

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 23. Mai 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 31. Januar 2012; Proz. CG090054

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin umfassend Rechenschaft über den Umfang und die Zusammensetzung des von ihm angetretenen Anteils am Nachlass seines am tt. September 2002 verstorbenen Vaters C._____, wohnhaft gewesen ... [Adresse], abzulegen. Namentlich sei der Beklagte zu verpflichten, offen zu legen, welche Bankguthaben, Wertschriften und übrigen Vermögenswerte aus dem Nachlass seines verstorbenen Vaters er zusätzlich zu den im Rahmen der Erbteilung auf ihn überschriebenen Grundstücke, insbesondere GB-Blatt ... und GB-Blatt ... in der Gemeinde D._____, und GB-Blatt ..., GB-Blatt ... sowie GB-Blatt ... in der Gemeinde E._____, übernommen hat. Zu diesem Zweck sei der Beklagte namentlich auch zu verpflichten, die mit seiner Schwester, F._____, wohnhaft ... [Adresse], geschlossene Vereinbarung über die Teilung des väterlichen Nachlasses vollumfänglich offen zu legen und einen allenfalls darüber bestehenden schriftlichen Vertrag einzureichen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Hälfte seines aufgrund der Offenlegung nach Ziff. 1 ermittelten Anteils am Nachlass seines Vaters entsprechenden Betrag zu bezahlen.
3. Eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den wertmässig der Hälfte seines nach Ziff. 1 ermittelten Anteils am Nachlass seines Vaters entsprechenden Betrag zu bezahlen.
4. Subeventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Grundstücke GB-Blatt ... und GB-Blatt ... in der Gemeinde D._____ zu Alleineigentum zu übertragen und es sei das Grundbuchamt D._____ anzuweisen, diese Eigentumsübertragung im Grundbuch einzutragen. Sodann sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 303'567.50 zuzüglich Zins ab 1. September 2004 zu bezahlen.
5. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes G._____ (Zahlungsbefehl vom 13. September 2004) im die Klage gutheissenden Umfang zu beseitigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 31. Januar 2012:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 327'500.– nebst 5 % Zins seit 6. Oktober 2004 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes G. _____ (Zahlungsbefehl vom 13. September 2004) wird im Umfang von Fr. 327'500.– nebst 3 % Zins seit 6. Oktober 2004 beseitigt.
3. Die Gerichtsgebühr für das Verfahren vor Bezirksgericht Horgen (CG040064 und CG090054) wird festgesetzt auf:
Fr. 24'480.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 510.– Zeugenentschädigungen
4. Die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht Horgen (CG040064 und CG090054) gemäss Dispositivziffer 3 und vor Obergericht (LB060129) in der Höhe von Fr. 20'000.– werden der Klägerin zu 15 % und dem Beklagten zu 85 % auferlegt. Die von den Parteien geleisteten Kostenvorschüsse werden verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Verfahren vor Bezirksgericht Horgen (CG040064 und CG090054) und vor Obergericht (LB060129) eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 41'275.20 zu bezahlen.

6./7. Mitteilung/Rechtmittel.

(act. 235)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 233):

„Das Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Januar 2012 (CG090054) sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt) zulasten) der Klägerin“.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien lebten seit 1997 in einer eheähnlichen Beziehung. Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einem schriftlichen Schenkungsversprechen in Anspruch, welches er anlässlich eines Hafturlaubes am 17. Februar 2004 abgegeben hat. Im vorliegenden Verfahren ist nur noch zu klären, ob der Beklagte an jenem Abend bei der Unterzeichnung dieser Vereinbarung urteilsfähig war.

2. Der Prozess wurde im Jahre 2004 bei der Vorinstanz rechtshängig gemacht. Mit Urteil vom 11. Mai 2006 wurde die Klage zunächst abgewiesen (CG040064; act. 59) und auf Berufung der Klägerin hin die Sache mit Beschluss vom 4. September 2006 zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen (LB060076; act. 81). Mit Urteil vom 27. November 2006 wies die Vorinstanz die Klage erneut ab (CG060052; act. 84), was zu einem neuerlichen Berufungsverfahren führte (LB060129). Mit Beschlüssen und Vor-Urteil vom 6. November 2007 wurde bezüglich des Hilfsanspruches gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben (act. 134 S. 30), die Änderung des Rechtsbegehrens Ziff. 2-4 zugelassen (act. 134 S. 30) und im Sinne eines Vorurteils festgestellt, dass die auf Art. 21 OR gestützte Anfechtung des Vertrages der Parteien vom 17. Februar 2004 durch den Beklagten verwirkt sei (act. 134 S. 31). Ausserdem wurde die Beschränkung des Prozessthemas für das Berufungsverfahren, welches mit Beschluss vom 22. Februar 2007 (act. 100) angeordnet worden war, wieder aufgehoben (act. 134 S. 32). Mit Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2008 wurde das vorinstanzliche Urteil dann erneut aufgehoben – soweit es nicht bereits durch die Beschlüsse und das Vorurteil der Kammer vom 6. November 2007 ersetzt worden war – und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zur neuen Entscheidung an das Bezirksgericht Horgen zurückgewiesen (act. 161 S. 29). Eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht am 16. Juli 2009 abgewie-

sen, soweit darauf eingetreten wurde (act. 169 S. 16). Der Entscheid des Kassationsgerichts wurde nicht weitergezogen (act. 235 S. 13).

Im Verfahren mit der Prozess-Nr. CG090054 führte die Vorinstanz das Beweisverfahren durch und hiess die Klage mit Urteil vom 31. Januar 2012 im Betrage von Fr. 327'500.-- nebst Zins zu 5 % seit 6. Oktober 2004 gut (act. 235 S. 47).

3. Gegen dieses vorinstanzliche Urteil vom 31. Januar 2012 reichte der Beklagte rechtzeitig Berufung ein (act. 233) und stellte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren. Ihm wurde mit Verfügung vom 16. März 2012 ein Kostenvorschuss von Fr. 17'000.-- auferlegt (act. 237), welchen er rechtzeitig leistete (act. 239).

4. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für das Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides, hier im Jahr 2012, in Kraft war, mithin die Schweizerische Zivilprozessordnung. Gemäss Art. 312 ZPO ist eine Berufungswantwort einzuholen, ausser die Berufung wäre offensichtlich unzulässig oder unbegründet. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist Letzteres der Fall. Damit ist die Sache spruchreif.

II.

1. Der Vorinstanz war mit Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2008 aufgegeben worden, ein Beweisverfahren durchzuführen (act. 161 S. 29). Nachdem die beim Kassationsgericht des Kantons Zürich erhobene Beschwerde – soweit darauf eingetreten wurde – am 16. Juli 2009 abgewiesen wurde (act. 169 S. 16), ist der Beschluss vom 16. Juni 2008 massgeblich geblieben.

Im Rückweisungsbeschluss vom 16. Juni 2008 wurde zur Frage der Urteilsfähigkeit zusammengefasst ausgeführt, dass vermutet werde, der Beklagte sei anlässlich des Vertragsschlusses vom 17. Februar 2004 urteilsfähig gewesen (act. 161 S. 21 E. 4.3.). Zusammengefasst wird im Entscheid der Kammer vom 16. Juni 2008 in E. 4.4 Folgendes festgehalten:

„Soweit der Beklagte auf seine Persönlichkeitsstörungen hinweist, vermag er jedenfalls dadurch allein keine Hinweise auf seine Urteilsunfähigkeit zu geben: Auch schwere und sehr schwere Persönlichkeitsstörungen schliessen vernunftgemässes Handeln im Rechtsverkehr in aller Regel nicht aus. Das bei den Akten liegende forensische Gutachten von Dr. med. H. _____ vom 28. Juli 2003 (act. 25) bestätigt diesen sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergebenden Erfahrungssatz für den Beklagten, wenn auch unter den dort interessierenden strafrechtlichen Aspekten, sogar ausdrücklich: Dort wird nämlich festgehalten, dass die beim Beklagten vorhandene Persönlichkeitsstörung weder seine Einsichts- noch Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt (act. 25 S. 34). Dass eine derartige Persönlichkeitsstörung unter dem Aspekt des Art. 16 ZGB anders zu werten wäre, ist kaum anzunehmen.

Der Beklagte legte im Rahmen der persönlichen Befragung durch die Vorinstanz denn auch dar, dass er den Inhalt des Vertrages schon vor dem 17. Februar 2004 gekannt habe, die von ihm verlangte Unterschrift indessen verweigert habe, weil der Vertrag eben zu "einseitig" gewesen sei. Das belegt, dass der Beklagte die Tragweite des Vertrages durchaus einzuschätzen wusste. Bei der Vertragsunterzeichnung vom 17. Februar 2004 soll er sich aber nach seinen Vorbringen – für Aussenstehende erkennbar – in einem Drogen- und Alkoholrausch befunden und deshalb auch "nicht bei Sinnen" gewesen sein (Prot. in CG040064 S. 18 und 20). Die Klägerin bestätigte diese Vorbringen des Beklagten vor Vorinstanz nicht, sondern bestritt sie zumindest indirekt (act. 41 S. 32 f.). Die vage klägerische Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren hätten in diesem Punkte an und für sich eine richterliche Nachfrage im Sinne von § 55 ZPO erforderlich gemacht. Eine solche ist unterblieben. Erst im obergerichtlichen Verfahren liess sich die Klägerin wieder anwaltlich vertreten; nunmehr sind ihre Bestreitungen unmissverständlich und klar: Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Beklagte bei Vertragsunterzeichnung urteilsfähig war (act. 140 S. 5 f.). Der Beklagte sei am Abend des 17. Februar 2004 weder stark alkoholisiert noch in einem Drogenrausch gewesen (act. 151 S. 4). Damit müssen die entscheidenden Behauptungen des Beklagten als bestritten gelten. Es liegen mithin streitige Tatsachen im Sinne von § 133 ZPO vor, weshalb darüber nach der Vorschrift von § 136 ZPO ein Beweisverfahren einzuleiten ist. In diesem Sinne wird dem Beklagten der Hauptbeweis dafür aufzuerlegen sein, dass er am 17. Februar 2004 die ihm von der Klägerin unterzeichnete Vereinbarung nur deshalb unterschrieb, weil er damals wegen seines Alkohol- und Drogenrausches nicht in der Lage war, vernunftgemäss zu handeln. Nicht von vornherein undenkbar ist es, dass sich ein allfällige Alkohol- und Drogenrausch (wenn er denn in der entsprechenden Intensität nachgewiesen wäre) beim Beklagten wegen seiner Persönlichkeitsstörung anders hätte auswirken können als bei einer Person ohne solche Störung. Solches müsste aber gutachterlich festgestellt werden, damit in einem Urteil von einer solchen Annahme ausgegangen werden könnte“.

2. Die Rückweisung erfolgte aber auch noch aus anderen Gründen, nämlich bezüglich der Behauptung der Klägerin, es seien Vermögenswerte aus dem

Nachlass ausserhalb des Erbteilungsvertrages zwischen dem Beklagten und seiner Schwester auf den Beklagten übergegangen (act. 161 S. 27 f.). Auch diesbezüglich wurde ein Beweisverfahren angeordnet (act. 161 S. 28; vgl. auch act. 235 S. 18 ff.). Der Beklagte hat den von der Klägerin behaupteten Wertanteil von Fr. 15'500.-- für das Bootshaus I._____ anerkannt. Die Vorinstanz hat nach Durchführung des Beweisverfahrens entschieden, dass es der Klägerin nicht gelungen sei nachzuweisen, dass der Anteil des Beklagten am väterlichen Erbteil den Betrag von Fr. 655'000.-- übersteige (act. 235 S. 40), so dass der Klägerin der Betrag von Fr. 327'500.-- zugesprochen wurde (act. 235 S. 47 Dispositiv Ziff. 1). Das rügt der Beklagte in der Berufung nicht, so dass der Klägerin dieser Betrag zusteht, wenn der Beklagte bei der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 17. Februar 2004 urteilsfähig war. Die Klägerin hat dies nicht angefochten.

3. Zum Beweisverfahren weist die Vorinstanz zunächst auf die Regeln der Beweiswürdigung hin (act. 235 S. 20 ff.) und führt zur Urteilsfähigkeit des Beklagten aus, ihm sei der Hauptbeweis dafür auferlegt worden, dass er am 17. Februar 2004 stark alkoholisiert sowie unter dem Einfluss von starken Antidepressiva und Marihuanakonsum in der Wohnung von J._____ erschienen sei (Beweissatz 1) und dass die Klägerin ihm angedroht habe, dass sie ihn endgültig verlassen und gegen ihn vorgehen werde, falls er nicht unterschreibe (Beweissatz 2). Hinsichtlich des Beweissatzes 2 sei der Klägerin der Gegenbeweis offen gestanden, dass sich der Beklagte schon lange vor dem 17. Februar 2004 mit der vorgeschlagenen Vereinbarung einverstanden erklärt habe (Gegen-Beweissatz 2.1) und dass der Beklagte sie aufgefordert habe, die bereits vorbereitete Vereinbarung im Auto zu holen, um diese unterschreiben zu können (Gegen-Beweissatz 2.2).

4. a) In seiner Berufung beanstandet der Beklagte, dass die Vorinstanz von ihm nach der Beweiserhebung eingereichte neue Urkunden nicht abgenommen habe (act. 233 S. 4); diese würden belegen, dass er im massgeblichen Zeitraum der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 17. Februar 2004 Medikamente, ein Neuroleptikum (Depakine, Chrono 500) und ein Antidepressivum (Deroxat), eingenommen habe. Für die Begründung der Zurückweisung habe sich die Vorinstanz auf §§ 115 bzw. 138 ZPO/ZH berufen und sei davon ausgegangen, dass

damit nicht belegt werde, dass er am 17. Februar 2004 unter Medikamenteneinfluss gestanden habe. Das sei unzulässig gewesen. Der Beklagte habe in seiner Stellungnahme vor Vorinstanz zum Beweisergebnis ausgeführt, dass er zur Zeit um die Unterzeichnung der Vereinbarung Antidepressiva und Neuroleptika zu sich nehmen musste und nur das habe er durch die neu eingereichten Urkunden (Medikamentenrechnungen und Fachinformationen) sofort beweisen wollen. Diese Urkunden hätten dann zusammen mit den noch darzulegenden Indizien den Beweis erbringen können, dass der Beklagte am 17. Februar 2004 unter Medikamenteneinfluss gestanden habe (act. 233 S. 3 f.).

b) Zum Beweis, dass er am 17. Februar 2004 unter starken Antidepressiva gestanden habe, habe der Beklagte das Schreiben des Gefängnisarztes eingereicht, das belege, dass er regelmässig in der Behandlung des psychiatrischen Dienstes gestanden sei (act. 220), wobei die medizinischen Unterlagen nicht mehr aufgefunden werden könnten (act. 233 S. 5 Rz 4.1). Die Vorinstanz halte dieses Schreiben nicht für ausreichend beweiskräftig, weil sich daraus nicht ergebe, zu welchen Zeitpunkten des fast drei Jahre dauernden Aufenthaltes er welche Medikamente und zu welchem Zweck erhalten habe. Für den 17. Februar 2004 sei mit act. 185/2 der Nachweis nicht erbracht, dass er überhaupt irgendwelche Medikamente genommen habe. Die Rechnungen – so die Vorinstanz – würden nichts zur Medikamenteneinnahme am 17. Februar 2004 aussagen.

Der Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie hätte die Indizien in ihrem gesamten Umfang würdigen müssen. Die Klägerin habe die Depression des Beklagten nie bestritten, was sich aus act. 16 S. 7 f. Rz 2.10 und 2.11 sowie act. 41 S. 29 und insbesondere aus act. 42/20, /21 und /22 ergebe. Dr. K._____ bestätige in act. 185/2 die regelmässige psychiatrische Behandlung, die Psychopharmaka sowie „zwischen dem 22. Mai 2002 und dem 14. März 2005 eine oftmals depressive Stimmlage“. Nach den Erfahrungen des Lebens belege dies die Einnahme der genannten Psychopharmaka auch für den 17. Februar 2004 (act. 233 S. 6).

c) Bezüglich Trunkenheit und Marihuanakonsum gehe die Vorinstanz davon aus, dass es auf Grund des Beweisverfahrens nicht zutrefte, der Beklagte sei „nicht mehr bei Sinnen“ gewesen. Die nach Ansicht der Vorinstanz glaubhafte

Zeugin L._____ habe zur Trinkmenge eine Flasche Champagner und ein Fläschchen Rum oder Whisky bestätigt – zwischen 16 bzw. 17 Uhr und ca. 20 Uhr – wobei die Zeugin wegen Medikamenteneinnahme weniger getrunken habe als der Beklagte. Sie hätten nichts gegessen, jedoch mehrere Joints geraucht. Der Beklagte habe beim Gehen gewankt und sei praktisch in ihre Sanseveria gefallen. Es sei – entgegen der Vorinstanz – auf Grund der Zeugenaussage L._____ erstellt, dass der Beklagte dort eine kleine Flasche Rum/Whisky sowie den Grossteil einer Flasche Champagner getrunken habe und dass er beim gehen wankte, ja dass er die Wohnung erheblich alkoholisiert verliess und nicht lediglich angetrunken (act. 233 S. 7 Rz 5.1). Die von der Vorinstanz als insgesamt glaubhaft eingestufte Zeugin M._____ habe eine starke Alkoholisierung bestätigt (sehr betrunken, offensichtlich betrunken, in einem sehr schlechten bzw. depressiven Zustand, schwere Worte, „lallen“, schwanken beim Gehen und „ein bisschen verwirrt“). Die Vorinstanz verneine, dass der Beklagte „sehr“ betrunken gewesen sei. Die Zeugin sei nach der Vorinstanz allerdings vom weinerlichen und niedergeschlagenen Zustand beeindruckt und darüber enttäuscht gewesen, dass der Beklagte nicht gesprächig und aufgestellt gewesen sei. Die Zeugin – so die Vorinstanz – weise mehrfach darauf hin, dass der Beklagte seinen niedergeschlagenen Zustand damit begründet habe, dass er von der Klägerin in einer familiären Angelegenheit erpresst worden sei. Daraus leite die Vorinstanz ab, der Beklagte habe offenbar sehr wohl gewusst, was zuvor bei der Klägerin geschehen sei, was gegen die behauptete starke Trunkenheit („nicht mehr bei Sinnen“) spreche. Die Vorinstanz habe nicht annehmen dürfen, dass es sich bei der Erpressung „mit den familiären Sachen“ automatisch um die zuvor unterzeichnete Vereinbarung handle. Trotz mehrfachem Nachhaken habe die Zeugin dazu nichts genaueres ausgesagt, so dass nicht feststehe, dass der Beklagte wusste, dass er oder was er zuvor bei der Klägerin unterschrieben habe (act. 233 S. 9). Hingegen ergebe sich aus der Aussage der Zeugin M._____ eindeutig die starke Alkoholisierung des Beklagten (act. 233 S. 9).

Die Zeugin J._____, welche die Vorinstanz ebenfalls als grundsätzlich glaubhaft ansehe, schliesse nicht aus, dass die Parteien alkoholisiert gewesen seien und miteinander auch Alkohol getrunken hätten, ja das sei sogar sehr wahr-

scheinlich; die Zeugin habe für die Vorinstanz nachvollziehbar betont, dass die Parteien an jenem Abend nicht „wirklich zu viel“ getrunken hätten, sonst hätte ihr das auffallen müssen. Die Vorinstanz stelle darauf ab, dass die Zeugin J. _____ bestätige, dass der Beklagte auf keinen Fall völlig betrunken und von Psychopharmaka zugehörnt gewesen sei und die Vereinbarung freiwillig und ohne Druck unterzeichnet habe. Das überzeuge nicht (act. 233 S. 10): Die Zeugin habe auffällig vorsichtig und möglichst vage, mit langen Unterbrüchen oder Rückfragen geantwortet. Dies betreffe sowohl die Vereinbarung und deren Unterzeichnung, aber auch den Alkoholkonsum (act. 233 S. 10 f.). Letztlich sei gar nicht erstellt, dass sich die Zeugin an den Abend der Unterzeichnung erinnert habe, was sie selber bestätige (act. 233 S. 11 f. Rz 5.4.). Daher sei die Zeugin J. _____ nicht geeignet, die Aussagen von L. _____ und M. _____ zu entkräften.

Die Zeugin J. _____ wolle sich daran erinnern, dass der Beklagte ohne Widerstand unterzeichnet habe, dass er es aus freien Stücken getan habe, was angesichts der fehlenden Erinnerung der Zeugin völlig unglaubwürdig sei (act. 233 S. 12 f.). Sie habe auch keine Angabe zum Alkohol-, Medikamenten- und Marihuanakonsum des Beklagten machen können, so dass sie auch nicht glaubhaft verneinen konnte, dass er stark alkoholisiert sowie unter dem Einfluss von Antidepressiva und Marihuana gewesen sei. Die Zeugin setze sich ausserdem in Widerspruch zur Klägerin selber, welche die Ausübung von Druck auf den Beklagten nicht bestreite (act. 185/8 S. 15 f.).

Schliesslich erinnert der Beklagte daran, dass die Urteilsfähigkeit nicht generell beurteilt werden könne. Die Klägerin habe um die Schwächen des Beklagten gewusst, die einschlägigen psychiatrischen Gutachten und Berichte und die typischen Eigenschaften Depressiver zur Schuldübernahme sowie die Tendenz, lange Verhandlungen und Diskussionen durch Schuldübernahme abzukürzen, gekannt. Sie habe zudem dargelegt, den Eindruck gewonnen zu haben, dass der Beklagte nicht fähig sei, die Konsequenzen seiner Handlungen vor auszusehen oder abzuschätzen, vor allem dann, wenn er unter Druck gesetzt werde. Dass die Klägerin Druck aufgesetzt habe, könne nicht ernsthaft bezweifelt werden. Verhandlungen und Diskussionen durch Schuldübernahme aus dem Weg zu gehen,

müsse berücksichtigt werden, zumal er zusätzlich noch stark alkoholisiert und unter dem Einfluss von Antidepressiva und Marihuana war (act. 233 S. 16). Alkohol, Medikamente und Drogen – vor allem in Kombination – würden die Entscheidungsfreiheit einer Person beeinträchtigen (act. 233 S. 16). Die Vorinstanz unterstelle dem Beklagten in unzulässiger Weise, ein trinkfester Gewohnheitstrinker zu sein, was sich weder aus den Akten noch aus den Parteibehauptungen ergebe. Nicht berücksichtigt habe die Vorinstanz, dass der Beklagte beim Verlassen der Wohnung der Zeugin L._____ gewankt habe und praktisch in eine Zimmerpflanze gefallen sei, dass weiterer Alkoholkonsum nicht ausgeschlossen werden könne und dass der Beklagte beim Eintreffen bei der Zeugin M._____ danach sehr betrunken und in einem sehr schlechten Zustand gewesen sei (act. 233 S. 17). Die Vorinstanz gehe davon aus, dass der Beklagte beim Weggang von der Zeugin L._____ noch gewusst habe, was er tat, habe er doch den Willen geäußert, ein Haus weiter zu gehen (act. 233 S. 17). Der Entschluss wegzugehen, habe allerdings erheblich weniger Vernunft, Bewusstsein und Entschlusskraft gebraucht als das Setzen einer Unterschrift auf das fragliche Dokument betreffend die Hälfte seines Erbenspruches. Ausserdem habe die Vorinstanz trotz Hinweises des Obergerichts im Rückweisungsentscheid keine gutachterliche Abklärung bezüglich Persönlichkeitsstörung in Kombination mit starker Trunkenheit, gemischt mit Marihuana- und Medikamentenkonsum, veranlasst (act. 233 S. 18). Sie habe zu Unrecht keinen Drogen- und Alkoholrausch von entsprechender Intensität angenommen (act. 233 S. 18). Es treffe nicht zu, dass der Beklagte an jenem Abend lediglich den Alkohol- und Marihuanakonsum darlegen konnte. Ausserdem könne das Gericht die Frage, bei welcher Intensität der Trunkenheit und der Einwirkungen von Drogen und Medikamenten sich die Persönlichkeitsstörung des Beklagten zusätzlich auf seine Urteilsfähigkeit auswirke, selber und aus eigener Lebenserfahrung nicht sachkundig beantworten, so dass eine medizinische Expertise unumgänglich sei (act. 233 S. 18 f.).

III.

1. Zunächst ist zu klären, wie es sich mit dem Nachweis der Einnahme von Medikamenten am besagten 17. Februar 2004 verhält. Der Beklagte hatte im Zusammenhang mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 224 S. 3) neu act. 225/1-6 eingereicht. Dabei handelt es sich um Rechnungen der ofac für Medikamentenbezüge (Depakine Chrono 500 und Deroxat) für den Beklagten mit Rechnungsdaten 09.01.04, 03.02.04, 23.02.04, 29.03.04) und um Deroxat allein mit Rechnungsdatum 03.05.04 (act. 225/1-4). Der Beklagte legt ausserdem einen Auszug aus dem Arzneimittel-Kompendium der Schweiz für Depakine Chrono (act. 225/1) und für Deroxat ein (act. 225/6). Die Vorinstanz weist auf die Eventualmaxime in §§ 115/138 ZPO/ZH und die Ausnahme bezüglich Urkunden in Ziff. 2 hin, wobei vorliegend in keiner Weise ersichtlich sei, inwiefern der Beklagte mit den eingereichten Urkunden eindeutig erstellen könne, dass er am 17. Februar 2004 unter dem Einfluss von Medikamenten gestanden habe. Die Rechnungen würden nur den Kauf und nicht die Einnahme der Medikamente belegen (act. 235 S. 15 f.).

Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass die Kaufquittungen kein unmittelbarer Beweis für die Einnahme der gekauften Medikamente sind. Das ist jedoch kein Problem des Novenrechts. Unter novenrechtlichen Gesichtspunkten sind die nachgereichten Medikamentenrechnungen zweifellos ein Anwendungsfall von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH, soweit sie unmittelbar belegen, dass für den Beklagten in der Zeit vor und nach dem 17. Februar 2004 Medikamente gekauft worden waren. Dass der Beklagte oftmals an depressiven Stimmlagen (DD: vorbestehend, als Haftreaktion?) litt, ergibt sich beispielsweise auch aus dem Begleitschreiben des Psychiatrisch-Psychologischen Dienstes, Dr. med. K. _____ (act. 185/2).

Ob sich mit der psychiatrischen Krankengeschichte nachweisen liesse, dass der Beklagte die verschriebenen Medikamente auch tatsächlich – insbesondere am 17. Februar 2004 – einnahm, ist unwahrscheinlich, bleibt aber ohne Belang, weil er anlässlich seines Urlaubes ohnehin nicht dem Haftregime der Anstalt unterstand. Letztlich muss die unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten relevante

Frage beantwortet werden, ob der Nachweis des Medikamentenkaufes für den Beweis der Medikamenteneinnahme genügt oder ob eine solche nur dann als nachgewiesen gelten kann, wenn jegliche Einnahme z.B. durch Zeugen belegt wird. Wenn die Vorinstanz es abgelehnt hat, aus dem Medikamentenkauf auf die Medikamenteneinnahme zu schliessen (act. 235 S. 15 f.), ist das unter stringenten Gesichtspunkten nachvollziehbar. Die Frage entscheidet sich letztlich daran, was als rechtsgenügender Beweis anzusehen ist. Ob sich die feststellungsbedürftige Tatsache verwirklicht hat oder nicht, ist nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu entscheiden (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 322). Der Beweis ist allerdings nicht nur dann geleistet, wenn sich die Tatsache mit Sicherheit verwirklicht hat, sondern das Gericht kommt häufig nicht umhin, bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen zu lassen, die zwar den Zweifel nicht ausschliesst, ihn aber nach der Erfahrung des Lebens nicht als berechtigt erscheinen lässt (Guldener, a.a.O., S. 323). Im Regelbeweismass besteht ein Spielraum, der dem Richter gestattet, auf die Beweisschwierigkeiten der Parteien Rücksicht zu nehmen (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 287).

Angaben zum Medikamentenkonsum des Beklagten macht die Zeugin L. _____. Die Frage, ob der Beklagte ihr von sich aus erzählt habe, wie es ihm gehe, bejahte die Zeugin mit der zusätzlichen Bemerkung, er sei recht frustriert gewesen wegen dem Gefängnis (Prot. VI S. 19). Auf die Frage, ob der Beklagte gesagt habe, wie es ihm psychisch gehe, habe er ihr gesagt, dass er Tabletten nehmen müsse. Die nächste Frage: „Erzählte er Ihnen, dass er zu jenem Zeitpunkt Tabletten nahm?“, beantwortete die Zeugin mit „ja“. Und die Zeugin erwähnt auf Frage, dass es sich um Antidepressiva oder ein Neuroleptikum gehandelt habe. Danach wurde sie gefragt, ob sie bemerkt habe, dass der Beklagte *durch die Medikamente* gedämpft war, worauf sie antwortete: „Ja, er war anders als sonst“. Anzumerken ist, dass die Frage, ob der Beklagte *durch Medikamente* gedämpft war, an sich problematisch ist, weil es sich dabei nicht um eine offene Frage handelt. Zum Medikamentenkonsum des Beklagten hat sich auch die Klägerin in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis geäussert: Ihr habe der Beklagte erzählt,

dass er seine medikamentöse Behandlung abgesetzt habe, als er in den offenen Vollzug versetzt worden sei (act. 220 S. 5).

Die Kammer ist trotz der nicht gänzlich auszuräumenden Zweifel und ohne Erbringung des strikten Beweises geneigt, von der Medikamenteneinnahme des Beklagten auszugehen. Nicht berücksichtigt wird dabei das, was die Klägerin bei deren Stellungnahme zum Beweisergebnis sagte, weil es sich lediglich um eine durch nichts erhärtete Parteibehauptung einer am Prozess interessierten Partei handelt. Aber auch die Aussage der Zeugin L._____ ist nicht beachtlich, weil diese – wie sogleich zu zeigen sein wird – offensichtlich bestrebt war, den Zustand des Beklagten zu „dramatisieren“. Grund für die Annahme, der Beklagte habe tatsächlich die gekauften Medikamente auch eingenommen, ist der Umstand, dass er psychische Probleme hatte und im Gefängnis unter Umständen und Bedingungen lebte, die die Einnahme der verschriebenen Medikamente wahrscheinlicher machen als nicht. Dass es im Urlaub am 17. Februar 2004 anders gewesen sein könnte, kann zwar nicht ausgeschlossen werden, erscheint aber nicht überwiegend wahrscheinlich.

Mit der Annahme der Medikamenteneinnahme als solcher ist allerdings nicht nachgewiesen, welchen konkreten Effekt diese auf den Beklagten gehabt hat und inwieweit die Urteils- bzw. Entscheidungsfähigkeit des Beklagten dadurch beeinträchtigt war. Selbst wenn man der Zeugin L._____ Glauben schenken wollte, dass der Beklagte „anders“ war als sonst, ist damit für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit nichts gewonnen. Anzumerken ist immerhin, dass der Beklagte darlegte, dass ihm der Konsum von Alkohol im Zusammenhang mit den Medikamenten nicht explizit verboten gewesen sei (Prot. VI CG040064 S. 15). Letztlich ist darauf abzustellen sein, ob die retrospektive Gesamtwürdigung des Zustandes des Beklagten bei der Unterzeichnung der Vereinbarung am 17. Februar 2004 ihn als urteilsfähig erscheinen lässt.

2. Gemäss dem vorinstanzlichen Beschluss vom 19. August 2010 (act. 191) wurde dem Beklagten der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er am 17. Februar 2004 stark alkoholisiert sowie unter dem Einfluss von starken Antidepressiva und Marihuanakonsum in der Wohnung von J._____ erschien, wofür als Beweismittel

die act. 185/1, 2 abgenommen sowie die Zeuginnen L._____ und M._____ (und N._____, der zur Einvernahme nicht erschien) und als Gegenbeweismittel die Zeugin J._____ einvernommen wurden. Diesbezüglich kritisiert der Beklagte die vorinstanzliche Beweiswürdigung in folgenden Punkten: Entgegen der Vorinstanz sei auf Grund der Zeugenaussage L._____ erstellt, dass er dort eine kleine Flasche Rum/Whisky sowie den Grossteil einer Flasche Champagner getrunken habe und dass er beim Gehen wankte, ja dass er die Wohnung erheblich alkoholisiert verliess und nicht lediglich angetrunken war (act. 233 S. 7 Rz 5.1).

Die Zeugin L._____, welche zum Hauptbeweis des Beklagten – zur Alkoholisierung und zum Medikamenten- und Marihuanakonsum – auszusagen hatte, führte wörtlich aus: „Im späteren Nachmittag ist er eingetroffen. Wir haben ... ich habe ihm Champagner offeriert und wir haben uns unterhalten bis äh ... Also wir haben sehr viel getrunken. Er hat auch noch ein Fläschchen Alkohol mitgebracht. Es war Rum oder Whisky und ähmm ja, dann ist er bis ca. 20.00 h geblieben“ (Prot. VI S. 18). Die Zeugin bestätigt, dass sie im Hinblick auf den Besuch des Beklagten diese Flasche Champagner gekauft hatte (Prot. VI S. 19). Er sei um 16.00 Uhr, 17.00 Uhr gekommen und er sei nüchtern gewesen (Prot. VI S. 19). Die Zeugin hat zu den Trinkmengen erwähnt: „Ja, also ich habe nicht so viel getrunken, weil ich ... ähmm ... Ich nehme ein Medikament. Ich habe eigentlich immer wieder nachgefüllt, weil ich dachte, er bleibt ... er bleibt bei mir“ (Prot. VI S. 19). Die Zeugin L._____ bestätigte auf explizite Nachfrage: „Trotzdem gaben Sie ihm relativ viel bzw. mehr Champagner als sie selber tranken“, dass der Beklagte mehr als sie getrunken habe (Prot. VI S. 20). Auch bestätigte sie, dass mehrere Joints geraucht worden seien (Prot. VI S. 20). Schliesslich stellte die Klägerin Ergänzungsfragen betreffend den Aufbruch des Beklagten: „Begleiteten Sie den Beklagten, als er die Wohnung verliess?“, „Ich habe ihn nur zur Türe begleitet“. „Zur Wohnungstüre?“, „Zur Wohnungstüre, ja“. Auf die Ergänzungsfrage der Klägerin: „Sie sagen, er war an jenem Abend so betrunken, dass er gewankt habe. Trotzdem liessen Sie ihn gehen, obwohl Sie nicht wussten, ob er mit dem Auto bei Ihnen war?“, antwortete L._____ mit: „ja“ (Prot. S. 31).

Aus der Aussage der Zeugin ergibt sich einzig, dass aus einer Flasche Champagner konsumiert wurde, wobei der Beklagte nach den Angaben der Zeugin mehr trank als diese. Das Verhältnis lässt sich allerdings nicht quantifizieren und letztlich folgt aus der Aussage auch nicht, dass die Flasche am Schluss leer war. In der Zeugenaussage (und auch sonst) findet sich kein Hinweis zur Grösse des „Fläschchens“ (Rum oder Whisky), das der Beklagte mitgebracht hatte, und auch nicht, ob überhaupt davon getrunken wurde, von wem und allenfalls in welchem Verhältnis, weil die Zeugin nur sagte, der Beklagte hätte es mitgebracht. Dass der Beklagte eine kleine Flasche Rum oder Whisky alleine getrunken hat, wie er dies in der Stellungnahme zur Beweisergebnis behauptet (act. 224 S. 4), ist dadurch nicht erhärtet. Ähnlich wie mit dem Alkohol steht es mit den „mehreren“ Joints; es wurde weder nach der Quantität noch nach dem Konsum pro Person gefragt und von der Zeugin dazu von sich aus auch nichts erwähnt. Anzumerken ist, dass sich der Beklagte wegen des Marihuanakonsums – für den Strafvollzug wie im Urlaub – darauf berufen hat, dass der Psychiater ihm diesen zur Linderung der Nebenwirkungen der Psychopharmaka erlaubt habe (Prot. VI CG040064 S. 16). Aus der Tatsache, dass die Trinkmengen durch die Aussagen der Zeugin nicht geklärt wurden, kann der Beklagte nichts für sich ableiten. Ihm hätte das Recht zugestanden, durch die Stellung von Ergänzungsfragen zur Klärung beizutragen, was diesbezüglich nicht geschehen ist.

Sehr auffällig ist die Antwort der Zeugin L. _____ auf die Ergänzungsfrage des Rechtsvertreters des Beklagten, die lautete: „*Gab es einen Grund, weshalb der Beklagte ging?*“: „Ja, er hat gewankt ... Also er ist vom Sofa aufgestanden und hat gewankt und ist in meine Sanseveria rein ähmm ... praktisch gefallen“ (Prot. VI S. 20). Das ist ganz offensichtlich keine Antwort auf die gestellte Frage. Die ungefragte Antwort auf eine völlig andere Frage lässt keinen anderen Schluss zu, als dass es der Zeugin ein Anliegen war, die „Botschaft“, der Beklagte sei erheblich betrunken bzw. beeinträchtigt gewesen, unbedingt zu äussern und damit ins Protokoll einfließen zu lassen. Dass es der Zeugin darum ging, den Alkoholkonsum zu „dramatisieren“, erwähnt auch die Klägerin in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 220 S. 1) bezüglich der Aussage: „wir haben sehr viel getrunken ...“ Sie bemerkte, dass angesichts der Menge des konsumierten Alkohols

und der Trinkgewohnheiten des Beklagten sich die Frage aufdränge, ob der Zeugin diese Aussage nicht im Vorfeld der Einvernahme „in den Mund gelegt“ worden sei.

Der Zustand des Beklagten ist das Hauptthema der Befragung und des Verfahrens, so dass die „ungefragte“ Antwort den prozessentscheidenden Punkt betrifft. Die Zeugin L. _____ hat sich mit ihrer Antwort unglaubwürdig gemacht und auf ihre Antworten kann, soweit sie den Zustand des Beklagten betreffen, nicht abgestellt werden. Anzumerken ist, dass die Zeugin L. _____, befragt dazu, ob sie wisse, worum es im Prozess gehe, aussagte, sie wisse es vom Beklagten, der ihr gesagt habe, dass es um seinen Zustand im Februar 2004 gehe. Auf die Frage, ob die Zeugin mit dem Beklagten über diesen Zustand gesprochen habe, sagte sie: „Ja, wir haben rückblickend ähmm ... darüber gesprochen. Ja“. Als Zeitpunkt dieses Gespräches gab sie an, dass das vor drei, vier Wochen (und damit offenbar kurz vor der Einvernahme) gewesen sei. Die Zeugin bestätigte auch, dass schon früher, nämlich zwei Jahre zuvor, einmal darüber gesprochen worden sei, dass der Zustand im Februar 2004 das Thema einer gerichtlichen Befragung werden könnte (Prot. VI S. 16). Auf die Frage, ob sie (der Beklagte und die Zeugin) schon damals darüber gesprochen hätten, wie dieser Zustand gewesen sei, antwortete die Zeugin: „Äh, ja. Ich habe mich gut erinnert“. Nach dem näheren Inhalt dieser beiden Gespräche wurde die Zeugin seitens der Vorinstanz nicht mehr befragt. Fakt bleibt indessen, dass L. _____ und der Beklagte sich im Vorfeld der Zeugenbefragung austauschten. Von einer unvoreingenommenen bzw. unbefangenen Schilderung eigener Beobachtungen gemäss eigener Erinnerung durch die Zeugin kann insoweit keine Rede sein. Und Überzeugendes lässt sich daher aus ihrer Aussage auch unter diesem Aspekt nicht herleiten. Hinzu kommt, dass es in den Aussagen der Zeugin L. _____ auch noch eine weitere auffällige Ungereimtheit gibt: Auf die Ergänzungsfrage der Klägerin wollte sie mit dem Beklagten nach Erhalt der Vorladung zur Zeugeneinvernahme zwar Kontakt gehabt haben, jedoch nur insoweit, als ihr der Beklagte gesagt habe, dass sie sich vor Gericht treffen würden; das Thema sei aber sonst nicht weiter besprochen worden und sie hätten sich auch nicht persönlich gesehen (Prot. VI S. 30). Das lässt sich mit ihrer Ant-

wort auf Prot. VI S. 16 nur schwer vereinbaren, wonach rückblickend über den Zustand des Beklagten gesprochen worden war.

Wie bereits erwähnt, macht insbesondere die ungefragte Antwort bezüglich des Zustands des Beklagten die Zeugin unglaubwürdig. Dies wird verstärkt durch die divergierenden Antworten, was im Vorfeld der Zeugenaussage zwischen ihr und dem Beklagten besprochen worden war. Die Tatsache, dass die Beklagte sechs Jahre später noch wusste, welche Medikamente der Beklagte seinerzeit eingenommen haben soll, ist zumindest erstaunlich, wobei eine Begründung etwa die Tatsache sein könnte, dass sie angab, selber solche Medikamente zu nehmen. Naheliegender ist es allerdings, dass auch die Medikamentenfrage Thema der „rückblickenden Erörterung“ gewesen sein könnte. Das alles kann indessen offen bleiben, weil so oder anders sich Stichhaltiges zum Zustand des Beklagten bei der Vertragsunterzeichnung nicht herleiten lässt.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und des Beklagten (act. 224 S. 4), die die Zeugin L._____ für glaubwürdig halten, ist ihre Aussage, was den Zustand des Beklagten betrifft, aus den erwähnten Gründen unglaubhaft. Zieht man die Zielrichtung der Antworten der Zeugin insgesamt in Betracht, so entwertet das auch ihre Antwort zur ohnehin voreingenommenen Frage zum Medikamentenkonsum im Sinne eines „Andersseins“ des Beklagten. Der Beweis, dass der Beklagte beim Eintreffen bei der Zeugin J._____ bereits erheblich alkoholisiert war und dass auch seine Koordination massgeblich beeinträchtigt war, als er zuvor die Wohnung von L._____ verliess, ist damit gescheitert. Es ist im Folgenden davon auszugehen, dass der Beklagte aufgrund eines nicht näher bekannten Alkohol- und Marihuanakonsums weder merk- noch sichtbar alkoholisiert war, als er in der Wohnung der Zeugin J._____ eintraf.

3. Die Zeugin M._____, welche wie die Zeugin L._____ zum Hauptbeweis des Beklagten – zur Alkoholisierung und zum Medikamenten- und Marihuanakonsum – auszusagen hatte, gab an, der Beklagte sei an jenem Abend sehr betrunken und in schlechtem Zustand – sie würde sagen depressiv – gewesen. Sie sei ein bisschen enttäuscht gewesen, weil sie gedacht habe, sie könnten einen schönen Abend haben und dann sei er in so einem schlechten Zustand gewesen

(Prot. VI S. 35). Sie könne sich deshalb gut daran erinnern, und es sei ihr vom Beklagten nicht im Nachhinein so geschildert worden, weil sie sich gefreut habe und enttäuscht war (Prot. VI S. 36). Er habe geläutet und sei dann rein gekommen, offensichtlich betrunken (Prot. VI S. 36). Die Zeugin habe ihn, nachdem sie in der Stube gesessen seien, gefragt, wie es ihm gehe. Und dann habe er gesagt, es gehe ihm schlecht. Er sei gerade bei der Klägerin gewesen und sie hätte ihn erpresst und er hätte einen Brief unterschrieben, ein Dokument. Er habe eher ein bisschen gelallt und habe dann noch mehr trinken wollen. Die Zeugin meinte, dass sie ihm dann noch etwas offeriert habe, was genau – Wein oder Whisky – wisse sie nicht mehr. Die Zeugin habe auf seinen Hinweis, er sei erpresst worden, nachgefragt, mit was die Klägerin ihn erpresst habe, und er habe gesagt, irgendwie mit familiären Sachen. Dann hätten sie noch geredet und seien dann früh ins Bett gegangen. Der Beklagte habe in der Stube geschlafen, er sei ja auch wirklich in einem schlechten Zustand gewesen. Sie könne sich noch erinnern, dass sie ihm am anderen Tag ein Alka Seltzer habe besorgen müssen (Prot. VI S. 37). Vom Gericht nachgefragt, dass sie gesagt habe, dem Beklagten sei es schlecht gegangen, und danach gefragt, ob sie ausführen könne, was das bedeute, sagte die Zeugin: „Ja, er war einfach ... er war nicht aufgestellt, er war betrunken, er war depressiv. Ich habe das Gefühl gehabt, er fängt gleich an zu heulen, zu weinen“. Auf die Aussage angesprochen, der Beklagte habe geäußert, Frau B. _____ habe ihn erpresst, angesprochen, gab die Zeugin an, der Beklagte sei ziemlich verstockt gewesen und habe nicht näher darüber reden wollen. Sie könne sich gut daran erinnern, dass er den Begriff „erpresst“ verwendet habe. Eine weitere Frage zum Zustand des Beklagten war, ob sie ihn darauf angesprochen habe, weshalb er betrunken sei (Prot. VI S. 41). Sie habe dieselbe Antwort erhalten: weil er bei der Klägerin gewesen war und weil ihn das sehr belaste. Auf die Frage, ob der Beklagte gesagt habe, wo er den Alkohol getrunken habe, lautete die Antwort der Zeugin: „So viel ich mich erinnern kann, hat er gesagt, Frau B. _____ war bei ihrer Freundin und so viel ich mich erinnere in O. _____“. Und auf die Frage: „Und dort hätten sie getrunken?“, die Antwort: „... ich weiss jetzt nicht, ob er vorher schon getrunken oder bei ihr getrunken hat. Auf jeden Fall... brauchte er im nachhinein etwas zu trinken, um das verkraften zu können“ (Prot. VI S. 41). Zur Trunkenheit

wollte die Klägerin mit Ergänzungsfrage wissen, was die Zeugin unter schlechtem Zustand verstehe, worauf diese antwortete, dass der Beklagte betrunken und niedergeschlagen war und fast geweint hätte (Prot. VI S. 45 f.). Und weiter fragte die Klägerin nach, wie die Zeugin festgestellt habe, dass der Beklagte betrunken war, wie sich das geäußert habe. Darauf antwortete die Zeugin nicht konkret, sondern allgemein, dass sie den Beklagten schon lange kenne und dass sie ihn im betrunkenen Zustand eigentlich nie sehr gemocht habe. Zur Frage, wie sich der betrunkenen Zustand beim Beklagten äusserte, sagte die Zeugin, dass er dann schwere Worte habe und ein bisschen lalle. Er habe ein bisschen geschwankt, als er zur Türe herein gekommen sei, und auf Nachfrage, den Zustand des Beklagten zu umschreiben: Er habe gelallt, beim Laufen geschwankt und war verwirrt als er sprach, nicht sehr präzise, niedergeschlagen, habe fast geweint (Prot. VI S. 47). Zum weiteren Konsum wurde die Zeugin auch gefragt, ob der Beklagte an jenem Abend noch etwas anderes konsumiert habe; sie hielt es für möglich, dass er vielleicht noch gekifft habe (Prot. VI S. 42), was sie einzig damit begründete, dass er das gerne mache (Prot. VI S. 43).

Die Zeugin M._____ und der Beklagte sind die Eltern eines gemeinsamen Kindes (geb. 2002; Prot. VI S. 34). Die Zeugin könnte daher ein gewisses indirektes Interesse am Ausgang des Verfahrens haben. Für sich genommen ist das allerdings nicht von Belang. Allerdings gab die Zeugin auch zu Protokoll, vom Beklagten über den Gegenstand des Prozesses mündlich informiert worden zu sein, jedoch keine Akten gesehen zu haben. Der Beklagte habe sie gefragt, ob sie bestätigen könne, wie sein Zustand gewesen sei (Prot. VI S. 35). Und auf die Frage, ob ihr der Beklagte gesagt habe, was sie aussagen solle, antwortete sie: Ja, er hat einfach ... gefragt, ob ich bestätigen kann, wie sein Zustand war (Prot. VI S. 35). Das vermag – abgesehen von der Ungenauigkeit zu dem, was die Zeugin mit "Zustand" meinte – durchaus den Anschein einer Gefälligkeitsbestätigung zu erwecken. Dieser Anschein wird zudem verstärkt durch die wiederholten Schilderungen "des Zustandes". Das gebietet für sich schon Vorsicht in der Wertung der Aussagen der Zeugin. Hinzu kommt, dass die Schilderungen der Zeugin zum "Zustand" recht allgemein ausgefallen sind und z.B. auch die Deutung zulassen, der

Beklagte habe sehr wohl realisiert, zu was er sich mit seiner Unterschrift gegenüber der Klägerin verpflichtet hatte (siehe auch nachfolgend Erw. III/5.).

Die Zeugin M._____ hat bestätigt, dass der Beklagte betrunken war und hat die Anzeichen dafür geschildert. Bei ihr erschien der Beklagte, nachdem er zuvor bei den Zeuginnen L._____ und J._____ gewesen war. Für den Besuch bei der Zeugin J._____ ist davon auszugehen, dass der Beklagte jedenfalls nicht sichtbar und massgeblich betrunken war, jedenfalls ergibt sich dies als Folge der Beweislast und damit der Folge der Beweislosigkeit. Entscheidend an der Aussage der Zeugin M._____ ist, dass sie nicht sagen konnte, wo der Beklagte Alkohol getrunken hatte, und bei der Aussage zum Marihuanakonsum handelt es sich um eine reine Mutmassung (weil sie wisse, dass er das gerne machte). Auf Grund der Antwort auf Prot. VI S. 41, er habe getrunken, „weil er jetzt da bei Frau B._____ war und weil ihn das sehr belaste“, könnte auch Alkoholkonsum nach dem Besuch bei der Klägerin in Betracht kommen.

Mit dem Hauptbeweis müsste bestätigt werden, dass der Beklagte am 17. Februar 2004 stark alkoholisiert sowie unter dem Einfluss von starken Antidepressiva und Marihuanakonsum in der Wohnung der Zeugin J._____ erschien, weil es auf seinen Zustand ankommt, in dem er die Vereinbarung unterschrieb. Das allerdings ergibt sich aus der Aussage M._____ nicht, auch wenn sie sagte, der Beklagte habe betrunken, etwas lallend, schwankend und verwirrt und vor allem niedergeschlagen gewirkt, als er bei *ihr* eingetroffen war. Der Beklagte hat selber nicht geltend gemacht, dass er sich bei der Zeugin J._____ betrunken hatte, so dass keine Differenz zur Aussage der Zeugin J._____ besteht, die bezüglich des interessierenden 17. Februar 2004, wenn auch recht unverbindlich sagte: „Ich bin aber in Kenntnis, wenn jemand jetzt wirklich zu viel getrunken hätte. Das ist in meiner Erinnerung nicht so. Das kann ich konkret sagen“. Dass sie sich an den konkreten Tag nicht mehr genau erinnern kann, worauf der Beklagte hinweist (act. 233 S. 12), heisst nicht, dass sie sich nicht erinnert hätte, wenn der Beklagte völlig betrunken und zugehörnt gewesen wäre (Prot. VI S. 63 f.). Anzumerken ist, dass die Aussagen der Zeugin J._____, soweit sie zum Gegenbeweis einver-

nommen wurde, ohnehin nur dann von Bedeutung sind, wenn dem Beklagten der Hauptbeweis gelungen wäre, was – wie erwähnt – nicht der Fall ist.

4. Der zweite Hauptbeweis des Beklagten betraf die behauptete Drohung der Klägerin, dass sie den Beklagten endgültig verlasse, falls er nicht unterschreibe (Prot. VI S. 6). Dazu führt die Vorinstanz aus, dass dazu die Urkunden act. 185/3-8 abgenommen und die persönliche Befragung der Parteien angeboten wurden (act. 229 S. 34), und hält fest, dass der Beweis rückblickend gar nicht erforderlich gewesen wäre. Die Kammer habe in ihrem Rückweisungsentscheid (act. 161 bzw. 170 S. 24) dargelegt, dass der Beklagte in der persönlichen Befragung anerkannt habe, dass ihm der Vertragsinhalt bereits vor dem 17. Februar 2004 bekannt gewesen sei, dass er jedoch die verlangte Unterschrift verweigert habe, weil der Vertrag zu „einseitig“ gewesen sei. Dennoch geht die Vorinstanz kurz auf den Beweissatz 2 ein mit dem Bemerkten, dass eine Druckausübung am 17. Februar 2004 eventuell von Belang gewesen sein könnte (act. 229 S. 35). Die Vorinstanz hält fest, dass die als Beweis angebotenen Urkunden (act. 185/3-7) aus den Jahren 2002 und 2003 zeigten, dass die Klägerin einen gewissen Druck ausgeübt habe, dass sich der Beklagte aber durchaus habe dagegen wehren können. Zwar ergebe sich aus den Dokumenten act. 185/4 S. 1 f., act. 185/7 und act. 185/8 S. 15 sowie der persönlichen Befragung der Klägerin (Prot. VI S. 88 f.) die Drohung, ihn andernfalls zu verlassen. Für den besagten Abend des 17. Februar 2004 ergäben sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass er überhaupt unter Druck gesetzt worden sei. Auf die persönliche Befragung des Beklagten habe daher mit Blick auf § 149 Abs. 3 ZPO/ZH verzichtet werden können (act. 229 S. 35). Und die Zeugin J. _____ (Prot. VI S. 59 f.) habe zudem bestätigt, dass die Vereinbarung ohne Druck unterschrieben worden sei (act. 229 S. 36).

In der Berufung macht der Beklagte geltend, dass die Zeugin J. _____ (Prot. VI S. 59 f.) sich angeblich genau erinnern könne, dass der Beklagte ohne Widerstand unterzeichnet habe (act. 233 S. 12). Diese Aussage sei völlig unglaubhaft, weil die Zeugin sich einerseits gar nicht genau an den Tag erinnern konnte, an dem die Vereinbarung unterschrieben wurde (Prot. VI S. 63), dass sie sich auch nicht erinnerte, ob es überhaupt eine schriftliche Zusage des Beklagten gab (Prot.

VI S. 56 f.), sie nur glaube, dass eine schriftliche Vereinbarung gemacht wurde, sie betonte, nicht Buch über die Gespräche in ihrer Küche zu führen, woraus sich ergebe, dass sie sich gar nicht genau erinnere, was in der Wohnung besprochen worden sei (act. 233 S. 13). Die Klägerin gebe gemäss act. 185/3-8, Prot. VI S. 89 selber zu, den Beklagten wiederholt unter Druck gesetzt zu haben. In act. 185/8 S. 15 f. habe sie selber erwähnt, dass sie einigen Druck habe ausüben müssen, damit er die schriftliche Vereinbarung unterzeichnet habe. Anlässlich seines Hafturlaubs habe sie die Ausreden dann nicht mehr gelten lassen, und er habe sich nicht mehr mit der Zensur (im Gefängnis) herausreden können. Der Beklagte verweist in act. 233 S. 14 auf die sehr ähnlich lautenden Äusserungen in der Replik (act. 41 S. 32 f.), welche die Aussagen der Zeugin J. _____ betreffend „Drucklosigkeit“ ebenfalls in Frage stellten (act. 233 S. 15). Letztlich zieht der Beklagte daraus den Schluss, dass die Klägerin, die nachweislich von seiner bipolaren Störung gewusst und über die psychiatrischen Gutachten und Berichte über den Beklagten sowie die auf ihn zutreffenden Eigenschaften Depressiver bestens informiert gewesen sei, Druck aufgesetzt habe im Wissen darum, dass er nicht fähig sei, diesem zu widerstehen (act. 233 S. 15 f.). Das sei vor Augen zu halten, wenn auf Grund des Beweisergebnisses der Schluss gezogen werden müsse, dass der Beklagte an jenem Abend stark alkoholisiert und unter dem Einfluss von starken Antidepressiva und Marihuanakonsum gewesen sei. Es gelte – was die Vorinstanz bereits im Urteil vom 27. November 2006 festgestellt habe –, dass insbesondere die kombinierte Einnahme dieser Stoffe, die Entscheidungsfreiheit einer Person stark belaste (act. 233 S. 16).

Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass das Beweisthema gemäss dem Rückweisungsbeschluss der Zustand des Beklagten bezogen auf Alkohol, Drogen und Medikamenten gewesen sei. Ein Beweisverfahren zur Frage, ob der Beklagte am Abend des 17. Februar 2004 unter Druck gekommen ist, war im Rückweisungsbeschluss nicht angeordnet worden. Es gibt – soweit ersichtlich – keine Dogmatik dazu, was geschieht, wenn über nicht Strittiges Beweis erhoben wird. Die Folge davon kann aber nur sein, dass es unbeachtlich ist. Käme es darauf an, so müsste allerdings davon ausgegangen werden, dass die Klägerin selber eingeräumt hat, ihr Anliegen – die Unterzeichnung der Vereinbarung – mit ei-

nem gewissen, näher beschriebenen Druck verfolgt zu haben (vgl. insbes. act. 41 S. 32 f.).

5. Der Beklagte kritisiert den vorinstanzlichen Entscheid weiter im Hinblick darauf, dass die Vorinstanz mehrfach darauf hingewiesen habe, der Beklagte habe seinen niedergeschlagenen Zustand damit begründet, dass er von der Klägerin in einer familiären Angelegenheit erpresst worden sei. Daraus leite die Vorinstanz ab, der Beklagte habe offensichtlich sehr wohl gewusst, was zuvor bei der Klägerin gewesen sei, was gegen die behauptete starke Trunkenheit („nicht mehr bei Sinnen“) spreche. Dem widerspricht der Beklagte: Die Vorinstanz habe nicht annehmen dürfen, dass es sich bei der Erpressung „mit den familiären Sachen“ automatisch um die zuvor unterzeichnete Vereinbarung gehandelt habe. Trotz mehrfachem Nachhaken habe die Zeugin keine näheren Angaben zum unterzeichneten Papier gemacht, so dass nicht feststehe, dass der Beklagte tatsächlich gewusst habe, dass oder was er zuvor bei der Klägerin unterschrieben habe (act. 233 S. 9). Es sei daher nicht erstellt, dass die in der Wohnung der Zeugin J._____ unterzeichnete Vereinbarung und dasjenige Papier, das der Beklagte bei der Zeugin M._____ erwähnte, identisch seien.

Auf Grund der Antwort der Zeugin M._____ in Prot. VI S. 41, der Beklagte habe getrunken, „weil er jetzt da bei Frau B._____ war und weil ihn das sehr belastete“, ist klar, dass es sich um einen Vorfall handelte, der sich anlässlich des Besuches vom 17. Februar 2004 ereignet hatte. Die Zeugin M._____ hat ausgesagt, der Beklagte habe ihr im Vorfeld der Zeugeneinvernahme gesagt, es gehe um denjenigen Abend, als er zuerst bei der Klägerin zu Besuch gewesen und nachher zur Zeugin M._____ gekommen sei (Prot. VI S. 35). Die Zeugin M._____ hat bestätigt, dass der Beklagte (an jenem 17. Februar 2004) gesagt habe, es gehe ihm schlecht, er sei gerade bei der Klägerin gewesen und diese habe ihn erpresst (Prot. VI S. 37, S. 39 f.). Aus dieser Aussage wird klar, dass die Zeugin M._____ seinerzeit nicht genau wusste und offenbar auch nicht in Erfahrung bringen konnte, was genau geschehen war. Sie war jedoch nicht im Zweifel darüber, dass seine Niedergeschlagenheit mit jenem Besuch zu tun hatte. Von keiner der Parteien wurden andere Streitpunkte erwähnt als die Vereinbarung, die der Beklagte am

17. Februar 2004 unterzeichnet hatte. Der Beklagte hat nie bestritten, ja im Gegenteil selber behauptet, er sei nach der Unterzeichnung der fraglichen Vereinbarung zur Zeugin M._____ gegangen. Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als dass es die Vereinbarung vom 17. Februar 2004 gewesen sein muss, die der Beklagte bei ihr erwähnt hatte. Hätte es noch andere Vorkommnisse gegeben, so wäre vom Beklagten zu erwarten gewesen, dass er im Rahmen des vorliegenden Prozesses angegeben hätte, um welche anderen Angelegenheiten es sich gehandelt hat. Wenn er das nicht getan hat, ist lediglich ein Rückschluss möglich: Dass es die Vereinbarung vom 17. Februar 2004 war, die der Beklagte erwähnte und an deren Unterzeichnung und Inhalt er sich deshalb offensichtlich auch problemlos erinnern konnte.

6. Zusammengefasst bedeutet dies, dass dem Beklagten der Nachweis misslungen ist, dass er wegen Alkohol-, Medikamenten- und Drogenkonsum – wegen eines Alkohol- und Drogenrausches – bei der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 17. Februar 2004 zurechnungsunfähig war. An den Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 16. Juni 2008 (act. 161) war sowohl die Vorinstanz und ist auch die Kammer selbst gebunden (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, N. 46 zu Art. 318). Dort wurde angeordnet, dass ein Gutachten dann in Betracht zu ziehen wäre, wenn der allfällige Alkohol- und Drogenrausch mit entsprechender Intensität nachgewiesen würde (act. 161 S. 25). Entgegen der Ansicht des Beklagten (act. 233 S. 18 f.) ist dies nicht der Fall, ja, mangels Glaubhaftigkeit der Darstellung der Zeugin L._____ muss davon ausgegangen werden, dass was der Beklagte auch konsumiert und eingenommen haben mag, ihn dies nicht massgeblich beeinträchtigte. Das führt zur Abweisung der Berufung.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beklagte kostenpflichtig. (Art. 106 ZPO) und die Kosten sind aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Da keine Berufungsantwort eingeholt wurde, ist der Klägerin keine Entschädigung auszurichten.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv im Verfahren CG090054 (Dispositiv-Ziff. 3, 4 und 5) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 17'000.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 233, sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, 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. 327'500.--.

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. S. Bohli Roth

versandt am: