

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160036-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 29. November 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Aberkennung**

Berufung gegen einen Beschluss und ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Mai 2016 (CG100017-G)

Rechtsbegehren:

Des Klägers (act. 1 S. 2):

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Forderung der Beklagten in der Höhe von Fr. 100'000.–, welche auf die Schuldanererkennung vom 12. Februar 2009 zurückzuführen ist, nicht besteht;
2. Bei Gutheissen des Rechtsbegehren Nr. 1 sei die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 8. Februar 2010 (EB090413/U/Eg-Su/na) insofern zu korrigieren, dass die Spruchgebühr jenes Verfahrens vom Kläger nicht mehr zu ersetzen und von der Beklagten alleine zu tragen ist;
3. Bei Gutheissen des Rechtsbegehren Nr. 1 sei die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 8. Februar 2010 (EB090413/U/Eg-Su/na) insofern zu korrigieren, dass die Parteientschädigung zugunsten der Beklagten und zulasten des Klägers vollumfänglich aufgehoben wird und dass der Kläger zulasten der Beklagten seinerseits eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.– zzgl. 7.6 % MwSt geltend machen kann;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zzgl. 7.6 % MwSt)."

Der Beklagten (act. 12 S. 2):

- " 1. Es seien die klägerischen Rechtsbegehren vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Beklagten sei in der Betreuung Nr. ... (Betreibungsamt Meilen) gegen den Kläger die definitive Rechtsöffnung gemäss Ziff. 1 der Verfügung des Einzelrichters vom 8. Februar 2010 (Geschäfts-Nr.: EB090413) (inklusive der Kosten und Entschädigungen gemäss Ziff. 2 bis 4 der Verfügung) zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.6 % MwSt zulasten des Klägers."

Urteil und Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Mai 2016:

Das Gericht beschliesst:

1. Die klägerischen Rechtsbegehren Nr. 2 und 3 werden als gegenstandslos abgeschrieben.

2. Der prozessuale Antrag des Klägers vom 14. Februar 2014 betreffend teilweise Wiederholung der Beweisverhandlung vom 25. Juni 2013 wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachstehendem Urteil.

Sodann erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.

Dementsprechend ist die mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Februar 2010 (Geschäfts-Nr.: EB090413) erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Meilen (neu: Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach), Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2009, für CHF 100'000.– nebst Zins zu 5 % seit 29. Mai 2009, die Betreuungskosten sowie die Kosten und Entschädigung im Rechtsöffnungsverfahren definitiv.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 12'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:

CHF 8'550.– Übersetzungskosten

CHF 521.80 Gutachterkosten;

CHF 35.– Zeugenentschädigung;

CHF 21'106.80 Gerichtskosten Total

3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss über CHF 1'200.– verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 20'500.– (zzgl. 7.6 % MWST auf CHF 1'500.– und 8 % MWST auf CHF 19'000.–) zu bezahlen. Diese Parteientschädigung hat der Kläger direkt an den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Beklagten, Dr. iur. Y._____, zu bezahlen.
5. Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ wird zur Rückzahlung der Akontozahlung über CHF 8'156.20 an den Kanton Zürich verpflichtet, soweit er die Prozessentschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 hiervor beim Kläger erhältlich machen kann.
6. (Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers (Urk. 260):

- "1. Der Beschluss und das Urteil der Vorinstanz vom 10. Mai 2016 (CG100017-G/U/Me-Ko/ha-ke) seien vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass die Forderung der Beklagten in der Höhe von Fr. 100'000.-, welche auf die Schuldanerkennung vom 12. Februar 2009 zurückzuführen ist, nicht besteht;
3. Bei Gutheissen des Rechtsbegehren Nr. 2 sei die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 8. Februar 2010 (EB090413/U/Eg-Su/na) insofern zu korrigieren, dass die Spruchgebühr jenes Verfahrens vom Kläger nicht mehr zu ersetzen und von der Beklagten alleine zu tragen ist;
4. Bei Gutheissung des Rechtsbegehren Nr. 2 sei die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 8. Februar 2010 (EB090413/U/Eg-Su/na) insofern zu korrigieren, dass die Parteientschädigung zugunsten der Beklagten und zulasten des Klägers vollumfänglich aufgehoben wird und dass der Kläger zulasten der Beklagten seinerseits eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.- zzgl. 7,6% MwSt. geltend machen kann;
5. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen;
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 8% MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten (Urk. 268):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zulasten des Berufungsklägers;
- sowie
2. Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen;
 3. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, die der Berufungsbeklagten mit Beschluss und Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 10. Mai 2016 zugesprochene Parteientschädigung im Umfang von CHF 20'500 (zzgl. MwSt.) sowie eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren sicherzustellen."

Erwägungen:

A.

Prozessgeschichte

1. Am 8. Februar 2010 erteilte der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen der heutigen Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 100'000.- gestützt auf eine schriftliche Schuldanerkennung des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend Kläger) vom 12. Februar 2009 über diesen Betrag, zuzüglich 5% Zins seit 29. Mai 2009. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zulasten des Klägers geregelt. Der Kläger wurde auf die Aberkennungsklage verwiesen (Verfahren EB090413-G).

Diese Aberkennungsklage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren machte der Kläger rechtzeitig am 1. März 2010 beim Bezirksgericht Meilen anhängig (Verfahren CG100017-G). Das Verfahren wurde nach den Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung durchgeführt. Für den Verfahrensablauf mit dem doppelten Schriftenwechsel und dem durchgeführten Beweisverfahren kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Nach dem Eingang der letzten Stellungnahme zum Beweisergebnis am 8. April 2016 ergingen am 10. Mai 2016 ein Erledigungsbeschluss sowie das Urteil, das die Klage abwies.

2. Am 17. Juni 2016 erhob der Kläger rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung und leistete am 1. Juli 2016 rechtzeitig den einverlangten Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'750.- (Urk. 260, Urk. 266). Mit ihrer Berufungsantwort vom 14. September 2016 beantragte die Beklagte u.a. auch die Verpflichtung des Klägers zur Sicherstellung ihrer Parteientschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren (Urk. 268). Nach Einholung einer diesbezüglichen Stellungnahme des Klägers unter gleichzeitiger Zustellung der Berufungsantwort am 20. September 2016 und der Zustellung der erfolgten Stellungnahme an die Beklagte am 4. November 2016 wurde das Begehren mit Beschluss vom 21. November 2016 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten abgewiesen (Urk. 277). Damit erweist sich das Berufungsverfahren als spruchreif.

3. Auf das vorliegende Berufungsverfahren ist die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

B.

Tatsächliche Grundlagen

1. Sachverhalt

Die Parteien wurden am 7. Juni 1989 geschieden. In der genehmigten Scheidungskonvention regelten die Parteien u.a. die gegenseitigen güterrechtlichen Ansprüche, worunter eine pauschale Zahlung von Fr. 250'000.- des Klägers an die Beklagte. Sodann hielten die Parteien fest, dass sie mit dem Vollzug der Scheidungsvereinbarung per Saldo aller Ansprüche in vermögens- und güterrechtlicher Hinsicht auseinandergesetzt seien.

Im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Liegenschaft in C._____/Spanien im Jahre 2009 durch den Kläger hielten die Parteien am 12. Februar 2009 im Sinne einer "Erläuterung" des Scheidungsurteils u.a. schriftlich fest, dass es damals die Meinung gehabt habe, dass alle in der Konvention nicht erwähnten Güter der ehelichen Gütergemeinschaft im Alleineigentum des Klägers verbleiben sollten, insbesondere auch die Liegenschaft in C._____. Gleichentags unterzeichnete der Kläger aber auch ein von der Beklagten vorbereitetes Dokument mit dem Titel "Bestätigung" mit folgendem Wortlaut (Urk. 3/9; nachfolgend Schuldanererkennung):

"Der Unterzeichnende bestätigt, B._____, ... [Adresse], FR. 100'000.- zu schulden. Er wird diesen Betrag sofort nach Erhalt des Erlöses aus dem Liegenschaftenerwerb in Spanien auf ihr Bankkonto bei der ZKB ..., Nr. ..., überweisen."

Der Verkauf der Liegenschaft ist unbestrittenermassen erfolgt. Hingegen verweigert der Kläger die Bezahlung der Fr. 100'000.- gemäss Schuldanererkennung unter Berufung auf deren Nichtigkeit bzw. einen Willensmangel seinerseits.

2. Parteistandpunkte

2.1. Gemäss Darstellung des Klägers hatte er sich gegenüber den Käufern verpflichtet, ihnen die Liegenschaft in C._____ bis zum 31. Januar 2009 zu übertra-

gen. Die Übertragung der Liegenschaft habe nicht termingerecht erfolgen können, weil der spanische Notar gemäss Mitteilung des klägerischen Treuhänders vom 23. Januar 2009 plötzlich noch ein formelle Bestätigung verlangt habe, dass der Kläger berechtigt sei, allein über die Liegenschaft zu verfügen (nachfolgend Zusatzbestätigung), die Beklagte aber nicht willens gewesen sei, rechtzeitig vor dem 31. Januar 2009 eine entsprechende Bestätigung abzugeben. Der Kläger sei daher am 2. Februar 2009 in die Schweiz gereist, um eine Lösung zu finden. Auf Verlangen der Beklagten habe er für sie eine schriftliche Aufstellung gemacht, welcher Anteil am Verkaufserlös ihr theoretisch zustehen würde, wenn die Scheidung erst jetzt erfolgen würde. Darauf sei die Beklagte einverstanden gewesen, am 12. Februar 2009 beim Notar in ... die für den Verkauf der Liegenschaft in Spanien nötige Erklärung abzugeben. Bei einem vorgängigen Treffen in einem Restaurant habe die Beklagte ihm dann aber plötzlich aus dem Nichts die Schuldanererkennung vorgelegt und gedroht, ohne Unterzeichnung dieser Schuldanererkennung nicht zum Notar mitzukommen. Wegen der Verzögerung des Liegenschaftsverkaufs in Spanien habe er damals bereits EUR 15'000 Schadenersatz bezahlen müssen; bei einem Nichtvollzug des Verkaufsvertrags bis zum 13. März 2009 hätte er den Käufern auch die bereits entstandenen Umbaukosten ersetzen müssen und eine Zahlung von weiteren EUR 69'000 geschuldet. Aufgrund dieser Umstände und des Zeitdrucks am 12. Februar 2009 sei er, der Kläger, daher gezwungen gewesen, die Schuldanererkennung zu unterzeichnen.

Später habe er dann auch erfahren, dass die Beklagte bereits früher - nach einem zufälligen Treffen und Gespräch der Parteien über die Liegenschaft im Herbst 2008 - beim spanischen Notar massiv interveniert habe und der Notar als Folge davon das Scheidungsurteil für die Liegenschaftsübertragung nicht mehr akzeptiert und eine zusätzliche Bestätigung seiner alleinigen Verfügungsberechtigung verlangt habe.

Wegen der strafrechtlich relevanten Erpressung bzw. Nötigung durch die Beklagte sei die am 12. Februar 2009 unterzeichnete Schuldanererkennung widerrechtlich und nichtig.

2.2. Die Beklagte hält der Sachdarstellung des Klägers entgegen, der zweimalige Verkauf der Liegenschaft in C._____ durch den Kläger - das erste Mal während

des Scheidungsverfahrens an den Onkel seines damaligen Anwalts für CHF 400'000, das zweite Mal Anfang 2009 für EUR 575'000 - habe sie stutzig gemacht und den Verdacht aufkommen lassen, dass der erste Verkauf während der Scheidung nicht korrekt abgelaufen bzw. zu einem zu tiefen Preis erfolgt sei und sie in güterrechtlicher Hinsicht benachteiligt worden sei. Nachdem der Kläger sie am 28. Januar 2009 von Spanien aus wegen der erforderlichen zusätzlichen Bestätigung angerufen habe, habe sie am 3. Februar 2009 dem spanischen Notar brieflich mitgeteilt, dass sie ihre für den Verkauf erforderliche Unterschrift nicht abgeben werde. Anschliessend seien die Parteien dann übereingekommen, dass ihr eine Ausgleichszahlung für den Mehrerlös zustehen solle und der Kläger habe dafür die von ihm erwähnte schriftliche Aufstellung "Rekonstruktion Güterrecht 1989" gemacht. Ihr monetärer Ausgleichsanspruch gestützt auf diese Aufstellung sei schon vor dem 12. Februar 2009 unbestritten gewesen, als sich die Parteien im Restaurant getroffen hätten, und der Kläger habe die Schuldanerkennung sogleich diskussionslos und ohne irgendeinen Zweifel oder Unmut unterschrieben. Zur schriftlichen Schuldanerkennung sei es gekommen, weil der Kläger für die Fr. 100'000 nicht liquid gewesen sei.

Die Beklagte gesteht zu, dass sie sich auch bereits am 29. Januar 2009 telefonisch beim spanischen Notar nach dem geplanten Verkauf erkundigt hatte, allerdings erst nachdem der Kläger von ihr die Unterschrift für die Übertragung der Liegenschaft verlangt habe. Der Notar habe die zusätzliche Bestätigung nicht wegen ihrer Kontaktaufnahme sondern bereits vorgängig gefordert.

Nach Auffassung der Beklagten hat der Kläger die Schuldanerkennung freiwillig unterzeichnet und diese sei gültig zustande gekommen; von einer Erpressung könne keine Rede sein. Der anerkannten Forderung stehe auch die Saldoklausel gemäss Scheidungskonvention nicht entgegen. Die Parteien hätten am 12. Februar mit der gleichzeitigen "Erläuterungsvereinbarung" und der Schuldanerkennung vielmehr eine neue Einigung getroffen.

3. Erstinstanzliches Urteil

Die Vorinstanz kam Schluss, die umstrittene Schuldanerkennung sei nicht als völlig abstrakt zu betrachten; Einreden daraus seien zulässig. Die vom Kläger behauptete Erpressung bzw. Nötigung (im strafrechtlichen Sinn) zur Unterzeichnung

der Schuldanerkennung führe indessen nicht zu deren Widerrechtlichkeit oder Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR, da solche stets den Inhalt eines Vertrages betreffen, nicht aber die Umstände beim Vertragsabschluss. Letztere seien vielmehr unter dem Aspekt der Unverbindlichkeit wegen Willensmängeln gemäss Art. 23-31 OR zu beurteilen, wobei vorliegend insbesondere ein Willensmangel im Sinne von Art. 29f OR (Furchterregung) zu prüfen sei, da dieser zivilrechtlich den strafrechtlichen Tatbeständen der Erpressung und Nötigung entspreche. Der Kläger habe sich dabei rechtzeitig innert Jahresfrist auf einen solchen Mangel berufen.

In der Folge erwog die Vorinstanz, eine Drohung könne auch in einer angekündigten Unterlassung bestehen, falls sich die Situation des Bedrohten durch die angeordnete Unterlassung verschlechtern würde, gemessen an den rechtlichen Ansprüchen oder den tatsächlichen Aussichten, die er im Zeitpunkt der Drohung gehabt habe. Sie kam zum Schluss, die Beklagte habe angesichts der Saldoklausel in der Scheidungskonvention keine Pflicht gehabt, eine Erläuterung des Scheidungsurteils zu unterzeichnen oder eine Erklärung zuhanden des Notars in Spanien abzugeben; der Vollzug des Scheidungsurteils sei Sache des Klägers und er hätte dafür auch den Rechtsweg beschreiten können. Habe der Kläger aber nicht mit einer solchen Erklärung der Beklagten rechnen dürfen, so habe er durch die Unterlassung einer solchen keinen relevanten Nachteil erlitten. Die finanzielle Zwangslage des Klägers wegen der ihm drohenden Schadenersatzansprüche von EUR 69'000.- gemäss Kaufvertrag vom 8. Oktober 2008 bei Nichtvollzug des Verkaufs habe schon bestanden, als er am 28. Januar 2009 die Beklagte wegen der Bestätigung erstmals kontaktiert habe. Und in Kenntnis der Weigerung der Beklagten sei er am 30. Januar 2009 noch weitere Schadenersatzverpflichtungen gegenüber der Käuferschaft eingegangen. Insofern habe der Kläger seine Zwangslage selber herbeigeführt bzw. weiter verschlechtert. Indem die Beklagte ihre Zustimmung zum Verkauf von der Zahlung der Fr. 100'000.- abhängig gemacht habe, habe nicht sie die Situation des Klägers verschlechtert. Anders läge die Situation nur dann, wenn die Beklagte bereits zuvor auf den Notar in Spanien eingewirkt und dadurch erst bewirkt hätte, dass dieser überhaupt eine Zusatzbestätigung verlangt habe. Diesfalls hätte die Beklagte die Zwangslage des Klägers

aktiv herbeigeführt.

Die Vorinstanz auferlegte daher dem Kläger den Beweis dafür, dass die Beklagte vor dem 23. Januar 2009 (=Datum der Information des Klägers durch seinen Treuhänder, dass der Notar eine Zusatzbestätigung verlange) mit dem Notar in Spanien Kontakt aufgenommen, auf diesen massiv eingewirkt und der Notar nur wegen dieser Intervention eine zusätzliche Erklärung der Beklagten verlangt habe. Nach durchgeführtem Beweisverfahren und in Würdigung der Ergebnisse der Zeugenbefragungen und der Parteibefragung beider Parteien erachtete die Vorinstanz den Beweis des Klägers als nicht erbracht, dass die Beklagte vor dem 23. Januar 2009 mit dem Notar in Spanien Kontakt aufgenommen und massiv auf ihn eingewirkt hätte, damit er eine Zusatzbestätigung der Beklagten für die Verfügungsberechtigung des Klägers über die zu verkaufende Liegenschaft verlange. Damit verneinte die Vorinstanz das Vorliegen eines Willensmangels im Sinne von Art. 29 OR hinsichtlich der Schuldanerkennung und wies die Aberkennungsklage ab.

C.

Berufungsrügen

1. Rügepflicht und Kognition

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend gemacht werden. In der Berufungsschrift sind die entsprechenden Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und es ist darzulegen, welche tatsächlichen Feststellungen oder rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz angefochten werden und weshalb. Die Berufungsbegründung hat sich mit der konkreten Begründung des vorinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen. Die Rügepflicht im Berufungsverfahren ist nicht erfüllt, wenn der Berufungskläger pauschal auf Rechtschriften verweist, die vor Vorinstanz eingereicht wurden, oder die Sach- oder Rechtslage aus eigener Sicht erneut darstellt ohne darauf einzugehen, was dazu von der Vorinstanz vorgebracht wurde und wozu die Vorinstanz im angefochtenen Urteil bereits Stellung genommen bzw. allenfalls zu Unrecht keine Stellung ge-

nommen hat. Auf solche Berufungsvorbringen ist nachfolgend nicht einzugehen. Die Berufungsinstanz prüft sodann grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen und muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden. Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz sodann nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen. Neue tatsächliche Behauptungen oder Beweismittel sind im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig, vorbehältlich der Ausnahmen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO.

2. Rügen bezüglich Verletzung prozessrechtlicher Bestimmungen

2.1. Der Kläger rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da der am Urteil mitwirkende Ersatzrichter lic. iur. D. _____ an der Beweisverhandlung nicht anwesend gewesen sei. Eine authentische Kenntnisnahme der Aussagen durch alle Richter sei vorliegend unumgänglich, weshalb er ausdrücklich die Beweisabnahme durch das Kollegialgericht verlangt habe (Urk. 260 S. 3f).

Das rechtliche Gehör im Zusammenhang mit Änderungen der Gerichtsbesetzung garantiert den Prozessparteien, dass kein Gerichtsmitglied an der Urteilsfällung teilnimmt, das nicht Kenntnis von ihren Vorbringen und vom Beweisverfahren hat. Dieser Anspruch ist indessen gewahrt, soweit dem an der Beurteilung neu teilnehmenden Gerichtsmitglied der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann und dadurch alle am Urteil mitwirkenden Gerichtsmitglieder die gleichen Kenntnisse haben (BGer 5A_429/2011 vom 9. August 2011, Erw. 5; BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015, Erw. 6 m.w.H., bestätigt in BGer 1B_311/2016 vom 10. Oktober 2016, Erw. 2.2).

Vorliegend sind die Beweiserhebungen, welche das Gericht anlässlich der Beweisverhandlung vom 25. Juni 2013 tätigte (persönliche Befragung beider Parteien, Zeugeneinvernahmen), im Detail protokolliert worden (Prot. I S. 41ff). Darüber hinaus existiert auch noch eine Tonbandaufnahme der Einvernahmen (Prot. I S. 41), die gemäss den Bestimmungen der Archivverordnung der obersten Gerichte

vom 16. März 2001 aufzubewahren ist (§ 153 GVG/ZH). Damit kann mit Fug gesagt werden, dass dem neben den beiden bisherigen, an der Beweisverhandlung anwesenden Richtern am Endentscheid neu mitwirkenden Ersatzrichter alle Akten und Protokolle zugänglich waren und er sich ein vollständiges Bild über den bisherigen Verfahrensablauf und das Beweisverfahren verschaffen konnte. Kommt noch dazu, dass mehrere Zeugeneinvernahmen, insbesondere des Hauptzeugen E._____, auf dem Rechtshilfeweg in Spanien und damit ohnehin schriftlich erfolgten, und die am 25. Juni 2013 durchgeführte persönliche Befragung der Parteien gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH ohnehin keine Beweiskraft zugunsten der jeweiligen Partei haben.

Der Einwand des Klägers betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit unbegründet.

2.2. Der Kläger rügt weiter die Abweisung seines Antrages um Wiederholung seiner persönlichen Befragung als Verletzung seines rechtlichen Gehörs, weil ihn die Verfahrensleitung bei den meisten Fragen nach kurzer Zeit unterbrochen habe und ihm dadurch eine angemessene Darlegung des Sachverhaltes aus seiner ganz persönlichen Sicht und die angemessene Beantwortung der Fragen nicht möglich gewesen sei. Auch könne der Kläger als Folge der erlittenen Hirnblutung sich an nachgefragte Sachverhalte erst während weitergehender eigener Ausführungen zum Fragethema erinnern (Urk. 260 S. 4f).

Die Vorinstanz hat den Antrag auf Wiederholung der persönlichen Befragung abgelehnt unter Berufung auf das anhand des Tonbandes ausgefertigte Protokoll, in dem sich keine Hinweise auf die behaupteten Unterbrechungen finden liessen. Die persönliche Befragung im Beweisverfahren diene sodann nicht der Darlegung des Prozesssachverhaltes und dem Vorbringen von Noven. Es sei weder gerichtsnotorisch noch habe der Kläger konkret geltend gemacht, dass er wegen der erlittenen Hirnblutung nicht in der Lage sei, sich bei einer Befragung auf Anhieb auf das Wesentliche zu konzentrieren (Urk. 261 S. 14ff).

Vorab ist festzustellen, dass der Kläger nicht geltend macht, das Protokoll über seine persönliche Befragung sei unrichtig bzw. seine dort protokollierten Antwor-

ten auf die ihm gestellten Fragen seien falsch bzw. erweckten einen falschen Eindruck und hätten eine unzutreffende Würdigung seiner Aussagen zur Folge gehabt. Auch zeigt er nicht auf, welche Antworten auf welche Fragen im Einzelnen inwiefern unvollständig und missverständlich gewesen sein sollen. Damit ist seine Rüge vorab nicht gehörig begründet und es ist darauf nicht einzutreten.

Der Kläger stellt sich im Berufungsverfahren erneut - wie bereits vor Vorinstanz - auf den Standpunkt, in der persönlichen Befragung habe er keine Möglichkeit gehabt, den Sachverhalt angemessen darzulegen. Dazu hat aber bereits die Vorinstanz zurecht erwogen, dass die persönliche Befragung ein Beweismittel ist und das ordentliche Behauptungsverfahren mit dem zweifachen Schriftenwechsel bereits vorgängig abgeschlossen sein muss. Insofern wäre es - im Hinblick auf § 114 ZPO/ZH - ganz grundsätzlich unzulässig gewesen, weitere tatsächliche Ausführungen des Klägers zur Sache zuzulassen, nur weil dieser ein persönliches Bedürfnis danach verspürte (vgl. auch Urk. 140 S. 2f). Dem ist nichts beizufügen.

Im Übrigen hat die Vorinstanz zurecht auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen, aus dem sich weder direkt eine mehrfache Unterbrechung der klägerischen Ausführungen ergibt noch eine entsprechende Protokollnotiz dafür zu finden ist. Auch der Rechtsvertreter des Klägers hat offenbar weder einen Protest gegen das Vorgehen der Verfahrensleitung protokollieren lassen noch hat er mit Ergänzungsfragen darauf hingewirkt, dass der Kläger seine Antworten zu den massgeblichen Beweisfragen noch hätte ergänzen können (Prot. I S. 41ff). Dies wäre unter den behaupteten Umständen aber seine Aufgabe gewesen. Wenn der Kläger zum Beweis seiner Behauptungen die Edition der Tonbandaufzeichnung der Befragung verlangt, so macht er damit sinngemäss geltend, die Befragung sei nicht gehörig protokolliert bzw. wesentliche Vorkommnisse seien nicht protokolliert worden. Dies hätte er indessen in einem Protokollberichtigungsverfahren gemäss § 154 Abs. 2 GVG/ZH bei der Vorinstanz geltend zu machen und nicht als unmittelbare Berufungsrüge vorzubringen. Ohne eine solche Berichtigung ist davon auszugehen, dass das schriftliche Protokoll die Befragung korrekt wiedergibt und weder eine beweisrelevante mehrfache Unterbrechung der klägerischen Ausführungen stattgefunden hat noch weitere wesentlichen Wahrnehmungen (§ 149

Abs. 3 GVG/ZH) zu protokollieren waren. Dass der Kläger sodann aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, die einfachen und klaren Fragen des Vorsitzenden auf Anhieb sinngerecht und vollständig zu beantworten, dafür fehlen im massgeblichen schriftlichen Verhandlungsprotokoll über den Frage-Antwort-Ablauf jegliche Hinweise. Auch haben weder der Kläger noch sein Rechtsvertreter vor oder während der persönlichen Befragung je auf solche Schwierigkeiten hingewiesen. Allein aus der Tatsache des mindestens sieben Jahre zuvor erlittenen Hirninfarktes (Urk. 1 S. 6, Urk. 22 S. 4, 16) ergibt sich solches nicht und ist nicht gerichtsnotorisch. Das im Berufungsverfahren dafür angeforderte medizinische Gutachten ist ein unzulässiges neues Beweismittel (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Rügen bezüglich Verletzung materieller Rechtsbestimmungen

3.1. Vor Vorinstanz hat sich der Kläger einzig auf die strafrechtlichen Tatbestände der Erpressung und Nötigung gestützt und daraus eine absolute Nichtigkeit der Schuldanerkennung im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR abgeleitet. Die zivilrechtlichen Folgen im Sinne der Art. 21ff OR beim Vorliegen eines solchen Straftatbestandes hat er nicht erörtert (Urk. 1 S. 12ff, Urk. 22 S. 23f). Die Vorinstanz erwog, zivilrechtlich entspreche diesen Straftatbeständen Art. 29f OR. Eine widerrechtliche Drohung im Sinne dieser Bestimmung könne auch durch Unterlassen erfolgen, sofern die angedrohte Unterlassung die Situation des Bedrohten verschlechtern würde, gemessen an den rechtlichen Ansprüchen oder tatsächlichen Aussichten, die er im Zeitpunkt der Drohung habe (Urk. 261 S. 44 Erw. 4.4.2.2). Dabei bezog sich die Vorinstanz auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (6B_402/2008 vom 6. November 2008, Erw. 2.4.2.4f sowie 6B_1143/2013 vom 22. Mai 2014, Erw. 3.2.4). In der Folge liess sich die Vorinstanz von diesem Grundsatz leiten und prüfte bzw. verneinte einen Anspruch des Klägers auf Abgabe einer Zusatzbestätigung zuhanden des spanischen Notars durch die Beklagte. Aufgrund dieser Rechtslage hätte der Kläger keine relevante Schlechterstellung erlitten durch eine allfällige Unterlassung der Beklagten, die erforderliche Bestätigung abzugeben (Urk. 261 S. 48f Erw. 4.4.4.2 und 4.4.4.3.). Sodann habe der Kläger seine Zwangslage selber verursacht durch seine Schadenersatzvereinba-

rungen mit der Käuferschaft, und dies selbst noch in einem Zeitpunkt, als er bereits von der vom spanischen Notar neu geforderten Zusatzbestätigung gewusst habe. Die Beklagte könnte deswegen nur belangt werden, wenn sie selber auf den Notar eingewirkt und erreicht hätte, dass dieser eine solche Zusatzbestätigung forderte (Urk. 261 S. 50f Erw. 4.4.4.4.).

3.2. Der Kläger macht in seiner Berufung dazu vorab geltend, die Vorinstanz stütze sich in ihrer Begründung nicht auf die bundesgerichtliche Praxis sondern auf die Lehrmeinung von I. Schwenger (in BSK OR I Art. 29 N 6), wonach keine Drohung vorliege, wenn jemand lediglich eine bereits vorhandene Zwangslage ausnütze. Diese Rechtsauffassung verstosse aber gegen Art. 29 OR, wonach die Zwangslage auch durch einen Dritten ausgelöst werden könne (Urk. 260 S. 6f Ziff. 3.3f).

Wie vorstehend festgestellt, hat sich die Vorinstanz in Erw. 4.4.4.3. durchaus auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung abgestützt, wenn sie ein widerrechtliches Verhalten der Beklagten verneinte und feststellte, der Kläger habe keinen Rechtsanspruch auf die Bestätigung der Beklagten gehabt, er habe mit einer solchen auch nicht rechnen dürfen und habe daher keinen rechtlich beachtlichen Nachteil bei einer - angedrohten - Unterlassung dieser Erklärung gehabt. Auf die Kommentatorin Schwenger verwies die Vorinstanz lediglich einleitend und im Zusammenhang mit der Abgrenzung der Willensmängel der Drohung und der Übervorteilung (Urk. 261 S. 43 Erw. 4.4.2.1.). Dass und weshalb die vorinstanzliche Erwägung zur Unmassgeblichkeit einer unterlassenen Besserstellung und damit zur fehlenden Widerrechtlichkeit rechtlich unzutreffend ist, legt der Kläger in seiner Berufung nicht dar bzw. er anerkennt diese sogar ausdrücklich (Urk. 261 S. 8 Ziff. 3.7). Seine Rüge ist diesbezüglich nicht nachvollziehbar, jedenfalls aber unbegründet.

3.3.1. Der Kläger beruft sich in seiner Berufung weiter darauf, der Tatbestand der Drohung sei vorliegend in der Variante erfüllt, dass eine von einem Dritten ausgelöste Zwangslage vorgelegen und die Beklagte diese bewusst ausgenützt habe. Die Zwangslage habe in drohenden Schadenersatzansprüchen der Liegenschaftskäufer bestanden, falls die Beklagte die Erklärung nicht rechtzeitig abgebe

(Urk. 261 S. 7f Ziff. 3.4, 3.5, 3.8).

Der Kläger hat sich vor Vorinstanz nicht näher zum zivilrechtlichen Willensmangel der Drohung gemäss Art. 29f OR geäussert sondern lediglich Nichtigkeit zufolge Nötigung und Erpressung geltend gemacht. Da es sich indessen um einen rechtlichen Einwand handelt, ist dieser auch noch im Berufungsverfahren zulässig.

3.3.2. Gemäss Art. 30 Abs. 2 OR kann ein massgeblicher Willensmangel auch darin bestehen, dass der Vertragspartner eine Notlage des Bedrohten benützt, um ihm die Einräumung übermässiger Vorteile abzunötigen. Diese Bestimmung definiert eine weitere Form der Widerrechtlichkeit der Drohung, in dem der Vertragspartner zwar mit der legitimen und zulässigen Wahrnehmung eines Rechtes droht, die Unterlassung dieser Rechtsausübung sich aber durch Einräumung eines übermässigen, allenfalls auch rechtsmissbräuchlichen Vorteils abgelden lässt. Insofern konkurriert Art. 30 Abs. 2 OR auch mit der Übervorteilung gemäss Art. 21 OR. Bei der letztgenannten Bestimmung bedarf es keinerlei Androhungen seitens des Vertragspartners, hingegen wird ein grösseres, "offenbares" Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorausgesetzt (BK-Schmidlin OR Art. 29/30 N 9, 37, 56; A. Koller, OR AT Rz 210, 225, 228, 245). Auch aussergerichtliche Vergleichsverträge können allenfalls unter Berufung auf Art. 21 oder Art. 29f OR angefochten werden (Matthias Maurer, Der Vergleichsvertrag, Diss. ZH 2013, S. 156, 199; BSK OR I-Huguenin/Meise, Art. 21 N 3; BK-Kramer OR Art. 21 N 12). Bei der Anfechtung eines Vergleichsvertrages wegen eines Willensmangels ist aber der besonderen Natur dieses Vertrages Rechnung zu tragen. Er soll einen Streit oder eine Ungewissheit über einen Rechtsanspruch durch gegenseitige Zugeständnisse beilegen. Betrifft der geltend gemachte Willensmangel einen umstrittenen Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt sein sollte, so ist eine Anfechtung grundsätzlich ausgeschlossen (BGE 130 III 49 Erw. 1.2 S. 51f m.w.H.; BGer 4A_25/2014 vom 7. April 2014, Erw. 5). Ist die quantitative Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung angesichts der privaten Vertragsautonomie ganz grundsätzlich nur mit Zurückhaltung zu überprüfen, gilt dies in besonderem Mass für Vergleichsverträge, wo das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zufolge des Verzichts auf definitive Klärung der Ansprüche letztlich meist nicht abschliessend festge-

stellt werden kann oder soll. Ein richterlicher Eingriff gestützt auf Art. 21 oder Art. 30 Abs. 2 OR ist hier nur in absoluten Ausnahmefällen denkbar. Massgeblich ist dabei sodann nicht einfach ein allfälliges objektives Missverhältnis der Leistungen, sondern auch die subjektive Perspektive, namentlich der durch die schnelle Streitbeilegung erlangte Vorteil (M. Maurer, a.a.O. S. 156f, 199). Die Prüfung der Angemessenheit ist sodann eine Rechtsfrage, welche das Berufungsgericht frei prüfen kann (BGer 4C.238/2004 vom 13. Oktober 2005).

3.3.3. Die Liegenschaft in Spanien, welche der Kläger im Februar 2009 verkaufen wollte, wurde von ihm bereits einmal während des Scheidungsverfahrens im Jahre 1989 für Fr. 400'000.- verkauft und zu diesem Wert in die güterrechtliche Abrechnung eingestellt. Der Verkauf erfolgte damals an einen Onkel des klägerischen Anwalts. Die Beklagte wurde daher im Zusammenhang mit dem erneuten Verkauf derselben Liegenschaft durch den Kläger argwöhnisch, ob die Liegenschaft bei der Scheidung 1989 tatsächlich, wie vom Kläger behauptet, verkauft worden war, und ob der damals behauptete und güterrechtlich abgegoltene Verkaufspreis von Fr. 400'000.- ein angemessener Preis gewesen war, zumal der Kauf ziemlich "unter der Hand" erfolgte. Je nachdem stand ihr ihrer Meinung nach möglicherweise noch ein güterrechtlicher Anteil am Erlös des (zweiten) Verkaufs im Jahre 2009 zu, was der Kläger indessen bestritt. Auf Verlangen der Beklagten und im Wissen um deren Meinung zum Verkauf erstellte er am 10. Februar 2009, somit 2 Tage vor der hier strittigen Schuldanerkennung, eine schriftliche Aufstellung über die seinerzeit abgegoltene güterrechtlichen Ansprüche der Beklagten auf der Basis eines Verkaufserlöses von Fr. 400'000.- für die Liegenschaft. Weiter errechnete er einen güterrechtlichen Mehranspruch der Beklagten von ca. Fr. 71'000.- bei einer Heranziehung des Verkaufspreis der Liegenschaft im Jahre 2009 (Urk. 3/8). Dabei betitelte er als Verfasser diese Aufstellung selber ausdrücklich als "Vorschlag" ... "zu Gunsten B. _____" und legte ihr dieses Papier gleichentags in den Briefkasten. Angesichts dieser Umstände ist der Kläger nicht mit seinen prozessualen Behauptungen zu hören, diese Aufstellung sei rein theoretischer Natur gewesen und auch die Beklagte habe lediglich eine theoretische Berechnung gewünscht (Urk 1 S. 9f). Dem steht der klare Wortlaut von Urk. 3/8 als Zahlungsvorschlag entgegen, sodann die dem Kläger bekannte bisherige

Weigerung der Beklagten zur Abgabe der erforderlichen Bestätigung wegen ihres Argwohns sowie schliesslich das sofortige Einverständnis der Beklagten zur Abgabe der erforderlichen Zusatzbestätigung nach Kenntnisnahme ihres errechneten Anspruchs (Urk. 1 S. 9f). Mit Nachdruck eine rein hypothetische Berechnung allfälliger Ansprüche unter gleichzeitigem Vorausverzicht auf jegliche finanziellen Konsequenzen daraus zu verlangen, wäre aufgrund der Umstände offenkundig sinnlos gewesen (Urk. 22 S. 3). Dass die Beklagte als Folge der Berechnungen des Klägers konkret eine Beteiligung am Verkaufserlös forderte, lag auf der Hand, ebenso ein gewisser Diskussionsbedarf über die aufgeführten Beträge, da der errechnete Saldo von Fr. 71'000.- noch diverse unbelegte Verkaufsspesen von rund EUR 67'700.- sowie unbelegte Abzüge von ca. Fr. 120'000.- für zwischenzeitliche Investitionen in die Liegenschaft berücksichtigte. In diesem Sinne kann daher die Schuldanererkennung über Fr. 100'000.- zugunsten der Beklagten klar als vergleichsweise Einigung über die angekündigte, vom Kläger bestrittene und auch betragsmässig nicht abschliessend bezifferbare güterrechtliche Beteiligung der Beklagten am Verkaufserlös qualifiziert werden. Beide Parteien haben sich auf einen Kompromiss verständigt, um einen länger dauernden Rechtsstreit zur Feststellung und Bezifferung allfälliger Ansprüche zu vermeiden.

Vorliegend drohte dem Kläger bei Unterzeichnung der Schuldanererkennung am 12. Februar 2009 für den Fall der Nichtabgabe der geforderten Zusatzbestätigung der Beklagten bis zum 13. März 2009 das Scheitern des Liegenschaftsverkaufs mit einem Nettoverkaufserlös für sich selber von Fr. 733'080.-, eine Konventionalstrafe in der Höhe der Anzahlung von EUR 69'000 sowie eine Schadenersatzforderung der Käuferschaft für die ab dem 30. Januar 2009 angefallenen Umbaukosten. Wenn die Beklagte Fr. 100'000.- für sich forderte, um den schnellen Verkauf bis zum 13. März 2009 zu ermöglichen, so verblieben dem Kläger seinerseits rund Fr. 633'080.- Verkaufsgewinn sowie die Entlastung von allen drohenden Schadenersatzforderungen. Diese gegenseitig auf dem Spiel stehenden Beträge stehen bereits absolut gesehen weder in einem offenbaren Missverhältnis gemäss Art. 21 OR noch liegt darin ein übermässiger Vorteil für die Beklagte gemäss Art. 30 Abs. 2 OR. Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass auch keine wei-

teren ausserordentlichen Umstände vorlagen, die einen richterlichen Eingriff in die Privatautonomie der Parteien überhaupt rechtfertigen würden.

Das Vorliegen eines Willensmangels gemäss Art. 30 Abs. 2 OR oder Art. 21 OR ist damit zu verneinen.

4. Rügen betreffend willkürliche Beweismwürdigung

Der Kläger rügt verschiedentlich einen Verstoss gegen das Willkürverbot und einen überspitzten Formalismus im Beweisverfahren und bei der Beweismwürdigung, mithin eine falsche Sachverhaltsfeststellung.

4.1. Gemäss Vorinstanz könnte eine widerrechtliche Nötigung bzw. Drohung und damit ein Willensmangel auch dann vorliegen, wenn die Beklagte beim spanischen Notar interveniert und dadurch überhaupt erst bewirkt hätte, dass dieser kurzfristig vor der Beurkundung des Kaufvertrages noch eine Zusatzbestätigung über die alleinige Verfügungsmacht des Klägers verlangte. Dies hatte der Kläger vor Vorinstanz auch so geltend gemacht (Urk. 1 S. 11f, Urk. 22 S. 21).

Nach den Ausführungen des Klägers vor Vorinstanz war die notarielle Beurkundung des Kaufvertrages ursprünglich auf den 26. Januar 2009 angesetzt worden; am 23. Januar 2009 sei er dann von seinem spanischen Treuhänder über die vom Notar geforderte Zusatzbestätigung in Kenntnis gesetzt worden (Urk. 1 S. 6f). Daraus ergibt sich nach den Gesetzen der Logik zwingend, dass die Intervention der Beklagten beim spanischen Notar als Anlass für die Einforderung einer Zusatzbestätigung somit vor dem 23. Januar 2009 erfolgt sein müsste. Wenn die Vorinstanz dieses Datum in die Beweisaufgabe bzw. den Beweissatz 3 übernahm, wonach der Kläger eine Intervention der Beklagten beim Notar *vor dem 23. Januar 2009* zu beweisen habe, so war dies absolut korrekt, entsprach den Behauptungen des Klägers im Hauptverfahren und betraf einen wesentlichen Punkt (vgl. auch Urk. 22 S. 16). Weshalb es Beweissatz 3 an der Logik fehlen soll und weshalb dieser willkürlich sein soll, wie der Kläger rügt (Urk. 260 S. 9f Ziff. 4.2), ist nicht nachvollziehbar. Es ging weder bei der Behauptung des Klägers im Hauptverfahren noch im Beweissatz 3 um das Datum, an welchem der Notar die zu-

sätzliche Bestätigung verlangte oder um das Datum der Intervention der Beklagten, sondern um das Datum der Information des Klägers durch seinen Treuhänder als *das spätest mögliche Datum* einer rechtsrelevanten und kausalen Intervention der Beklagten. Insofern war dieses Datum von zentraler Bedeutung und von einer überhöhten Wertung oder überspitztem Formalismus (Urk. 260 S. 10f Ziff. 4.4 - 4.8) kann diesbezüglich keine Rede sein. Dass eine Intervention der Beklagten vor dem 23. Januar 2009 logischerweise gleichzeitig auch vor dem geplatzten Beurkundungstermin vom 26. Januar 2009 stattgefunden haben müsste, versteht sich - entgegen Urk. 260 S. 11 Ziff. 4.5 - von selbst. Hingegen ist es absolut unzulässig, das Datum des geplatzten Beurkundungstermins und das Datum der Zusatzforderung des Notars zu vermischen bzw. bei der Beweiswürdigung einander gleichzusetzen (Urk. 260 S. 11 Ziff. 4.7 und 4.8). Dies widerspricht auch den eigenen Behauptungen des Klägers im Hauptverfahren (Urk. 1 S. 11f, Urk. 22 S. 22).

4.2. Verständlicherweise konnten sich die zu einer Intervention der Beklagten beim Notar befragten Zeugen nicht mehr an die genauen Daten erinnern. Massgeblich für die Beweiswürdigung ist aber in jedem Fall der Beweis des chronologischen bzw. kausalen Ablaufs, d.h. ob der Beweis dafür erbracht ist, dass die Beklagte zeitlich vor der Forderung des Notars nach einer Zusatzbestätigung mit diesem Kontakt aufgenommen und dadurch überhaupt erst bewirkt hatte, dass dieser eine Zusatzbestätigung verlangte. Von Bedeutung ist dabei insbesondere, ob der von der Beklagten zugestandene Kontakt mit dem spanischen Notar per Telefon und Fax stattgefunden hatte, bevor dieser die Zusatzbestätigung verlangte.

Dazu erwog die Vorinstanz im Ergebnis, nach dem Beweisergebnis sei nicht erstellt, dass die Beklagte vor dem 23. Januar 2009 Kontakt mit dem Notar gehabt habe bzw. der Notar nur wegen ihrer Intervention eine Zusatzbestätigung verlangt habe (Beweissätze 3 und 4). Der Notar selber habe als Zeuge erklärt, dass die Beklagte vor dem 23. Januar keinen Kontakt mit ihm aufgenommen habe und dass es nicht stimme, dass er von ihr beeinflusst worden sei. Er habe aber bestätigt, am 3. Februar schriftlichen Kontakt mit der Beklagten gehabt zu haben. Gemäss Vorinstanz werde auch durch die weiteren Zeugen lediglich bestätigt, dass

die Beklagte telefonisch und brieflich Kontakt mit dem Notar gehabt habe. Wann dieser Kontakt stattgefunden habe, habe aber kein Zeuge positiv oder überzeugend bestätigen können; bestätigt worden sei lediglich, dass dieser Kontakt vor dem geplanten Beurkundungstermin stattgefunden habe. Die Beklagte ihrerseits habe einen Brief vom 3. Februar 2009 an den Notar als (Gegen-)Beweismittel ins Recht gelegt, in welchem sie sich auf ein Telefonat (recte) vom 29. Januar 2009 an den Notar bezieht und darin festhält, dass sie von ihrem Ex-Mann am 28. Januar 2009 angerufen worden sei wegen einer Bestätigung für den Verkauf des Hauses in Spanien und dass sie diese Bestätigung verweigere, da sie bei der Scheidung möglicherweise betrogen worden sei (Urk. 78). Die Beklagte habe diesen Vorgang und die Daten auch in ihrer als (Gegen-)Beweismittel offerierten persönlichen Befragung bestätigt (Prot. I S. 68f).

4.3. Was der Kläger gegen diese Beweiswürdigung und zu den Zeugenaussagen im Einzelnen anführt und rügt, ist nicht stichhaltig.

Da die Beklagte unbestrittenemassen mit dem Notar per Fax und Telefon in Spanien Kontakt hatte, kann allein aus der Bestätigung des Zeugen F._____, es habe ein solcher Kontakt stattgefunden, nicht abgeleitet werden, die Beklagte habe bereits vor dem 23. Januar mit dem Notar Kontakt gehabt bzw. bevor dieser dem Zeugen F._____ mitteilte, er benötige noch eine zusätzliche Bestätigung, und dass die Beklagte den Notar diesbezüglich beeinflusste (Urk. 260 S. 12 Ziff. 5). Sodann sind blossе Mutmassungen über einen bestimmten Ablauf nicht geeignet, einen nicht geleisteten Beweis zu ersetzen (Urk. 260 S. 13f Ziff. 5.3, Ziff. 5.7). Der Kläger verlegte in seiner Klagebegründung den Kontakt zwischen der Beklagten und dem Notar lediglich auf die Zeit vor dem 23. Februar 2009 (Urk. 1 S. 11). Immerhin erklärte der Zeuge F._____ umgekehrt auch, dass der Notar die Zusatzbestätigung allenfalls auch aus eigenen Rechtsgründen verlangt habe (Urk. 157).

Die Zeugin G._____ vermochte einerseits auszusagen, dass der ursprüngliche Beurkundungstermin habe verschoben werden müssen, weil der Notar noch eine zusätzliche Bestätigung gewollt habe. Dies habe sie vom Notar und vom Kläger erfahren. Andererseits sagte sie aus, sie "glaube" sich an ein Telefon der Beklagten mit dem Notar erinnern zu können, könne sich aber an das Datum (insbeson-

dere an das nachgefragte Datum von vor dem 23. Januar 2009) nicht erinnern, sie sei dabei nicht anwesend gewesen. Sie "denke", dass dies vor dem ursprünglichen Termin beim Notar geschehen sei. Sie habe es "so verstanden", dass der Notar wegen der Intervention der Beklagte eine zusätzliche Bestätigung verlangt habe (Urk. 153, Urk. 164). Zurecht hat die Vorinstanz dieser vagen Aussage über ein Telefon, bei dem die Zeugin nicht dabei war und das sie nur vom Hörensagen kennt, dessen Datum sie nicht angeben kann und es sich in der Folge einfach selber aus"denkt", und irgend Jemanden oder Etwas "so verstanden" hat, dass der Notar auf Intervention der Beklagten so gehandelt habe, keinen überzeugenden Beweiswert für den massgeblichen zeitlichen Kausalverlauf der damaligen Ereignisse zugemessen. Diese Aussagewürdigung ist, entgegen dem Kläger (Urk. 260 S. 14f Ziff. 5.6, 6.1), nicht willkürlich, kommt es doch vorliegend nicht allein auf die Tatsache eines erfolgten Telefonanrufs und die Verschiebung des Beurkundungstermines wegen der Zusatzbestätigung an, sondern darauf, ob der Telefonanruf der Beklagten der Forderung des Notars nach einer Zusatzbestätigung vorausgegangen und Ursache dafür gewesen ist.

Dass der als Zeuge befragte spanische Notar eine Beeinflussung durch die Beklagte bestreitet, kann allenfalls unter dem Titel des Selbstschutzes kritisch hinterfragt werden. Allein deshalb kann aber nicht vom Beweis des Gegenteils seiner Aussagen ausgegangen werden. Betrachtet man die Zeugenaussage als Ganze, so ist ersichtlich, dass sich der Zeuge v.a. an den Brief der Beklagten vom 3. Februar 2009 erinnern konnte und an die Zusatzbestätigung als solche, weil ihm diese Urkunden möglicherweise noch vorlagen, sowie an Kontakte mit dem Zeugen F._____ in der Angelegenheit des Klägers. Hingegen vermochte er sich offensichtlich nicht mehr an die weiteren, nicht schriftlich dokumentierten Umstände und Daten zu erinnern (Urk. 172). Hat der Notar sich aber einzig an den brieflichen Kontakt mit der Beklagten am 3. Februar 2009 erinnert und folgerichtig erklärt, dieser sei nicht vor dem 23. Januar 2009 erfolgt, so kann nicht gesagt werden, es sei auffallend, dass sich der Notar präzise und einzig an das Datum des 26. Januar 2009 erinnere (Urk. 260 S. 15 Ziff. 6.2). Das letztgenannte Datum ist einzig dem Fragevorhalt zum ursprünglichen Beurkundungstermin zu entnehmen und auch an diesen Termin vermochte sich der Notar nicht zu erinnern. Dies kann

nicht als auffällig oder als Lügensignal gelten, geschweige denn daraus der Beweis des Gegenteils abgeleitet werden. Die Beurkundung von Geschäften der hier vorliegenden Art gehört zum beruflichen Alltag des Zeugen und ist kein einmaliges Ereignis, an das man sich nach fünf Jahren noch unbedingt im Detail und insbesondere bezüglich der Daten erinnern müsste. Dies allenfalls im Gegensatz zum Erinnerungsvermögen der Zeugen F._____ und G._____, welche aufgrund einer persönlichen Beziehung mit dem Kläger in diese für den Kläger einmalige Sache involviert waren. Sodann ist es auch in diesem Zusammenhang nicht anständig, den massgeblichen Zeitpunkt der Intervention der Beklagten entgegen den eigenen Behauptungen nun plötzlich mit dem Beurkundungstermin des 26. Januar gleichzusetzen und die Verschiebung des Termins als Beweis für eine Intervention der Beklagten anzuführen, wie dies die Berufungsbegründung tut (Urk. 260 S. 15f Ziff. 6.4 und 6.5).

Eine willkürliche Beweismwürdigung durch die Vorinstanz liegt mitnichten vor.

5. Zusammenfassung

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist ein Willensmangel beim Kläger bei der Unterzeichnung der Schuldanerkennung am 12. Februar 2009 nicht ersichtlich. Weder wurde dabei eine Zwangslage unzulässigerweise ausgenützt noch hat die Beklagte nachweisbar eine bedrohliche Zwangslage für den Kläger durch Beeinflussung des spanischen Notars geschaffen. Der Kläger muss daher die Schuldanerkennung und die Verpflichtung zur Bezahlung von Fr. 100'000.- an die Klägerin sowie den geforderten Zins von 5% seit 29. Mai 2009 gegen sich gelten lassen. Seine Klage ist auch zweitinstanzlich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sodann ist der Beklagten für die Forderung definitive Rechtsöffnung zu erteilen unter Einschluss der im Rechtsöffnungsverfahren geregelten Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers. Damit wird auch gleichzeitig über die für den Fall der Abweisung des vorinstanzlichen Rechtsbegehrens Ziffer 1 (Feststellung des Nichtbestehens der Schuldanerkennung) gestellten Eventualbegehren Ziffer 2 und 3 (Kosten- und Entschädigungsregelung für das Rechtsöffnungsverfahren) entschieden; es ist darüber nicht mit einem separaten Beschluss zu befinden.

D.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Unterliegt der Kläger mit seiner Klage vollumfänglich, so hat er die erst- und zweitinstanzlichen Kosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da es sich um eine Aberkennungsklage nach erteilter provisorischer Rechtsöffnung handelt, bleibt es auch bei den im Rechtsöffnungsverfahren geregelten Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die Bezifferung der erstinstanzlichen Entscheidkosten von Fr. 21'106.80 blieb unangefochten und ist unter Beibehaltung der Verlegung auf den Kläger zu bestätigen. Ebenfalls zu bestätigen ist die unangefochten gebliebene erstinstanzliche Regelung der Parteientschädigung zugunsten der Beklagten.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 8'750.- festzusetzen. Die Kosten sind dem Kläger aufzuerlegen unter Verrechnung mit dem von ihm für das Berufungsverfahren geleisteten Prozesskostenvorschuss.

Die Parteientschädigung für die Beklagte im Berufungsverfahren, die der Kläger zu entrichten hat, ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 AnwGebV auf Fr. 5'000.- zuzüglich Fr. 400.- (8% MwSt) festzusetzen.

3.1. Die Beklagte hat für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege beantragt.

Da sie im Berufungshauptverfahren keine Gerichtskosten zu tragen hat, ist dieser Antrag hinsichtlich der Verfahrenskosten gegenstandslos. Hingegen ist für den Fall der Nichteinbringlichkeit der Parteientschädigung über das Begehren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren noch zu entscheiden.

3.2. Wie gesehen war der Prozessstandpunkt der Beklagten im Berufungshauptverfahren nicht aussichtslos. Angesichts der rechtskundigen Vertretung der Gegenpartei und der von dieser im Berufungsverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen und der detaillierten Kritik an der Beweiswürdigung bedurfte die Beklagte auch ihrerseits einer rechtskundigen Unterstützung. Diesbezüglich sind die Vorausset-

zungen von Art. 117 lit. b bzw. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO erfüllt.

Die finanzielle Situation der Beklagten wurde bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Armenrechtsgesuchs abgeklärt. Das Gesuch wurde am 14. Mai 2012 im Grundsatz gutheissen, da die Beklagte lediglich ein Jahreseinkommen von Fr. 36'911.- bzw. Fr. 3'075.- pro Monat versteuerte bei einem Bedarf von Fr. 3'523.65 monatlich (Urk. 65). Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert (Urk. 270/1), weshalb die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung grundsätzlich erfüllt sind. Der Beklagten ist damit die unentgeltliche Rechtsvertretung im Berufungsverfahren zu bewilligen.

Die Beklagte wird durch das Prozessergebnis in den Stand versetzt werden, die Kosten ihres eigenen Anwaltes selber zu tragen, falls der Kläger die Parteientschädigung nicht bezahlen sollte. Sie wird daher darauf hingewiesen, dass eine allfällige Auszahlung der Parteientschädigung für ihren Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse nur unter Nachweis erfolgloser Inkassobemühungen für die Parteientschädigung sowie für das Prozessergebnis und dessen teilweiser Abtretung erfolgen wird. Vorbehalten bleibt für den Fall einer Zahlung aus der Gerichtskasse weiter die allgemeine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZGB.

E.

Minderheitsantrag

Eine Minderheit des Gerichts hat gemäss § 124 GOG eine abweichende Meinung mit Begründung ins Protokoll aufnehmen lassen (Urk. 278; Prot. II S. 10 ff.).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.

Dementsprechend ist die mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Februar 2010 (Geschäfts-Nr.: EB090413) erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Meilen (neu: Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach), Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2009, für Fr. 100'000.– nebst Zins zu 5 % seit 29. Mai 2009, die Betreuungskosten sowie die Kosten und Entschädigung im Rechtsöffnungsverfahren definitiv.

2. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtskosten auf Fr. 21'106.80 wird bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'200.– verrechnet. Für den Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse dem Kläger Rechnung.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 20'500.– (zzgl. 7.6 % MWST auf Fr. 1'500.– und 8 % MWST auf Fr. 19'000.–) zu bezahlen. Diese Parteientschädigung hat der Kläger direkt an den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Beklagten, Dr. iur. Y._____, zu bezahlen.
5. Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ wird zur Rückzahlung der Akontozahlung über Fr. 8'156.20 an den Kanton Zürich verpflichtet, soweit er die Prozessentschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 hiervor beim Kläger erhältlich machen kann.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'750.- festgesetzt.

7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
8. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'400.- (8% MWST inbegr.) zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien unter Beilage des Doppels von Urk. 278, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am: jo