige Rechtsvertreterin der Beklagten die Kündigung des Vertragsverhältnisses zur Kenntnis nahm und im Zuge dieser Kenntnisnahme den Zeitpunkt der Beendigung des Vertrages bereits auf den 31. März 2011 (anstatt 31. März 2012) ansetzte (act. 4/8), der Beklagten nicht schaden (act. 128 S. 7 f): Die Beklagte nimmt die Kündigungserklärung lediglich zur

Kenntnis. Da es sich bei Kündigungen um empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, ist das nur sachgerecht - bestätigt wird der Empfang. Davon, dass darüber hinaus ihr wirklicher Wille auch eine Vertragsänderung im Sinne der Verkürzung der Laufzeit umfasst und sie solches erklärt hätte, kann nicht die Rede sein. Aus dem Schreiben der damaligen beklagten Rechtsvertreterin vom 5. Dezember 2005 (act. 4/8) geht erkennbar hervor, dass sie den Vertrag nicht vorzeitig beenden wollte. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Beklagte betonte, dass die Kündigung des Darlehensvertrages auf den *frühest möglichen* Zeitpunkt zur Kenntnis genommen werde. Im Prozess stellte sich die Beklagte denn auch von Anfang an auf den Standpunkt, dass der Vertrag frühestens auf Ende März 2012 kündbar wäre (act. 15 S. 15). Auch das ist nichts anderes als sachgerecht: Jede Kündigung wird nur dann und soweit wirksam, wie ihr ein Beendigungsgrund zugrunde liegt (vgl. ZK-Higi, N 12 zu Art. 318 OR), ein sog. "Kündigungsrecht".

4.6. Nachdem das Kündigungsrecht von den Parteien in Ziffer 2 des Vertrages abschliessend geregelt wurde, kommt diesbezüglich der Ziffer 4 des Vertrages keine abweichende, andere Bedeutung mehr zu. Ziffer 4 des Vertrages regelt allein noch die Verzugszinse auf verspäteten Zinszahlungen. Aus den gleichen Gründen kommt dem selbstverständlichen Hinweis in Ziffer 6 des Vertrages auf das dispositive Recht des OR keine abweichende andere Bedeutung zu. Die gewollte übereinstimmende Abweichung der Parteien vom dispositiven Gesetzesrecht - etwa zu den Regeln des Schuldnerverzuges gemäss Art. 102 ff. OR - wurde, wie gezeigt, von ihnen mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht.

5. Nachdem die Darlehensforderung im heutigen Zeitpunkt fällig ist, ist die Klage gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, den Klägerinnen den eingeklagten Betrag von Euro 73'000.— zuzüglich Vertragszins von 2% seit 1. April 2004 sowie Verzugszins von 5% auf die jeweils fälligen jährlichen Zinszahlungen von Euro 1'460.— zu bezahlen.

III.

1.1. Es bleiben die Kosten- und Entschädigungsregelungen. Der für die Bestimmung des Streitwerts massgebende Zeitpunkt ist das Datum der Rechtshängigkeit, welche nach altem Recht mit der Übergabe von Klageschrift und Weisung beim Gericht eintrat (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH i.V.m. § 102 ZPO/ZH). Diese Regel gilt auch unter dem neuen Recht (Diggelmann, Dike-Komm. ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 91 N. 103 f.). Der Euro war bei Eintritt der Rechtshängigkeit, am 11. September 2006, Fr. 1.5808 wert. Der Streitwert beträgt somit Fr. 115'398.40.

1.2. Vor Vorinstanz unterliegen die Klägerinnen bezüglich der eingeforderten Klagesumme vollumfänglich, nachdem es bei der Unkündbarkeit des Darlehensvertrages vom 5. März 2004 während sieben Jahren bleibt. Die Klägerinnen bleiben für das Verfahren vor Vorinstanz demnach kosten- und entschädigungspflichtig. Die Höhe der Kosten, die ihnen von der Vorinstanz auferlegt wurde, wird zu Recht nicht beanstandet (Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV)). Auch die Höhe der Prozessentschädigung, welche die Klägerinnen der Beklagten zu bezahlen haben, wird nicht beanstandet und liegt als Ermessensentscheid innerhalb der von der Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) vorgegebenen Bandbreite.

1.3. Vor Berufungsinstanz obsiegen die Klägerinnen vollumfänglich, weshalb die Beklagte in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO kosten- und entschädigungspflichtig wird. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung der § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 9'350.-- festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen. Die Klägerinnen haben einen Kostenvorschuss geleistet, der bei der Liquidation der Prozesskosten für das Berufungsverfahren (vgl. Art. 111 ZPO) zu berücksichtigen ist. Die Gerichtskosten sind deshalb mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerinnen zu verrechnen; die Beklagte hat den Klägerinnen diesen Betrag zu ersetzen.

Auch für die Festsetzung der Prozessentschädigung gilt, dass die Argumentation beider Parteien vor Berufungsinstanz nicht grundlegend von der vor Vorinstanz abwich. Der überschaubare Sachverhalt war bereits hinlänglich dokumentiert. Es rechtfertigt sich deshalb, für das Berufungsverfahren die Prozessentschädigung

auf einen Drittel der Grundgebühr zu berechnen (§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 Anw-GebV). Die Klägerinnen haben zweitinstanzlich zu Recht keine Mehrwertsteuer verlangt (vgl. auch Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

2.1. Die Berufungsbeklagte hat in ihrer Eingabe vom 16. November 2011 den prozessualen Antrag gestellt, es sei ihr auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y._____ zu gewähren (act. 143; Art. 119 Abs. 5 ZPO).

2.2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Mittellosigkeit ist glaubhaft zu machen, wobei der Gesuchsteller eine umfassende Mitwirkungs- und Offenbarungspflicht hinsichtlich seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse trifft (Entscheid des Bundesgerichts vom 20. März 2008, 5D_114; Art. 117, 119 Abs. 2 und 3 ZPO; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 18, 20).

2.3. Die Beklagte vermochte ihre zivilprozessuale Mittellosigkeit nicht glaubhaft darzulegen (act. 143, act. 145 S. 12). Die Beklagte ist selbständig erwerbstätige Kosmetikerin mit eigenem Institut und Mutter eines mittlerweile 15-jährigen Sohnes (zum Alter des Sohnes siehe etwa act. 144/7 oben). Ihre Ausführung, wonach sie mit einem monatlichen Einkommen von Fr. 3'500.-- und der monatlichen Alimentenbevorschussung im Betrag von Fr. 650.-- den Lebensunterhalt für sich und ihren Sohn bestreiten müsse, lässt sich so nicht in Vereinbarung bringen mit einer Belastungsanzeige des Firmenkontos vom 30. September 2011 (act. 144/4). Aus dieser muss gelesen werden, dass der geltend gemachte Mietzins von Fr. 1'600.-- über Geschäftsaufwand abgerechnet wird und demzufolge — neben dem Betrag von Fr. 3'500.-- — auch Lohn darstellt (act. 114/4 i.V. m. act. 143 S. 2). Ohnehin fällt auf, dass die Beklagte sich im Rahmen der Pfändung ihres Lohnes einen Anteil Mietzins von (lediglich) Fr. 1'000.-- anrechnen lässt (act. 144/3). In diesem Zu-

sammenhang ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht erklärt, weshalb sie während der Dauer des Prozesses die nur halb so teure 4-Zimmer-Wohnung (Mietzins von Fr. 787.-- pro Monat) an der ...-Strasse in O._____ aufgab, um nach F._____ zu ziehen. Unter dem Aspekt der Prüfung der zivilprozessualen Bedürftigkeit würde jedenfalls das Argument, der Wohnort sei an den neuen Arbeitsort in F._____ verlegt worden, nicht überzeugen (act. 16/14/1, act. 15 S. 18). Wenn einer Partei nach Lehre und Rechtsprechung schon zugemutet werden kann, ihre bisherigen Auslagen zwecks Finanzierung eines Prozesses einzuschränken, so kann von ihr auch verlangt werden, ihr bisherigen Ausgabenpositionen (niedrig) beizubehalten, um die für die Bestreitung der Prozesskosten nötigen Rücklagen zu machen.

Die Beklagte reicht sodann Steuerunterlagen ins Recht, die eine Zunahme des Vermögens in den Jahren 2007 bis 2009 festhalten (act. 144/9-11). Steuerunterlagen aktuelleren Datums wurden nicht eingereicht. Die Beklagte finanziert denn auch eine Lebensversicherung mit einer monatlichen Prämienzahlung von Fr. 101.--, deren Rückkaufswert einen Vermögenswert darstellt. Der Firmenkontoauszug für einen einzigen Monat, welcher für den Monat Oktober 2011 höhere Bezüge als Gutschriften festhält, ist deshalb und auch sonst einsichtigerweise nicht aussagekräftig. Dass die Klägerinnen die fälligen Zinsforderungen auf dem Weg der Zwangsvollstreckung eintreiben, ist für die Beurteilung des Armenrechtsgesuch nicht von Bedeutung. Die Mittellosigkeit der Beklagten ist auf Grund der dargelegten finanziellen Verhältnisse nicht ausgewiesen. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Ein allfälliger Weiterzug von Ziffer 1 dieses Beschlusses richtet sich nach der Rechtsmittelbelehrung im nachfolgenden Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird weiter beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass nachfolgender Punkt von Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Uster vom 8. Juni 2011 in Rechtskraft erwachsen ist:

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen 2% Zins auf EUR 73'000.– seit dem 1. April 2004 sowie 5% Zins auf die jeweils fälligen jährlichen Zinszahlungen von EUR 1'460.– zu bezahlen.

2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, den Klägerinnen EUR 73'000.– zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'350.-- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt, indes mit dem von den Klägerinnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen den geleisteten Vorschuss im Betrag von Fr. 6'000.-- zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'125.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

2. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 115'398.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Weibel

versandt am: