

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140092-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 1. Juni 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger, Berufungskläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter, Berufungsbeklagter, Erstberufungsbeklagter und Zweitberufungskläger

betreffend **Forderung / Rückweisung**

**Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
19. Dezember 2011; Proz. CG070069**

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. Mai
2014; Proz. LB120008**

Urteil Bundesgericht vom 1. Dezember 2014; Proz. 4A_394/2014

Rechtsbegehren:

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 71'000.– zu bezahlen, zuzüglich
 - a) vertraglicher Zins von 5% auf Fr. 50'000.– seit dem 15. November 1996,

- b) vertraglicher Zins von 5% auf Fr. 21'000.– seit dem 16. Januar 1998,
- c) Verzugszins von 5% auf der Gesamtsumme seit dem 13. November 2006.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Uitikon - Waldegg (Zahlungsbefehl vom 13. November 2006) sei für den Betrag plus Zinsen gemäss Ziff. 1 sowie für Fr. 70.– Zahlungsbefehlskosten aufzuheben, und es sei dem Kläger die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
 3. ..
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 21'000.– plus Zins von 5% seit dem 10. Januar 2007 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 12'000.–. Die Barauslagen betragen Fr. 431.25. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger zu 5/7 und dem Beklagten zu 2/7 auferlegt. Der Anteil des Klägers wird zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung (3/7) von Fr. 5'700.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Mitteilung/Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

des Klägers und Erstberufungsklägers (act. 102 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Dezember 2011 sei so abzuändern, dass der Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger Fr. 71'000.00 plus 5% Zins seit dem 10. Januar 2007 zu bezahlen.
2. Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils sei so abzuändern, dass die Kosten des Verfahrens dem Kläger zu 1/7 und dem Beklagten zu 6/7 auferlegt werden.
3. Dispositiv-Ziff. 4 des Urteils sei so abzuändern, dass der Beklagte verpflichtet wird, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers eine reduzierte Prozessentschädigung (5/7) von Fr. 9'500.00 zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Beklagten.
5. Dem Kläger sei für das Verfahren vor dem Obergericht die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Zur Zweitberufung (act. 139/122 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Beklagten/Berufungsklägers.
3. Dem Kläger/Berufungsbeklagten sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

des Beklagten und Zweitberufungsklägers (act. 139/102 S. 2):

- "1. Es seien Ziffer 1. bis 4. des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei die vorinstanzliche Gerichtsgebühr vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen und es sei der Kläger zu verpflichten, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine nicht reduzierte Prozessentschädigung (zzgl. 8% MwSt) zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt) für das zweitinstanzliche Verfahren zulasten des Klägers und Appellanten."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Die Klage beruht auf zwei von B._____ (Beklagter, Zweitberufungskläger, Erstberufungsbeklagter, fortan: Beklagter) bestrittenen Darlehensforderungen, welche der Vater des Beklagten, †C._____, erhalten und quittiert haben soll (act. 4/5 und 4/6, act. 38 S. 4). Es betrifft einerseits ein Darlehen vom 14. November 1996 in der Höhe von Fr. 50'000.00 sowie andererseits eines vom 15. Januar 1998 in der Höhe von Fr. 21'000.00. Beide Darlehen sollen dem Vater des Beklagten von D._____ gewährt worden sein. D._____ hat die fraglichen Forderungen am 8. November 2006 an A._____ (Kläger, Erstberufungskläger, Zweitberufungsbeklagter, fortan: Kläger) zediert. Der Vater des Beklagten verstarb am tt.mm.2005 (act. 4/4). Die Mutter des Beklagten, E._____, starb am tt.mm.2006. Sie hinterliessen als einzige gesetzliche Erben ihre beiden Söhne, den Beklagten und F._____, der in Spanien wohnt (act. 13/1). Der Beklagte bestreitet, die Erbschaft seines Vaters angetreten zu haben. Er habe diese vielmehr ausgeschlagen, weshalb die Darlehensverträge nicht auf ihn übergegangen seien und die Klage daher auf Grund seiner fehlenden Passivlegitimation abzuweisen sei (act. 1 S. 2, act. 11). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens hiess die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 19. Dezember 2011 im Umfange von Fr. 21'000.00 gut. Im Mehrbetrag wies sie die Klage ab (act. 104).

2. Gegen diesen Entscheid legten beide Parteien ein Rechtsmittel ein: Am 1. Februar 2012 erhob der Kläger rechtzeitig Berufung, zu deren Behandlung die Kammer das Verfahren LB120008 angelegte. Der Kläger beantragt im Wesentlichen, es sei der Beklagte in Änderung von Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 71'000.00 zuzüglich Verzugszinsen zu bezahlen (act. 102 S. 2).

Über den Kläger eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 7. Februar 2012 den Konkurs (act. 105 und 109), weshalb mit Verfügung vom 28. Februar 2012 des stellvertretenden Präsidenten der Kammer in Anwendung von Art. 207 SchKG und Art. 126 ZPO das Verfahren (einstweilen) einge-

stellt wurde (act. 106). Der Notar-Stellvertreter des Notariats und Konkursamtes Altstetten-Zürich teilte mit Schreiben vom 19. Juni 2012 der Kammer mit, der über den Kläger eröffnete Konkurs sei mangels Aktiven rechtskräftig eingestellt worden, da kein Gläubiger innert nützlicher Frist die Durchführung des Verfahrens begehrt habe (act. 113). Damit wurde die mit der Konkursöffnung eingetretene Beschränkung des Klägers in seiner Verfügungsbefugnis hinfällig und der Kläger erlangte wieder die Verfügungsmacht über den Streitgegenstand. Das Verfahren wurde wieder aufgenommen und fortgeführt (act. 114).

Das vom Kläger für das Berufungsverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde abgewiesen und entsprechend wurde dem Kläger ein Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'500.00 auferlegt (act. 114 und 123). Dieser wurde innert erstreckter Frist Mitte Mai 2013 rechtzeitig und vollständig geleistet (act. 133). Mit Verfügung vom 17. Mai 2013 wurde dem Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 134). Diese Verfügung konnte dem Beklagten allerdings nicht zugestellt werden; die entsprechende Postsendung kam mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück (act. 136). Bis heute ging denn auch keine Berufungsantwort im Prozess LB120008 ein.

3. Mit Eingabe vom 6. Februar 2012 liess der Beklagte ebenfalls rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 19. Dezember 2011 erheben, zu deren Behandlung die Kammer das Verfahren mit der Nummer LB120009 anlegte. In der Berufungsbegründung beantragt dieser, damals noch anwaltlich vertreten, die Abweisung der Klage (act. 139/102 S. 2). Mit Eingabe vom 24. Oktober 2012 teilte die Rechtsvertreterin des Beklagten mit, sie vertrete diesen nicht mehr (act. 139/115). Der dem Beklagten auferlegte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'230.00 wurde innert erstreckter Frist geleistet (act. 139/115, act. 139/117). Mit Verfügung vom 17. Mai 2013 wurde dem Kläger Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 139/119). Diese Berufungsantwort, mit der die Abweisung der Berufung des Beklagten beantragt wird (act. 139/122), ging rechtzeitig am 12. Juni 2013 bei der Kammer ein (act. 139/120 in Verbindung mit act. 139/122). Der Kläger verlangt auch im Verfahren LB120009 die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung von Dr. iur. X. _____ als unentgeltlichen Rechts-

vertreter (act. 139/122 S. 2). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wies die Kammer mit Beschluss vom 21. Juni 2013 ab (act. 139/124). Dieser Beschluss konnte dem Beklagten nicht zugestellt werden; auch diese Postsendung kam mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück (act. 139/126). Ein Rechtsmittel gegen den das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abweisenden Entscheid wurde nicht ergriffen.

4. Gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO vereinigte die Kammer die beiden Verfahren mit Verfügung vom 27. August 2013, indem sie das Verfahren unter Nummer LB120009 mit dem Verfahren mit der Nummer LB120008 vereinigte und ersteres als dadurch erledigt abschrieb (act. 137).

5. Mit Urteil vom 22. Mai 2014 wies die Kammer die Erstberufung des Klägers ab. Die Zweitberufung des Beklagten hiess die Kammer gut und wies demgemäss die Klage ab (act. 141).

6. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Mit Urteil vom 1. Dezember 2014 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Kammer zurück (act. 155).

II. Formelles:

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten, welche das bisherige (kantonale) Verfahrensrecht ablöst. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittel und für das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung eines Entscheides in Kraft war. Für Verfahren, die beim Inkrafttreten der ZPO rechtshängig waren, gilt demgegenüber nach Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige (alte) Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz.

Das angefochtene Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich erging am 19. Dezember 2011, also nach dem Inkrafttreten der ZPO. Das Rechtsmittelver-

fahren untersteht daher dem neuen Recht der ZPO (und den dazugehörigen ergänzenden kantonalen Bestimmungen des GOG, der GebV OG und der Anw-GebV). Demgegenüber beurteilt sich das Verfahren der Vorinstanz (4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich), bei dem die Klage vor Inkrafttreten der ZPO anhängig gemacht worden war, noch nach dem kantonalen Recht, der ZPO/ZH, dem GVG/ZH und den dazugehörigen Verordnungen (etwa zu den Gebühren und Anwaltsentschädigungen).

2. Im Berufungsverfahren gemäss Art. 308 ff. ZPO können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Gestützt auf Art. 312 ZPO hat die Kammer – wie bereits erwähnt – dem Beklagten am 17. Mai 2013 Frist zur Beantwortung der Erstberufung des Klägers angesetzt (act. 134). Der Beklagte liess diese Frist ungenutzt verstreichen. Der Beklagte ist nicht verpflichtet, eine Berufungsantwort einzureichen. Nutzt er die Möglichkeit, zur Berufung des Klägers Stellung zu nehmen, nicht innert der 30-tägigen Frist von Art. 312 Abs. 1 ZPO, wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Bei einem Aktenentscheid berücksichtigt das Gericht diejenigen (schriftlichen) Eingaben, welche nach Massgabe der Schweizerischen Zivilprozessordnung – vor beiden Instanzen – eingereicht worden sind (Art. 234 Abs. 1 ZPO). Diesfalls sind daher die vom Beklagten vor erster (oder im Rahmen der Berufungsantwort vor zweiter) Instanz vorgebrachten Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, welche sich aus den Akten ergeben, zu berücksichtigen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Auflage, Art. 312 N 8 mit Hinweisen).

III. Materielles:

1. Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob der Beklagte Erbe seines †Vaters C._____ sei oder ob er die Erbschaft rechtmässig ausgeschlagen habe. Nach Durchführung eines Beweisverfahrens gelangte die Vorinstanz nach sorgfältiger Würdigung der angebotenen und abgenommenen Beweismittel (Zeugen, Urkunden) zum Ergebnis, der Beklagte habe sich in die Erbschaft seines Vaters eingemischt und somit das Recht zur Ausschlagung verwirkt (act. 104 S. 5-19).

2.1. Der Beklagte rügt mit seiner Berufung, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Einmischung im Sinne des Art. 571 Abs. 2 ZGB bejaht und überdies eine falsche Beweislastverteilung vorgenommen. Eine Einmischung bzw. eine konkludente Annahme der Erbschaft sei zu bejahen, wenn sich eine zur Erbschaft berufene Person verhalte, wie wenn sie schon definitive Erbin wäre. Sie trete eigentlich das Erbe wenigstens zum Teil schon an (act. 139/102 S. 4 mit Hinweis auf BSK ZGB II-Schwander, 4. Auflage, Art. 571 N 4). Eine Einmischung bedürfe nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als subjektives Element, dass der handelnde Erbe sich der Zugehörigkeit der betreffenden Sache zur Erbschaft bewusst sei. Einmischung in die Erbschaft mit der Folge des Erbschaftsantritts könne ihm nicht vorgehalten werden, wenn er die Sachen, über die er verfügt habe, gar nicht als solche der Erbschaft betrachtet habe (act. 139/102 S. 5 mit Hinweis auf BGE 70 II 199 ff. E. 4). Wenn dieses subjektive Element bejaht werde, stelle sich in zweiter Linie die Frage, ob es sich objektiv betrachtet um eine Einmischungshandlung oder nur um eine Verwaltungs- oder Schutzvorkehrung handle. Er habe sich im vorinstanzlichen Verfahren stets auf den Standpunkt gestellt, am tt. November 2005 seien sämtliche Aktien seines Vaters infolge dessen Ausscheidens aus dem Aktionariat auf ihn übergegangen. Dies habe sein Vater am 25. Juni 2004 ausdrücklich verfügt. Mit dem Ausscheiden seines Vaters aus dem Verwaltungsrat seien sämtliche Aktien von diesem auf ihn übergegangen. Ob die Aktien, rechtlich gesehen, tatsächlich gültig anlässlich der Generalversammlung vom tt. November 2005 auf ihn übertragen worden seien, könne letztlich dahin gestellt bleiben. Massgebend sei, dass er in subjektiver Hinsicht davon ausgegangen sei, die Übertragung sei in jenem Zeitpunkt erfolgt. Er habe hierzu im vorinstanzlichen Verfahren

folgende Beweismittel offeriert: Die von ihm und seinem Vater am 25. Juni 2004 unterzeichnete "Unwiderrufliche Vereinbarung", in welcher festgehalten werde, dass sein Vater bei Aufgabe seiner aktiven Geschäftstätigkeit oder Tod das ganze Aktienkapital an ihn – den Beklagten – übertrage und er ab dann frei über die Verwendung des Aktienkapitals verfügen könne (act. 40/8); das Protokoll der Generalversammlung vom tt. November 2005, anlässlich derer sein Vater aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden sei und er – der Beklagte – als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift gewählt worden sei (act. 40/9); sein Schreiben an seine damalige Lebenspartnerin vom tt. Dezember 2005, aus welchem hervorgehe, dass er das gesamte Aktienpaket als seinen Besitz betrachte (act. 40/10); schliesslich die Einvernahmeprotokolle des Konkursamtes Höggen Zürich, wo er erklärt habe, im Nachlass seines Vaters befänden sich keine Beteiligungen an Gesellschaften (und damit auch nicht die besagten Aktien) (act. 59/1 S. 8, act. 59/3 S. 1 f.).

2.2. Die gesetzlichen und die eingesetzten Erben haben die Befugnis, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Nach Art. 570 ZGB ist die Ausschlagung bei der zuständigen Behörde mündlich oder schriftlich zu erklären (Abs. 1). Sie muss unbedingt und vorbehaltlos geschehen (Abs. 2), und die Behörde hat über die Ausschlagungen ein Protokoll zu führen (Abb. 3). Die Frist zur Ausschlagung beträgt drei Monate und beginnt für die gesetzlichen Erben grundsätzlich mit dem Zeitpunkte, da ihnen der Tod des Erblassers bekannt geworden ist (Art. 567 ZGB). Aus wichtigen Gründen kann ihnen die zuständige Behörde eine Fristverlängerung gewähren oder eine neue Frist ansetzen (Art. 576 ZGB). Hat ein Erbe die Ausschlagungsbefugnis durch Einmischung in die Angelegenheiten der Erbschaft verwirkt, ist eine Neuansetzung der Ausschlagungsfrist oder deren Verlängerung ausgeschlossen. Es ist aber nicht an der Erstreckungsbehörde, rechtskräftig über die Frage der Einmischung zu entscheiden. Dem Gläubiger, der in das Fristverlängerungs- bzw. Fristwiederherstellungsverfahren nicht einbezogen wird, bleibt es daher vorbehalten, trotz der Erstreckung oder der Wiederherstellung die Verwirkung nötigenfalls im Prozess geltend zu machen.

2.3. Mit Verfügung der Einzelrichterin in Erbschaftssachen des Bezirkes Zürich vom 8. Januar 2007 betreffend den Nachlass des am tt.mm.2005 verstorbenen †C._____ wurde die Ausschlagungsfrist wieder hergestellt, und die Ausschlagungserklärungen des Beklagten vom 28. November 2006 und seines Bruders vom 4. Dezember 2006 wurden zu Protokoll genommen. Gleichzeitig wurde bezüglich des Nachlasses des †C._____ festgestellt, der Nachlass sei durch alle nächsten gesetzlichen Erben und Erbeserben des Erblassers ausgeschlagen worden. Dem zuständigen Konkursrichter wurde hiervon Kenntnis gegeben (act. 13/2). Diese Verfügung ist – wie soeben erwähnt – ohne materiellrechtliche Bedeutung im Verhältnis von Erbe (Beklagter) und Gläubiger (Kläger). Aber auch wenn die Ausschlagungserklärung eines Erben zurückgewiesen wird, bleibt es diesem unbenommen, sich darauf zu berufen, wenn er für Erbschaftsschulden – im ordentlichen Prozess – belangt wird. Andererseits steht den Erbschaftsgläubigern ungeachtet der Protokollierung der Ausschlagungserklärung die Möglichkeit offen, gegen einen Erben vorzugehen, der – wie der Beklagte – die Ausschlagung erklärt hat. Das Protokoll im Sinne des Art. 570 Abs. 3 ZGB dient – wie schon in der erwähnten Verfügung der Einzelrichterin in Erbschaftssachen vom 8. Januar 2007 festgehalten wurde – nur dem Beweis für die Abgabe und den Zeitpunkt der Ausschlagungserklärungen (ZR 96/1997 Nr. 29 mit Hinweisen). Entsprechend ist der zuständige Einzelrichter nur ausnahmsweise befugt, die Rechtzeitigkeit der abgegebenen Ausschlagungserklärungen zu prüfen, nämlich wenn – wie hier – als Folge der Ausschlagung durch alle nächsten gesetzlichen Erben nach Art. 573 Abs. 1 ZGB und Art. 193 Abs. 1 Ziffer 1 SchKG der Konkursrichter im Hinblick auf eine Anordnung der konkursamtlichen Erbschaftsliquidation zu verständigen ist. Aber auch dabei handelt es sich um eine bloss einstweilige Vorprüfung der Gültigkeit, die in einem späteren Erkenntnisverfahren nicht bindend ist.

3.1. Bei dieser Rechtslage ist nunmehr zu prüfen, ob sich der Beklagte in die Erbschaft eingemischt hat. In der Lehre ist kontrovers geblieben, ob die Fälle der Einmischung und anderer konkludenter Annahmen nach Art. 571 Abs. 2 ZGB rein objektiv zu beurteilen seien oder subjektiven Einmischungs- bzw. Annahmewillens des Erben voraussetze. Das Bundesgericht hat sich in durchwegs alten Entscheidungen für eine weitgehend objektivierete Betrachtungsweise ausgesprochen

(BGE 54 II 416, 422; BGE 70 II 199, 205). Die Auffassung, dass es auf den subjektiven Willen des Erben ankomme, vertritt aber insbesondere Escher (Zürcher Kommentar zum Erbrecht, Art. 571 ZGB N 12). Bei der Würdigung des möglicherweise als konkludente Annahme zu interpretierenden Verhaltens ist zunächst von einem objektiven Gesichtspunkt auszugehen: Muss das Verhalten des zur Erbschaft Berufenen von Dritten als Einmischung usw. verstanden werden? Danach ist dem zur Erbschaft Berufenen Gelegenheit zu geben, darzulegen, warum er im Einzelfall sein Verhalten nicht als Einmischung versteht bzw. nicht anders handeln konnte und gleichwohl keinen Annahmewillen gehabt hatte; diese Argumente sind wiederum unter objektivierendem Gesichtspunkt zu würdigen. So wird die Wegnahme wertloser oder ganz geringfügiger Sachen noch nicht als Einmischung anzusehen sein. In allen anderen Fällen hat das ordentliche Zivilgericht zu entscheiden. Aber auch unter einem solchen ist klar: Konkludente Annahme setzt in der Regel ein bewusstes, vorsätzliches Verhalten – bezogen auf die einzelne Handlung – und zumeist ein positives Tun voraus. Dabei steht fast immer eigenes Interesse (z.B. Vermischung von Nachlass- und Erbgeldern) und nicht das blosse Erhaltungsinteresse im Vordergrund. Erforderlich ist jedenfalls das Wissen des Erben, dass es sich um einen dem Nachlass zugehörigen Wert handelt (BGE 70 II 199, 206). Blosse Verwaltungshandlungen sind beispielsweise dringende Ausbesserungen, die Bezahlung fälliger Erbschaftsschulden, Inkasso fälliger Guthaben des Erblassers, die Weiterführung eines hängigen Prozesses oder eines eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahrens, Weiterführung des Geschäftsbetriebes einschliesslich Ordnung der Angestelltenverhältnisse, Verkauf von Vermögenswerten, die an Wertverlust leiden, oder zum Zwecke der Finanzierung notwendiger Erhaltung anderer Nachlasswerte (BSK ZGB II-Ivo Schwander, 4. Auflage, Art. 571 N 5 mit Hinweisen).

3.2. Die Tatsache der – angeblich – nicht stattgefundenen Einmischung ist nicht immer dem unmittelbaren Beweis zugänglich, weshalb die durch die Einzelrichterin in Erbschaftssachen des Bezirkes Zürich am 7. Januar 2007 protokollierte Ausschlagungserklärung doch ein gewichtiges Indiz für die fehlende Einmischung ist. Sodann ist von Bedeutung, dass der †Vater des Beklagten in seiner vom 25. Juni 2004 datierten Vereinbarung verfügte, dass bei Aufgabe seiner aktiven

Geschäftstätigkeit oder seines Todes das ganze Aktienkapital dem Beklagten übertragen wird (act. 40/8). Mit diesem Passus verpflichtete sich der †Vater des Beklagten zur Übertragung der Aktien an den Beklagten bei Eintritt eines der Ereignisse. Entscheidend ist, wie die Formulierung "Aufgabe der Geschäftstätigkeit" zu verstehen ist. Der Kläger anerkennt in der Klageschrift vom 7. April 2007 ausdrücklich, dass der Beklagte das Treuhandbüro in den letzten fünf Jahren allein führte, da der †Vater des Beklagten altershalber nicht mehr tätig war (act. 2 S. 3). Ist mit der Formulierung jedoch der Rücktritt als Verwaltungsrat gemeint, und davon geht offenbar auch der Beklagte aus (act. 38 S. 8 ff.), so ist Folgendes zu erwägen: In einem Familienbetrieb wird die operative, d.h. die aktive, Geschäftstätigkeit und die strategische Führung – Verwaltungsratsmandat – in der Regel in einem Schritt aufgegeben. Der Beklagte beruft sich denn auch zum Beweis, dass sein †Vater die Geschäftstätigkeit noch vor seinem Tode aufgegeben habe, auf das Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom tt. November 2005 (act. 40/9). Danach trat der †Vater des Beklagten an diesem Tag als Verwaltungsrat zurück. ... Wochen später starb der Vaters des Beklagten. Die Meldung an das Handelsregisteramt erfolgte am tt. Dezember 2005, rund ... Wochen nach der Generalversammlung und nach dem Tod des Vaters des Beklagten (act. 40/9 S. 2). War der †Vater des Beklagten tatsächlich per tt. November 2005 aus der aktiven Geschäftstätigkeit ausgeschieden, so lag mit dem erwähnten Passus in der Vereinbarung vom 25. Juni 2004 (act. 40/8) eine lebzeitige Verpflichtung auf Aktienübertragung an den Beklagten vor. Der Beklagte hatte Anspruch auf Vornahme bzw. Vervollständigung der Verfügungshandlung, d.h. der Übereignung der Aktien. Die Aktien wurden bei dieser Annahme nicht Bestandteil des Nachlasses. Die Grundlage der Verfügung über die Namenaktien wurde durch das Verpflichtungsgeschäft vom 25. Juni 2004 zu Lebzeiten geschaffen (act. 40/8). Der Kläger bestreitet nun aber, dass die Generalversammlung am tt. November 2005 stattgefunden hat und der †Vater des Beklagten an der Versammlung anwesend war. Der Kläger wirft dem Beklagten somit vor, er habe ein wahrheitswidriges Protokoll erstellt. Hierüber wäre an sich Beweis zu erheben. Aus folgendem Grund ist jedoch von dieser Beweiserhebung abzusehen. Der Beklagte vertritt gestützt auf die Erklärung seines †Vaters vom 25. Juni 2004 sowie

auf die nach seiner Meinung am tt. November 2005 durchgeführte ausserordentliche Generalversammlung in begründeter Weise subjektiv die Auffassung, er sei am tt. November 2005 alleiniger Aktionär der G._____ AG geworden. Ob die Aktien am tt. November 2005 tatsächlich auf den Beklagten übertragen wurden, ist unter Hinweis auf BGE 70 II 199 ff., insbesondere 205 f., ohne Belang. Entscheidend ist die subjektive Auffassung des Beklagten. Abgesehen davon wurden entsprechend der gängigen Praxis in Familiengesellschaften keine Titel bzw. Aktienzertifikate gedruckt und wurde kein Aktienbuch geführt. Eine Einmischung im Sinne des Art. 571 Abs. 2 ZGB kann im Handeln des Beklagten nach dem Gesagten nicht erblickt werden. Der Kläger hat keine weiteren Handlungen des Beklagten genannt, welche er als Einmischung wertete. Insbesondere wäre auch die Weiterführung des Treuhandbüros durch den Beklagten nicht als Einmischungshandlung zu werten, da der Beklagte – wie bereits erwähnt und vom Kläger anerkannt – das Treuhandbüro seit Jahren allein führte.

4. Sodann bringt der Kläger vor, der Beklagte habe das Gesuch um Wiederherstellung der Ausschlagungsfrist verspätet gestellt. Die Einzelrichterin in Erbschaftssachen des Bezirkes Zürich stellte in ihrer Verfügung vom 8. Januar 2007 mit Grund fest, der Beklagte habe das Gesuch innert nützlicher Frist gestellt (act. 13/2 S. 5/6). Der Beklagte erhielt am 10. November 2006 Kenntnis von der gegenüber seinem †Vater geltend gemachten Darlehensforderungen. Am 28. November 2006 gab er alsdann die Ausschlagungserklärung ab. Aus dem vom Kläger zitierten BGE 114 II 224 lässt sich für dieses Verfahren nichts Anderes ableiten. Dort ging es um einen Zeitraum von drei Monaten zwischen der Kenntnisnahme des Wiederherstellungsgrundes und der Einreichung des entsprechenden Gesuches.

5. Nach dem Gesagten ist die Klage wegen fehlender Passivlegitimation des Beklagten abzuweisen.

6. Der Vollständigkeit halber rechtfertigt es sich, dennoch zu prüfen, ob die beiden Forderungen ausgewiesen wären. Der Beklagte bestreitet seit Beginn des Prozesses den vom Kläger behaupteten Geldfluss (so beispielsweise in act. 38

S. 4, 5, 6, 7, 11 und 12; act. 49 S. 4, 8, 10, 18, 19 und 20). Der Kläger trägt die Beweislast für seine vom Beklagten bestrittene Sachdarstellung.

6.1. Die Vorinstanz gelangte nach umfassender, sorgfältiger und zutreffender Würdigung der angebotenen und abgenommenen Beweismittel zum Ergebnis, es bleibe unbewiesen, dass D. _____ dem Vater des Beklagten am 14. November 1996 ein Darlehen über Fr. 50'000.00 gewährt habe (act. 104 S. 22 f.). Der Kläger vermag dies mit seiner Erstberufung nicht als unrichtig erscheinen zu lassen. Die erstinstanzliche Darstellung zusammenfassend und teilweise ergänzend sei Folgendes betont: Der vom Kläger eingereichten Quittung ist nicht zu entnehmen, zu welchem Zweck sie ausgestellt wurde (act. 4/5). Die separate Vereinbarung, worauf in der Quittung Bezug genommen wird, hat der Kläger nicht eingereicht, weshalb unbestimmbar ist, ob es sich bei der Quittung um die Auszahlung eines Darlehens gehandelt hat. Es ist deshalb müssig, sich über deren Zweck weitere Gedanken zu machen, da es sich hierbei um reine Vermutungen handelte. Auch mit den Zeugenaussagen von D. _____ und seines Sohnes H. _____ vermag der Kläger den strikten Beweis für seine Sachdarstellung nicht zu erbringen. Die Vorinstanz hat die beiden Zeugenaussagen zu Recht kritisch gewürdigt und insbesondere die Interessenlage D. _____s als Zedenten der fraglichen Darlehensforderung und den Einfluss der familiären Bande zwischen ihm und seinem Sohn H. _____ berücksichtigt. Zudem hat die Vorinstanz mit Grund auf den auffälligen Inhalt der Zeugenaussage H. _____s und dessen Zugabe, mit seinem Vater und dem Kläger (telefonisch) vor der Zeugeneinvernahme über die Angelegenheit gesprochen zu haben (act. 88 S. 4), hingewiesen. Dadurch verliert dessen Aussage entscheidend an Gewicht. Weiter ist zu beachten, dass die Aussage als ganzes nicht stimmig ist: Einerseits beschreibt der Zeuge präzise, wo und wann das Geld übergeben worden sein soll, andererseits kann er zur Vereinbarung, auf welche in der Quittung verwiesen wird, nichts sagen, obschon alle drei Beteiligten nach dem Abschluss des Geschäftes gemeinsam weggegangen seien (act. 88 S. 7 f.). Weiter erstaunt, dass die geschiedene Ehefrau D. _____s, I. _____, in diesem Zusammenhang nicht als Zeugin angerufen wurde, auch wenn sie bei der fraglichen Übergabe des Geldes nicht dabei gewesen war. Es ist doch naheliegend, dass Eheleute miteinander sprechen, wenn der eine Ehegatte einer Drittperson ein

Darlehen in der Höhe von Fr. 50'000.00 gewährt. Zudem wäre bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein Betrag in der Höhe von Fr. 50'000.00 nicht bedeutungslos gewesen und gewiss erwähnt worden. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das fragliche Darlehen weder in der Steuererklärung D.____s noch in jener des Beklagten aufgeführt wurde. Immerhin wird mit der Unterschrift auf der Steuererklärung bestätigt, dass diese vollständig ist und die Angaben wahrheitsgetreu sind.

Insgesamt vermochte der Kläger mithin den Bestand des behaupteten Darlehens von Fr. 50'000.00 nicht zu erbringen.

6.2. Die Vorinstanz ist mit Bezug auf die zweite, vom Kläger geltend gemachte Forderung in der Höhe von Fr. 21'000.00 zum Ergebnis gelangt, die Klage sei insoweit begründet (act. 104 S. 23 f.). Mit seiner Zweitberufung wendet sich der Beklagte gegen dieses Beweisergebnis.

Der Beklagte bestreitet auch diesen Geldfluss (so beispielsweise in act. 38 S. 4, 5, 6, 7, 11 und 12; act. 49 S. 4, 8, 10, 18, 19 und 20). Bei den Akten liegt eine vom 15. Januar 1998 datierte Quittung, worin der †Vater des Beklagten bestätigt, von D.____ Fr. 21'000.00 "als kurzfristiges Darlehen" erhalten zu haben (act. 4/6). Im erstinstanzlichen Verfahren hatte der Beklagte geltend gemacht, der Vermerk "kurzfristig" lasse auf Grund des Umstandes, dass D.____ dieses Darlehen nie – abgesehen von act. 4/7 – gegenüber seinem †Vater zur Rückzahlung abgemahnt habe und sich dieses Darlehen auch nicht im Schuldenverzeichnis der letzten beiden Steuererklärungen sowie in den Steuererklärungen der Jahre 1998 und 1999 seines †Vaters finde, darauf schliessen, dass sein †Vater dieses Darlehen – sofern es sich bei der Unterschrift auf act. 4/6 überhaupt um jene seines †Vaters handle – längstens zurückbezahlt habe (act. 38 S. 13, 40/3-6).

Der Kläger weist an sich zu Recht auf den grundsätzlich beschränkten Beweiswert der Steuerklärungen des †Vaters des Beklagten hin. Immerhin ist hier aber zu beachten, dass sich dieser als Treuhänder mit dem Spezialgebiet Steuerrecht aus beruflichen Gründen kaum wahrheitswidrige Angaben in der eigenen Steuer-

erklärung leisten kann. Dazu kommt noch, dass sich auch in den Steuerklärungen D.____s und in dessen Buchhaltung die behaupteten Darlehen nicht finden. Dieses Indiz hat schon mehr Gewicht. Zudem wurde das im Jahre 1998 angeblich gewährte Darlehen als kurzfristig bezeichnet. Ferner war das Darlehen im Scheidungsprozess der Eheleute DI.____ kein Thema. "Darüber wurde nicht diskutiert" (act. 94 S. 7), so die Aussage I.____s. Das ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass die behauptete Forderung heute nicht mehr besteht. Auch diese Zeugin hat im Übrigen eingeräumt, vor der Einvernahme mit D.____ telefonisch darüber gesprochen zu haben, "was damals passiert ist" (act. 94 S. 4). Darüber hinaus hat sie auch noch mit ihrem Sohn, H.____, "über das, was passiert ist", gesprochen (act. 94 S. 5). Das entwertet die Aussage von vorneherein entscheidend. Aber auch der Inhalt der Aussagen ist wenig überzeugend. So will die Zeugin zwar genau wissen, dass um 08.00 Uhr D.____ dem †C.____ im Restaurant, in welchem sie servierte, ein Couvert übergeben habe. Über dessen Inhalt kann sie indes nichts sagen. Dem eingereichten Bankbeleg ist zudem zu entnehmen, dass das Geld erst um 08.26 Uhr abgehoben wurde (act. 68/10). Diese Unstimmigkeit erschüttert die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage nicht unwesentlich. Zu weiteren Fragen antwortet die Zeugin, das wisse sie nicht. So weiss sie nicht, ob D.____ mit †C.____ am 15. Januar 1998 einen Vertrag abgeschlossen hat. Dass es um Fr. 21'000.00 gegangen sei, habe ihr D.____ gesagt. Dieser habe ihr erklärt, †C.____ habe Schulden gehabt (act. 94 S. 7). Ihr Wissen stammt demnach von D.____, der – wie bereits erwähnt – am Prozessausgang sehr interessiert ist.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass es dem Kläger nicht gelungen ist, den Beweis für den Bestand des Darlehens von Fr. 21'000.00 zu erbringen.

7. Nach dem Gesagten erweist sich die Erstberufung des Klägers als unbegründet, die Zweitberufung des Beklagten als begründet. Demnach ist die Klage abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Kläger für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO; §§ 64 und 68 ZPO/ZH). Die erstinstanzlichen Kosten sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, da dem Kläger von der I. Zivilkammer im Rekursverfahren LN070042 mit Beschluss vom 7. Januar 2009 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist (act. 28).

Bei der Festsetzung der Parteientschädigung, die der Kläger dem Beklagten für beide Instanzen zu bezahlen hat, ist zu berücksichtigen, dass sich der Streitwert vor Vorinstanz auf Fr. 71'000.00 bemass, der Beklagte die Erstberufung des Klägers mit einem Streitwert von Fr. 50'000.00 nicht beantwortet hat und der Streitwert der Zweitberufung Fr. 21'000.00 beträgt.

Es wird erkannt:

1. Die Erstberufung des Klägers wird abgewiesen. Die Zweitberufung des Beklagten wird gutgeheissen. Demgemäss wird die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Kosten werden dem Kläger auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'300.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Der fehlende Restbetrag von Fr. 1'800.00 der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr wird aus dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten den Betrag von Fr. 1'800.00 zu ersetzen.

6. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für beide Verfahren eine Partei-entschädigung von insgesamt Fr. 14'300.00 (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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. 71'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: