

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB160038-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 30. Januar 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom  
17. Mai 2016; Proz. CG120027**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2)

- " 1. Die Beklagten 1 und 2 seien zu verpflichten, dem Kläger CHF 69'000.00 zu bezahlen;
2. Es sei in der Betreuung Nr. 1 (zulasten des Beklagten 1) und Nr. 2 (zulasten des Beklagten 2) des Betreibungsamtes Kloten der von den Beklagten erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWSt) zu Lasten der Beklagten 1 und 2."

**Urteil des Bezirksgerichtes Bülach (II. Abteilung) vom 17. Mai 2016:**

(act. 114 S. 32)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 7'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 937.50 Übersetzungskosten,  
Fr. 190.00 Zeugenentschädigung,  

---

**Fr. 8'127.50 Total**

---
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 577.50 wird vom Kläger nachgefordert.
4. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 gemeinsam eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 13'169.50 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem hat er den Beklagten 1 und 2 den Barvorschuss im Umfang von Fr. 200.– zu ersetzen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

### **Berufungsanträge:**

#### des Klägers und Berufungsklägers (act. 111 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Mai 2016 sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage gutzuheissen;  
  
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten 1 und 2."

#### der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 121 S. 2):

- "1. Es seien die Anträge des Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen unter gleichzeitiger Bestätigung des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 17. Mai 2016 (CG120027).
2. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen und den Beklagten eine angemessene Parteientschädigung, **zzgl. 8,0% MWST**, zu bezahlen."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) verlangt im vorliegenden Verfahren von den Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) gestützt auf einen von den Parteien unterzeichneten Darlehensvertrag vom 5. Oktober 2002 (act. 4/4) die Rückzahlung des Darlehensbetrages abzüglich zwei geleistete Ratenzahlungen. Gemäss der Vereinbarung unterstützte der Kläger als Darlehensgeber die Beklagten als Darlehensnehmer "zur Förderung ihrer beruflichen Aktivitäten" mit einem (unverzinslichen) Darlehen in der Höhe von CHF 70'000.--, welches bereits ausbezahlt und ab Ende Oktober 2002 in monatlichen Raten von CHF 500.-- rückzahlbar war. Der Darlehensbetrag wurde gemäss Darstellung des Klägers am 15. Juli 1999 in bar in der von den Beklagten kurz zuvor gegründeten D.\_\_\_\_\_ Schweiz AG übergeben und das Darlehensverhältnis mit dem Vertrag vom 5. Oktober 2002 schriftlich nachvollzogen.

Die Beklagten bestreiten nicht, den Darlehensvertrag unterzeichnet zu haben. Sie stehen zusammengefasst aber auf dem Standpunkt, der Betrag von CHF 70'000.-- sei vom Kläger dem Beklagten 2 am 15. Juli 1999 zwecks treuhänderischem und nicht rückzahlbarem Kauf von 71 Aktien der D. \_\_\_\_\_ E. \_\_\_\_\_ [Stadt]/ Türkei, ausbezahlt und nicht als Darlehen übergeben worden. Nachdem sich das scheinbar lukrative Investment in der Türkei nicht als werthaltig erwiesen habe, habe der Kläger den Beklagten 2, welcher das Geld für den Aktienkauf in Empfang genommen habe, angefleht, ein Pro-Forma-Dokument zu unterzeichnen, um dieses seiner aufgebrachten Ehefrau vorlegen zu können. Die Beklagten hätten dann den Darlehensvertrag vom 5. Oktober 2002 unterzeichnet, wobei der Kläger ihnen zugesichert habe, dieses Dokument nie zur Konstruktion irgendwelcher Forderungen gegen sie einzusetzen. Die Beklagten gehen davon aus, der unterzeichnete Darlehensvertrag sei nach übereinstimmendem Willen der Parteien simuliert gewesen und könne keine rechtlichen Wirkungen entfalten.

2. Am 22. Juni 2012 reichte der Kläger die Klage bei der Vorinstanz ein (act. 1 und 2). Nachdem die nach Eingang der Klageantwort durchgeführten Vergleichsgespräche zu keiner Einigung geführt hatten, fand am 11. Juni 2013 die vorinstanzliche Hauptverhandlung (mit Beweisabnahmen) statt. Es folgten weitere Beweisabnahmen und am 11. Januar bzw. 6. Februar 2016 die Schlussvorträge. Mit Urteil vom 17. Mai 2016 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 114). Die Parteien bestätigten den Empfang des Urteils am 25. bzw. 31. Mai 2016 (act. 109).

3. Mit Eingabe vom 24. Juni 2016 erhob der Kläger Berufung mit den Anträgen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und seine Klage gutzuheissen (act. 111). Mit Verfügung vom 6. Juli 2016 wurde ihm Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses angesetzt (act. 115). Diesen bezahlte er fristgerecht (act. 118). Mit Verfügung vom 11. November 2016 wurde den Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 119). Diese erging am 31. Dezember 2016 (act. 121). Das Verfahren ist spruchreif. Eine Kopie der Berufungsantwort ist dem Kläger mit dem Endentscheid zuzustellen.

## II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelbehörde von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend ohne weiteres gegeben. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (Art. 311 ZPO). Der Kläger ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert.

2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, was voraussetzt, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Sind diese Anforderungen erfüllt, überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Dabei kann sich die Berufungsinstanz abgesehen von offensichtlichen Mängeln darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A\_635/2015, Urteil vom 21. Juni 2015 E. 5 unter Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5A\_141/2014 vom 28. April 2014 E. 2.4; BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3.A., Art. 310 N 5 und 6).

3. Der Kläger rügt in der Berufungsbegründung insbesondere die vorinstanzliche Beweiswürdigung und das Ergebnis der Indizienprüfung (act. 111 S. 3 und S. 4 ff.). Die Beklagten halten demgegenüber den Entscheid der Vorinstanz aufgrund des Beweisverfahrens für zutreffend und die Beweiswürdigung als geradezu zwingend. Sie rügen das Vorbringen von diversen unzulässigen Noven in der Berufungsbegründung und bestreiten auch in der Berufungsantwort sämtliche Ausführungen des Klägers (act. 121 S. 2 ff.). Es ist nachstehend auf die Parteivorbringen einzugehen.

4. Die zentrale Frage auch des Berufungsverfahrens ist, ob davon auszugehen ist, dass der von den Parteien am 5. Oktober 2002 unterzeichnete Darlehensvertrag (act. 4/4) als simuliertes Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist oder nicht. Die Vorinstanz hat dies im angefochtenen Entscheid bejaht. Dabei hielt sie vorab fest, der Kläger sei seiner nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB bestehenden Beweislast betreffend Bestand und Erfüllung eines Darlehensvertrages nachgekommen (act. 114 S. 5).

Dies wird von den Parteien nicht in Frage gestellt, weshalb auch im Berufungsverfahren davon auszugehen ist. Die Beklagten haben die Unterzeichnung des Darlehensvertrages vom 5. Oktober 2002 bereits vor Vorinstanz nicht bestritten. Unbestritten blieb auch, dass der Kläger CHF 70'000.-- übergeben hat und ebenso die Bezahlung von zweimal CHF 500.-- durch die Beklagten an den Kläger im Nachgang der Vertragsunterzeichnung.

5. Die Vorinstanz erwog im Weiteren, dass den Beklagten mit den offerierten Beweismitteln der direkte Beweis der behaupteten Simulationsabrede nicht gelinge. Die Entstehungsgeschichte der geschäftlichen Beziehung zwischen den Parteien lieferten demgegenüber Anhaltspunkte für die Darstellung der Beklagten, und aus den im Recht liegenden Urkunden könne nichts anderes geschlossen werden, als dass der Kläger durch den Erwerb von 71 Aktien der D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_ Teilhaber der nämlichen Unternehmung geworden sei. Dies werde durch die Zeugenaussagen der Zeugen F.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_ gestützt. Eine Gesamtbetrachtung der Beweismittel führe zum Schluss, dass keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass der Kläger am 15. Juli 1999 beabsichtigte, Inhaber von 71 Aktien des Typus C der D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_ zu werden und der Beklagte 2 bei diesem Aktienkauf als Mittelsmann in der Schweiz agiert habe. Aus der Tatsache, dass der Kläger 71 Aktien der D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_ erworben habe, sei zu schliessen, dass er den erforderlichen Betrag zum Aktienerwerb bezahlt habe. Der Beginn der Teilhaberschaft des Beklagten durch Erwerb von 71 Aktien an der D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_, deren Preis gemäss unbestrittener Darstellung der Beklagten CHF 1'000.-- pro Aktie betrage, falle damit just mit dem Tag zusammen, an welchem der Kläger nach seiner Darstellung den Beklagten CHF 70'000.-- als Darle-

hen ausbezahlt habe. Dies erkläre aber noch nicht, weshalb die Parteien schliesslich am 5. Oktober 2002 einen Darlehensvertrag unterzeichnet hätten, wenn gar kein Darlehen gewährt worden wäre. Ob die Täuschung der Ehefrau des Klägers tatsächlich der Grund gewesen sei, wie die Beklagten behaupteten, könne nicht abschliessend beurteilt werden. Fakt sei jedenfalls, dass die Ehefrau des Klägers von dessen durch das Beweisverfahren erstellten Aktienkauf nichts gewusst habe bzw. wisse. Die Darstellung des Klägers, weshalb es zur Gewährung eines Darlehens an die Beklagten gekommen sei, sei indes wenig nachvollziehbar und eine Gesamtwürdigung aller Umstände führe zum Schluss, dass an der Echtheit der vom Beklagten 2 unterzeichneten Schuldanerkennung vom 5. August 2002 (act. 4/8) erhebliche Zweifel bestünden. Mit Blick auf das Verhalten des Klägers ergebe sich aufgrund des Beweisverfahrens, dass sich der Kläger vor dem Jahre 2002 (schriftlicher Nachvollzug Darlehensvertrag) gegenüber mehreren Personen über I.\_\_\_\_\_ beschwert und erklärt habe, dieser habe ihn wohl betrogen. Weshalb er über ihn erbost gewesen sei und diesen auch direkt auf den Verbleib seines Geldes angesprochen habe, wenn er doch den Beklagten das Darlehen gewährt habe, leuchte nicht ein. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Kläger die Rückzahlung der angeblichen Darlehensschuld während nahezu zehn Jahren nicht verlangt habe; dies mit der Begründung, er habe die Beklagten wegen mehrfacher Wohnortswechsel nicht ausfindig machen können, was nicht nachvollziehbar sei.

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass sich aufgrund des Beweisverfahrens nicht feststellen lasse, aus welchen Motiven die Parteien den Darlehensvertrag abgeschlossen hätten oder welche Pläne sie damit verfolgt hätten. Es bestünden jedoch eine Reihe von Anhaltspunkten dafür, dass dieser in direktem Zusammenhang mit dem vom Kläger getätigten und heute verleugneten Aktienkauf stehe. Das Beweisergebnis führe zwingend zum Schluss, dass die Auszahlung des Geldbetrages am 15. Juli 1999 zum Zwecke des Aktienerwerbes erfolgt sei. Der Wunsch oder die Hoffnung des Klägers, seine Investition schon bald zurückzuerhalten, habe sich mit dem schlechten Geschäftsgang der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ zerschlagen. Ob ihm hieraus ein Rückforderungsanspruch aus vertraglicher oder ausservertraglicher Haftung zustehe, sei im Verfahren nicht Thema. Die Umstände sowie auch das Verhalten des Klägers zeigten klar auf, dass er sehr darum

bemüht gewesen war, das von ihm fehlinvestierte Geld wieder erhältlich zu machen. All diese Umstände stützten die Darstellung der Beklagten, dass mit dem Darlehensvertrag vom Oktober 2002 kein Darlehen schriftlich nachvollzogen worden sei. Die vom Kläger angerufenen Zeugen vermöchten an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Es verbleibe damit einzig der Umstand, dass die Beklagten dem Kläger im November und Dezember 2002 entsprechend dem Darlehensvertrag je CHF 500.-- überwiesen hätten. Es sei zwar nicht von der Hand zu weisen, dass dies nach Erfüllungshandlungen aussehe, aus den gesamten Umständen sei aber durchaus denkbar, das die Beklagten dem Kläger einen im Vergleich zur Investitionssumme geringen Betrag bezahlt hätten, um den Schaden des Klägers zu mindern. Dass dem schriftlichen Darlehensvertrag in einem sehr beschränkten Rahmen nachgelebt worden sei, vermöge daher nichts an der Einschätzung zu ändern, dass es nie zur Ausrichtung eines solchen Darlehens gekommen sei. Resümierend bestünden zu viele Indizien dafür, dass der vom Kläger am 15. Juli 1999 in bar übergebene Geldbetrag nicht als Darlehen ausgerichtet worden sei, sondern als Investment in Aktien, was sich später als nicht werthaltige Investition herausgestellt habe. Die Darstellung der Beklagten, wonach in der Folge bloss zum Schein ein Darlehensvertrag über die vom Kläger investierte Summe aufgesetzt worden sei, überzeuge, zumal sich der Kläger jahrelang nicht als Darlehensgeber gebärdet habe (Reklamation gegenüber I.\_\_\_\_\_, Krisengespräch mit Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, keine Angabe einer Darlehensforderung in der Steuererklärung, keine Inkassomassnahmen). Eine Berufung auf den Darlehensvertrag müsse vor diesem Hintergrund ausser Betracht fallen (act. 114).

6. Der Kläger geht in der Berufung davon aus, dass ein Aktienkauf nicht erstellt sei. Im Recht lägen weder ein Nachweis des Bestandes der D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ noch Angaben über deren Geschäftsgang. Das Formular act. 14/2 kläre nicht auf, welche Gesellschaft betroffen sei, ohnehin ergäbe sich aus diesem überdies nicht unterzeichneten Formular aber nur ein befristetes Interesse bzw. Bindungsbereitschaft des Klägers. Da I.\_\_\_\_\_ als Präsident des Verwaltungsrates der D.\_\_\_\_\_ Schweiz AG eingetragen sei und er, der Kläger, das Geld den Beklagten übergeben habe, welche es ihrerseits in diese Gesellschaft einbrachten, sei nachvollziehbar, wenn er auch auf den Verwaltungspräsidenten wütend sei, wenn das

Geld und der versprochene Gewinn darauf nicht zurückbezahlt werde. Die Überlassung der Darlehenszahlung mit einer Gewinnanteilsvereinbarung sei nicht ein Aktienerwerb, sondern ein sog. partiarisches Darlehen. Ein Aktienerwerb des Klägers an der D.\_\_\_\_\_ Schweiz AG sei gar nicht möglich gewesen bzw. leicht nachweisbar gewesen, weil diese Gesellschaft über Namen- und nicht über Inhaberaktien verfügt habe, an der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_, Türkei deshalb nicht, weil sie (wegen fehlendem Handelsregistereintrag) nicht existierte. Die Parteien hätten anlässlich des Zahlungsvorgangs keine schriftliche Vereinbarung getroffen, dies aber mit dem Darlehensvertrag nachgeholt, wobei der Vertrag ausdrücklich den Passus aufweise: *"Dieser neue Darlehensvertrag ersetzt sämtliche bisherigen Verträge und Abmachungen mit den obenstehenden Darlehensnehmern."* Die Vorinstanz lasse sodann die unbestrittenen Abzahlungen von zweimal CHF 500.-- zu Unrecht nicht gelten (act. 111 S. 4 - 8).

Der Kläger hält weiter dafür, es sei aus den Umständen, wie es zur Unterzeichnung des Darlehensvertrages gekommen sei, nicht erkennbar, dass es sich dabei lediglich um ein simuliertes Geschäft handeln solle. Insbesondere hätte es keiner Verhandlungen vor dem Unterzeichnungstermin bedurft und auch nicht der Anwesenheit weiterer Personden (Sohn und auch Treuhänder des Klägers sowie H.\_\_\_\_\_ [letzterer eigens aus England angereist]), wenn es einzig um ein simuliertes Geschäft gegangen wäre. Es sei aus diesen Umständen im Gegenteil klar, dass diese bereinigende Verhandlung eben gerade kein simuliertes Geschäft zur Folge gehabt habe (act. 111 S. 8 - 10).

Weiter erachtet der Kläger die von den Beklagten angegebenen Gründe, dass der Darlehensvertrag lediglich aus Mitleid mit dem Ehepaar A.\_\_\_\_\_ von den Beklagten unterzeichnet worden und die Ratenzahlungen wegen der angeblich fatalen finanziellen Verhältnisse des Klägers erfolgt sei (wobei die Beklagten an Letzterem nicht konsequent festhielten), als absurd. Er stört sich sodann an der Gewichtung der Zeugenaussagen durch die Vorinstanz: so hätten die Herren F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ zuerst über Ghostwriter schriftliche Stellungnahmen generiert, welche ihren Deutschkenntnissen widersprächen. Sodann habe die Vorinstanz die erhöhte Aussagekraft der Zeugenaussage H.\_\_\_\_\_ damit begründet, dass dieser

darauf hingewiesen habe, dass mit den Aktienverkäufen nicht alles rechtskonform gelaufen sei (act. 111 S. 13). In mehrfacher Hinsicht zieht der Kläger alsdann die Bestätigung gemäss act. 14/1 in Frage, weist auf die dort enthaltenen Unklarheiten hin und macht geltend, der Ersteller habe offensichtlich alles dafür tun wollen, dass daraus die vermeintliche Bestätigung des Aktienerwerbs abgeleitet werde. Insgesamt sei die Faktenlage bezüglich des angeblichen Aktienerwerbs derart diffus, dass die Indizienkette der Vorinstanz nicht nachvollziehbar sei. Die Beklagten hätten die behauptete Simulation nicht nachweisen können. Vielmehr sei die fällig gestellte, noch offene Darlehenssumme in der Höhe von CHF 69'000.-- von den Beklagten zu bezahlen.

7. Demgegenüber stimmen die Beklagten der vorinstanzlichen Würdigung zu. Es sei erstellt, dass nie ein Darlehen gewährt worden sei und der Beklagte 1 mit dem Kläger nie in einer geschäftlichen Beziehung gestanden sei. Im Gesamtkontext und unter Würdigung der gesamten Beweis- und Aktenlage lasse sich aus den beiden Zahlungen über je CHF 500.-- durch den Beklagten 2 nichts zugunsten des Klägers ableiten. Wesentlich sei, dass der Kläger am 15. Juli 1999 71 C-Aktien der D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_/Türkei erworben und dem Beklagten 2 hiefür den Kaufpreis von CHF 70'000.-- sowie die für den Aktienerwerb erforderlichen Unterlagen zur Weiterleitung an I.\_\_\_\_ ausgehändigt habe. Dieser Kauf sei durch die im Recht liegenden Bestätigungen und Zeugenaussagen ausreichend bewiesen. Der Kläger unternehme in der Berufung den – untauglichen – Versuch, die Bedeutung des Mitteilungsformulars (act. 14/2) zu relativieren, um seine diesbezüglichen äusserst widersprüchlichen Aussagen im erstinstanzlichen Verfahren zu korrigieren (act. 121 S. 3 - 7). Vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren erhobene Mutmassungen, es habe sich um ein partiarisches Darlehen gehandelt, weisen die Beklagten in der Berufungsantwort als unzulässiges Novum zurück. Sodann gehen sie davon aus, dass aufgrund der übereinstimmenden Schilderungen sämtlicher Zeugen und des Klägers die D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_/Türkei tatsächlich existiert habe. Sie weisen darauf hin, dass der Geldfluss am 15. Juli 1999 der einzige gewesen sei zwischen dem Kläger und dem Beklagten 2. Der Kläger sei so dann wirtschaftlich gar nicht in der Lage gewesen, die Beklagten zu unterstützen, so wie er dies behaupte. Die Beklagten wiederholen ihren vorinstanzlichen

Standpunkt, dass der fiktive "Darlehensvertrag" vom 5. Oktober 2002 zum Schein erstellt worden sei, weil der Kläger den Beklagten 2 zu einer "Pro-Forma-Bestätigung" gedrängt hatte mit dem ausdrücklichen Versprechen, er werde aus diesem zum Schein erstellten Dokument nie irgendwelche Rechte gegen die Beklagten ableiten. Herr H.\_\_\_\_\_ sei als Repräsentant der in finanzielle Schieflage geratenen D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_/Türkei angereist, um den Kläger, der sein in Aktien der Gesellschaft investiertes Geld zurückhaben wollte, zu beruhigen; eine Anreise aus England erscheine ein vertretbarer Aufwand für dieses schwierige Vorhaben. Es treffe nicht zu, dass am 5. Oktober 2012 eine "bereinigende Verhandlung" stattgefunden habe, wie der Kläger behauptete, weil beweismässig erstellt sei, dass es zwischen den Parteien in schuldrechtlicher Hinsicht nichts zu bereinigen gegeben habe. Anlässlich der Besprechung vom 5. Oktober 2002 sei – wie sich aus den Aussagen der Zeugen J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und des Klägers ergebe – denn auch nicht primär über den simulierten "Darlehensvertrag", sondern über die Situation der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_/Türkei gesprochen worden (act. 121 S. 8 - 12). Mit Bezug auf die unbestrittenermassen erfolgten Zahlungen von zweimal CHF 500.– zugunsten des Klägers beharren die Beklagten auf ihrer Darstellung, dass es sich um reine Goodwill-Zahlungen gehandelt habe. Im Zusammenhang mit späteren Gesprächen machen die Beklagten geltend, der Kläger bringe in diesem Zusammenhang unzulässige Noven vor; ebenso sei der neue Einwand, die Vorinstanz hätte Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit des Aktienkaufvertrages annehmen müssen, neu und unzulässig. Die Vorinstanz habe die Beweise mit der gebotenen Zurückhaltung gewürdigt. Entscheidend sei, dass die Zeugen F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ übereinstimmend geschildert hätten, dass sich der Kläger zum Aktienkauf geäußert, sich über einen möglichen Betrug beklagt und sich wiederholt nach der Situation in der Firma erkundigt habe, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn es sich im Juli 1999 lediglich um ein Darlehen gehandelt hätte. Mit Bezug auf die Ausführungen des Klägers zu act. 14/1 monieren die Beklagten in verschiedener Hinsicht, der Kläger mache unzulässige Noven. Sodann machen sie geltend, der Kläger habe Echtheit oder Inhalt des Dokumentes nicht bestritten und könne dies neu nicht mehr tun. Ebenfalls – so die Beklagten – habe der Kläger weder in der Klagebegründung noch in den weiteren vorinstanzlichen Vorträgen auch nur sinn-

gemäss ausführen lassen, es sei mit den Berufungsbeklagten verabredet gewesen, dass sie ihn allenfalls am Gewinn der D.\_\_\_\_\_ Schweiz AG beteiligen würden. Dies habe er erst in der persönlichen Befragung gesagt und widerspreche seiner Behauptung, als Muslim keinen Zins oder Ertrag in Anspruch nehmen zu wollen (act. 121 S. 22). Abschliessend gehen die Beklagten davon aus, dass sämtliche von der Vorinstanz gewürdigten Indizien gegen die Sachdarstellung des Klägers gesprochen hätten, so dass die Vorinstanz zwingend zur sicheren Erkenntnis gelangen musste, dass der Kläger den dem Beklagten am 15. Juli 1999 in bar übergebenen Geldbetrag nicht als "Darlehen", sondern als Investment in Aktien der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_/Türkei übergeben habe. Dieses Investment habe sich nicht als werthaltig erwiesen, was den Kläger dazu veranlasst habe, sich zu beschweren und die Rückerstattung des investierten Kapitals zu fordern. Der Kläger habe sich in der Folge ausnahmslos als frustrierter Anleger verhalten und nicht als Darlehensgeber. Er könne sich daher nicht auf den am 5. Oktober 2002 zum Schein abgeschlossenen, d.h. simulierten "Darlehensvertrag" berufen. Der Beweis der Simulation sei offensichtlich gelungen, weshalb auf den simulierten Darlehensvertrag nicht abgestellt werden dürfe und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen sei (act. 121 S. 29/30).

8.1 Die Parteien wiederholen im Berufungsverfahren im Wesentlichen ihre vorinstanzlich vertretenen Standpunkte. Festzuhalten ist, dass der Kläger im Berufungsverfahren nichts mehr aus der in englischer Sprache abgefassten Bestätigung des Beklagten 2 vom 5. August 2002 ableitet, wonach dieser dem Kläger die Summe von CHF 71'000.-- schulde, rückzahlbar in 5 Raten beginnend ab 30. August 2002 (act. 4/8). Es erübrigen sich damit Weiterungen dazu. Die Vorinstanz hatte im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass an der Echtheit der Schuldanerkennung vom 5. August 2002 erhebliche Zweifel bestünden (act. 114 S. 25). Entgegen der Auffassung der Beklagten fällt sodann die vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren vertretene Auffassung, es habe sich bei der Zahlung der CHF 70'000.-- am 15. Juli 1999 um ein partiarisches Darlehen gehandelt, als rechtlicher Einwand nicht unter das Novenverbot im Sinne von Art. 317 ZPO.

8.2 Nach der von der Vorinstanz zutreffend dargelegten Rechtsprechung und Lehre ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach der Form als auch nach dem Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen, gebraucht wird (Art. 18 OR). Ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR liegt vor, wenn sich die Parteien einig sind, dass ihre Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie nur gegenüber Dritten entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen. Nach ihrem wirklichen Willen soll entweder überhaupt keine Rechtswirkung oder eine andere als im Scheingeschäft ausgegebene Rechtswirkung erzielt werden (BGer 4A\_414/2008 vom 3. Februar 2009, E. 2.1 mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

Wer sich auf eine Simulation nach Art. 18 Abs. 1 OR beruft, hat den vom Vertragswortlaut abweichenden wirklichen Willen der Parteien zu beweisen. Zur Beantwortung der Frage, ob die Parteien einen simulierten Vertrag abschliessen wollten, ist mithin ihr wirklicher Wille im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festzustellen (BGer 4A\_551/2015 vom 6. November 2014, E. 3.1; BGE 131 III 49 E. 4.1.1; BGer 4A\_429/2012 vom 2. November 2012 E. 4.2; BGer 4A\_362/2012 vom 28. September 2012 E. 4.2). Dabei ist nachzuweisen, dass sich die Parteien tatsächlich einig waren. Ein normativer Konsens über eine Simulation ist nicht denkbar. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip fällt damit ausser Betracht (BGer 4A\_64/2008 vom 27. Mai 2008, E. 1.3). Mit diesem Beweis ist es streng zu nehmen. Allgemeine Behauptungen oder blosser Vermutungen reichen nicht aus. Dass die Simulationsabrede keiner besonderen Form bedarf und sich aus konkludentem Verhalten der Beteiligten ergeben kann, ändert nichts daran, dass auch eine stillschweigende Abrede zu beweisen ist (BGE 112 II 337 E. 4a und b) mit weiteren Verweisen).

8.3 Für den Bestand der Simulationseinrede sind – wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat und von den Beklagten auch nicht bestritten ist – die Beklagten beweispflichtig. Nachdem die Vorinstanz die von den Parteien anbotenen Be-

weise abgenommen und gewürdigt hat, wird die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 138 III 193 E. 6.1; 137 III 226 E. 4.3). Wenn die Vorinstanz im Beschluss vom 26. März 2013 für die Simulationseinrede einzig Gegenbeweismittel der beklagten Partei erwähnt (act. 27 S. 3), schadet dies daher nicht.

8.4 Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, die Beklagten hätten den Beweis für ihre Behauptung zu erbringen, dass der Darlehensvertrag nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien einzig pro forma geschlossen worden sei, um die Ehefrau des Klägers über den wahren Grund der Ausrichtung von CHF 70'000.--, nämlich einen Kauf von Aktien der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ zu täuschen (act. 114 S. 6). Diesen Nachweis vermochten die Beklagten auch nach dem vorinstanzlichen Entscheid nicht zu erbringen: Die Vorinstanz hielt fest, dass der Grund für die Erstellung eines (möglicherweise) fiktiven Darlehensvertrages nicht abschliessend beurteilt werden könne; Fakt sei jedenfalls, dass die Ehefrau von einem Aktienerwerb nichts gewusst habe (act. 114 S. 22). Dass die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages *übereinstimmend keinen solchen abschliessen wollten*, und dass nachgewiesen ist, dass insbesondere auch der Kläger am 5. Oktober 2002 nur einen Pro forma-Vertrag abschliessen wollte, hat die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nirgends festgestellt und wird so von den Beklagten denn auch nicht einmal behauptet. Die Vorinstanz kam wie gesehen in einer Gesamtbetrachtung der Beweismittel zum Schluss, dass keine vernünftigen Zweifel daran bestünden, dass der Kläger am 15. Juli 1999, d.h. bei der Übergabe des Betrages von CHF 70'000.-- an den Beklagten 2 beabsichtigte, Inhaber von 71 Aktien des Typus C der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ zu werden. Weiter hielt sie die Darstellung des Klägers, weshalb es zur Gewährung eines Darlehens an die Beklagten gekommen sein soll, für wenig nachvollziehbar (act. 114 S. 22). Zusammenfassend hielt sie fest, dass sich aufgrund des Beweisverfahrens nicht feststellen lasse, aus welchen Motiven die Parteien den Darlehensvertrag abgeschlossen hatten oder welche Pläne sie damit verfolgten (act. 114). Der von der Vorinstanz zu Recht als entscheidend bezeichnete Nachweis, dass die Parteien *übereinstimmend* eine Pro-forma-Vereinbarung wollten, ist somit auch nach den vorinstanzlichen Erwägungen nicht gegeben. Dies bedeutet, dass die Simulationseinrede nicht bewiesen werden konnte, was wiederum zur Folge haben muss,

dass es bei der Vereinbarung, wie sie sich aus dem schriftlichen Darlehensvertrag ergibt, bleibt.

8.5 Die ausführliche vorinstanzliche Würdigung des Beweisverfahrens konzentrierte sich auf die Frage, ob die klägerische Zahlung über CHF 70'000.-- an den Beklagten 2 am 15. Juli 1999 als Darlehen (wie vom Kläger behauptet) oder aber als Investment in Aktien der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ (wie die Beklagten geltend machten) zu qualifizieren war. Die Vorinstanz kam wie gesehen zum Schluss, dass zwingend von letzterem auszugehen sei, was der Kläger im Berufungsverfahren bestreitet. Der Entscheid über diese Frage beschlägt indes nicht die Frage der Simulationsabrede, sondern vielmehr diejenige, ob im Zuge der Zahlung der CHF 70'000.-- zwischen den Parteien ein Darlehensvertrag zustande gekommen war, der dann wie vom Kläger behauptet am 5. Oktober 2002 schriftlich nachvollzogen worden ist oder ob vielmehr davonausgegangen werden muss, damals hätten sich die Parteien über einen Aktienkauf bzw. über ein Investment geeinigt, was dann keinen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Geldes begründete. Wie es sich damit verhält, kann letztlich für die vorliegend zu beurteilende Frage offen bleiben. Selbst wenn in Würdigung sämtlicher Umstände und Beweismittel angenommen werden muss, der Kläger habe am 15. Juli 1999 einen Aktienkauf getätigt, dann kann gestützt darauf nicht angenommen werden, es sei nachgewiesen, dass die Parteien beim Abschluss des Vertrages am 5. Oktober 2002 übereinstimmend und tatsächlich nur einen Pro-Forma-Darlehensvertrag abschliessen wollten. Dass die Parteien bei Vertragsabschluss übereinstimmend die Nichtverbindlichkeit des Darlehensvertrages wollten, hat das vorinstanzliche Beweisverfahren nicht ergeben.

8.6 Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die detaillierte Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Beweiswürdigung sowie den Vorbringen der Parteien, soweit dies die Motivation des Klägers zur Übergabe der CHF 70'000.-- betrifft. Festzuhalten ist immerhin, dass auch nach Durchführung des Beweisverfahrens sowohl auf klägerischer wie auch beklagter Seite zahlreiche Unklarheiten verbleiben.

9. Nach dem Gesagten bleibt es bei der schriftlichen Vereinbarung zwischen den Parteien vom 5. Oktober 2002, die mit Ausnahme der erwähnten Einwände

unbestritten geblieben ist. Da die Beklagten aus ihren weiteren Einwendungen, insbesondere dem Umstand, dass der Kläger die Forderung über lange Zeit nicht einforderte, zu Recht nicht ableiten, dass sie aus diesem Grund nicht zur Rückzahlung verpflichtet sind, und auch unbestritten geblieben ist, dass die Rückforderung fällig wurde, kann auf Weiterungen verzichtet werden. Die Beklagten sind daher in Gutheissung der Berufung und Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils unter solidarischer Haftung eines jeden für das Ganze zu verpflichten, dem Kläger CHF 69'000.-- zu bezahlen und es sind die Rechtsvorschläge in den Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2 des Betreibungsamtes Kloten vom 27. Mai 2011 aufzuheben.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beklagten für die Verfahren vor beiden Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Die Festsetzung der Entscheidgebühr im vorinstanzlichen Verfahren entspricht der einschlägigen Gerichtsgebührenverordnung und ist zu bestätigen. Sodann sind die Beklagten und Berufungsbeklagten zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Die vorinstanzlich errechnete Entschädigung inkl. zu berücksichtigende Zuschläge entspricht der einschlägigen Anwaltsgebührenverordnung und ist ebenfalls zu bestätigen.

Für das zweitinstanzliche Verfahren ist die Entscheidgebühr auf CHF 7'000.-- festzusetzen. Die Beklagten sind sodann zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von CHF 8'700.-- zuzüglich die beantragte Mehrwertsteuer zu bezahlen.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung des Klägers und Berufungsklägers wird das Urteil des Bezirksgerichts Bülach (II. Abteilung) vom 17. Mai 2016 aufgehoben.

2. Die Beklagten und Berufungsbeklagten 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung eines jeden für das Ganze verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger Fr. 69'000.-- zu bezahlen.  
Die Rechtsvorschläge in den Betreibungen Nr. 1 und 2 des Betreibungsamtes Kloten vom 27. Mai 2011 werden aufgehoben.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus:  
Fr. 7'000.-- Entscheidgebühr  
Fr. 937.50 Übersetzungskosten  
Fr. 190.00 Zeugenentschädigung  
Fr. 8'127.50 total  
werden aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen (Kläger: Fr. 7'000.-- und Fr. 350.--; Beklagte: Fr. 200.--) bezogen und den Beklagten und Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung auferlegt. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger Fr. 7'350.-- zu erstatten.
4. Die Beklagten und Berufungsbeklagten werden verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 12'194.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (= Fr. 975.50) zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.-- festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden aus dem vom Kläger und Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen und den Beklagten und Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung auferlegt. Die Beklagten und Berufungsbeklagten werden verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger den Betrag von Fr. 7'000.-- zu ersetzen.
7. Die Beklagten und Berufungsbeklagten werden verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 8'700.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (= Fr. 696.--) zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungskläger unter Beilage des Doppels von act. 121, sowie an das Bezirksgericht Bülach (II. Abt.) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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. 69'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Seebacher

versandt am: