

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180023-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Obergerichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 3. Juni 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y2. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 17. April 2018; Proz. CG150018

Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 150'000 nebst Zinsen in Höhe von:
4.37% vom 26. Februar 2014 bis 30. Juni 2014;
4.27% vom 1. Juli bis 31. Dezember 2014; und
4.17% seit 1. Januar 2015 zu bezahlen;
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Sihltal (Zahlungsbefehl vom 5. August 2015) für die Forderung von CHF 159'000 (entspricht EUR 150'000 zum Kurs 1.06, Stand 4. August 2015) zuzüglich Zins in der Höhe von 4.37 % vom 26. Februar 2014 bis 30. Juni 2014, 4.27% vom 1. Juli bis 31. Dezember 2014 und 4.17% seit 1. Januar 2015 sowie für die Kosten des Zahlungsbefehls in Höhe von CHF 249.90 zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Friedensrichterkosten von CHF 950) zuzüglich MWST zulasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 150'000.– zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Deutschen Bundesbank seit dem 28. Mai 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag (Zins zwischen dem 26. Februar 2014 und 27. Mai 2014) wird die Klage abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal, Zahlungsbefehl vom 5. August 2015, für die Forderung von CHF 159'000.– (entspricht EUR 150'000.– zu einem Wechselkurs von 1.06) zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Deutschen Bundesbank seit dem 28. Mai 2014 sowie Zahlungsbefehlskosten in Höhe von CHF 236.90 wird beseitigt.
3. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 11'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für dieses Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Der Klägerin wird im Umfang des von ihr geleisteten Vorschusses in Höhe von CHF 11'000.– sowie der von ihr geleisteten Kosten des Schlichtungsverfahrens in Höhe von CHF 950.– ein Rückgriffsrecht gegen den Beklagten eingeräumt.
5. Die Gerichtskosten für die Beschwerdeverfahren RB170016 und RB170017, welche vom Obergericht des Kantons Zürich auf

CHF 1'600.– festgesetzt wurden, werden der Klägerin auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass diese Kosten mit dem vom Beklagten in den Beschwerdeverfahren geleisteten Vorschüssen in Höhe von total CHF 1'600.– verrechnet wurden. Dem Beklagten wird im Umfang der von ihm geleisteten Vorschüsse von CHF 1'600.– ein Rückgriffsrecht gegen die Klägerin eingeräumt.

6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für dieses Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 20'000.– (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die Beschwerdeverfahren RB170016 und RB170017 eine Parteientschädigung von CHF 2'400.– zu bezahlen.
8. Die von der Klägerin für die Parteientschädigung des Beklagten bei der Gerichtskasse hinterlegte Sicherheit von CHF 6'480.– wird der Klägerin zurückerstattet.
9. (Mitteilungen)
10. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 63 S. 2):

1. In Gutheissung der Berufung sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Rechtsöffnungsbegehren der Berufungsbeklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal, Zahlungsbefehl vom 5. August 2015 über die Forderung von CHF 159'000.– (entspricht EUR 150'000.– zu einem Wechselkurs von 1.06) sei abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) im vorinstanzlichen wie auch im vorliegenden Verfahren zulasten der Klägerin.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 73 S. 2):

Die Berufung gegen das Urteil CG150018 des Bezirksgerichts Horgen vom 17. April 2018 sei abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

1.1 Die Parteien waren seit 1984 miteinander befreundet. Die Klägerin wohnt in Deutschland, der Beklagte in der Schweiz. Im Februar 2002 gewährte die Klägerin dem Beklagten ein zinsloses und ungesichertes Darlehen in der Höhe von EUR 150'000, um ihm den Kauf eines Wohnhauses in C._____ zu ermöglichen. Mit ihrer Klage verlangt sie die Rückzahlung des Darlehens. Der Beklagte wendet die Verjährung ein.

Gemäss dem Darlehensvertrag vom 18./20. Februar 2002 (act. 4/3) sollte das Geld am 19. Februar 2002 überwiesen werden, was offenbar der Fall war. Der Vertrag bestimmte, *"Der Vertrag läuft vorerst befristet bis 28. Februar 2005 und kann danach bei Bedarf verlängert werden"*. Die Klägerin hatte zwar nach dem Vertrag das Recht, die Darlehenssumme schon früher "zu jedem Zeitpunkt" und "grundlos" zurück zu fordern, doch machte sie davon keinen Gebrauch.

Der Beklagte macht geltend, er sei bei Aufnahme des Darlehens in guten Verhältnissen gewesen; obschon das Haus eigentlich seine Möglichkeiten überstieg, habe er damit gerechnet, das Darlehen nach drei Jahren zurück zahlen zu können. Erst im Laufe dieser Jahre habe sich das unter anderem wegen eines Unfalles seiner Frau in den Jahren 1998 oder 1999 mit Schädigung der Wirbelsäule, Migräne und teilweiser Taubheit einer Körperhälfte geändert, welcher ab dem Jahr 2002 zu ihrer Arbeitsunfähigkeit führte. Die Parteien hätten einander zwar nicht häufig gesehen, aber doch "immer im Sommer bei uns" (das heisst in C._____) und im Herbst "bei ihr" (also in Deutschland). Dann habe man kaum über ernsthafte Dinge gesprochen, und sicher nicht über das Darlehen. "Meine Situation [war] derart angespannt, dass ich dankbar war, dass wir einfach nur über Belangloses sprechen konnten. Bei diesen Gesprächen konnte ich mich jeweils gehen lassen und abschalten. Das habe ich an unserer Freundschaft auch sehr geschätzt". Bis zum Februar 2005 habe er darum mit der Klägerin nicht über das Darlehen gesprochen. "Wir haben uns gut verstanden und auch Krisen gemeinsam besprochen (...). Da die Klägerin Kenntnis hatte über den Unfall meiner Frau und unsere Situation ist das Ganze für mich eine extreme Enttäuschung" resp.

"Ich habe mir ihr nie über meine finanzielle Lage gesprochen, aber sie wusste, wie krank meine Frau ist und dass es da finanzielle Einbrüche gab". Nach dem Februar 2005 sei er froh gewesen, dass sie nichts von dem Darlehen sagte; er sei davon ausgegangen, sie brauche das Geld nicht und hoffte einfach, sie werde es nicht zurück verlangen. Er habe "versucht nichts zu machen, wie ein Vogel Strauss, der seinen Kopf in den Sand steckt" resp. "ich habe versucht abzutauschen". Als die Klägerin im Jahr 2009 das Darlehen zum Thema machte und sich nach den Möglichkeiten einer Rückzahlung erkundigte, habe er sich "nicht damit beschäftigen wollen (...) Mit der Aussage, dass das Geld im Haus steckt, wollte ich ihr in diesem Moment die Sicherheit geben, dass ich das Geld nicht verjuble, sondern dass das Geld noch da ist" - "Aus moralischer Sicht habe ich es immer als Verpflichtung verstanden, das Geld zurückzuzahlen. Ich habe auch nie gesagt, dass ich ihr das Geld nicht zurückzahlen werde. Ich konnte es einfach nicht" (Prot. I S. 17 ff.). Die letzte Bemerkung bezieht sich auf die Reaktion des Beklagten auf ein Mail der Klägerin vom 4. November 2009, in welchem sie schrieb "wie siehst du mit der rückzahlung meines geldes aus? ist schliesslich schon lange her, genau gesagt 2002. vertrag lief bis 2005. es wäre mir recht, wenn du mir mal konkrete vorschläge machst", und worauf der Beklagte noch am selben Tag antwortete: "Dein Geld steckt hier in der Hütte und ist relativ sicher. Wenn wir das Haus verkaufen kommst Du an Dein Geld. Aber das ist im Moment kein Thema. Zum jetzigen Zeitpkt. kann ich Dir also keine realistischen Vorschläge machen (...) Es tut mir leid, Dir keine andere Antwort geben zu können (...) Ich kann mir nicht vorstellen, dass Du das Geld aus dem Darlehen momentan unbedingt brauchst (...)" (act. 4/4 und 4/5). - Auf weitere Einzelheiten zum Sachverhalt ist wo nötig im Folgenden einzugehen.

1.2 Am 19. Dezember 2013 leitete die Klägerin für das Darlehen eine Beitreibung gegen den Beklagten ein. Auf Rechtsvorschlag hin erteilte das Bezirksgericht provisorische Rechtsöffnung, hingegen entschied die I. Zivilkammer des Obergerichts, die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung lasse sich im summarischen Verfahren nicht abschliessend beurteilen und wies darum das Rechtsöffnungsbegehren mit Urteil vom 15. Oktober 2014 ab (act. 4/20 und /21).

Am 1. April 2015 gelangte die Klägerin mit einem Schlichtungsbegehren an den Friedensrichter. Am 5. August 2015 betrieb sie den Beklagten erneut; dieser erhob wieder Rechtsvorschlag (act. 4/22 und /23). Am 19. August 2015 reichte sie die Klagebewilligung und die Klage beim Bezirksgericht ein (act. 2). Dieses hiess die Klage mit Urteil vom 17. April 2018 weitgehend gut. Kurz zusammengefasst ging es davon aus, die Parteien hätten das Darlehen nach Ablauf der ersten drei Jahre unbefristet weiter geführt, und es sei in der Folge bis zur Intervention eines Anwaltes im Februar 2013 keine Kündigung erfolgt. Entsprechend erachtete es die Einrede der Verjährung als unbehelflich (act. 65). Der Entscheid ging dem Vertreter des Beklagten am 19. April 2018 zu (act. 56/1).

1.3 Am 22. Mai 2018 und damit unter Berücksichtigung der Gerichtsferien innert der gesetzlichen Frist erklärte der Beklagte Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts (act. 63). Den ihm auferlegten Vorschuss von Fr. 11'000.-- zahlte er ein (act. 70). Der Referent setzte der Klägerin mit Verfügung vom 15. August 2018 (act. 71) Frist für die Berufungsantwort, welche fristgerecht erstattet wurde (act. 73). Nach einer Beratung (Prot. II S. 4) wurde die Berufungsantwort am 19. März 2019 dem Beklagten zugestellt, worauf dieser mitteilte, er möchte sich dazu äussern (act. 76). Es wurde ihm mitgeteilt, dass vor dem 3. Mai 2019 kein Urteil ergehen werde (Vermerk auf act. 76); am 2. Mai 2019 reichte er eine kurze Stellungnahme ein (act. 77).

Die Sache ist nach Auffassung einer Mehrheit spruchreif. Die Minderheit gab ihre abweichende Meinung zu Protokoll (act. 79).

2. In der Berufung wirft der Beklagte dem Bezirksgericht vor, es habe seine Begründung "ergebnisorientiert" abgefasst, weil es die in Wirklichkeit eingetretene Verjährung nicht anerkennen wolle und darum trotz fehlender tatsächlicher Grundlagen und ohne tragfähige Begründung die Klage gutheisse. Das Darlehen sei bis 2005 befristet gewesen, und es sei nicht nachvollziehbar, dass es in der Folge während der Verjährungsfrist von drei Jahren verlängert worden sein könnte - alles Andere sei willkürlich. Die Klägerin habe, wie das Bezirksgericht richtig sage, kein objektives Interesse an einer Verlängerung des Vertrages gehabt. Daher dürfe man nicht auf einen bei ihr vorhandenen Willen zur Vertragsverlänge-

zung schliessen. Eine stillschweigende Verlängerung des Vertrages sei zudem überhaupt gar nicht möglich gewesen, denn nach Ablauf der festen Vertragsdauer habe eine "Entfristung" nicht mehr erfolgen können, und es wäre nur der Abschluss eines neuen Vertrages in Frage gekommen - und dafür wiederum gebe es keine Grundlage, ja das werde von der Klägerin nicht einmal behauptet. Er argumentiert wiederholt, dass die bekannten Äusserungen beider Seiten seinen Standpunkt stützten (im Einzelnen act. 63).

Die Klägerin findet das angefochtene Urteil richtig und gerecht; sie schliesst auf Abweisung der Berufung (act. 73).

Der Beklagte macht in der Stellungnahme zur Berufungsantwort geltend, die Klägerin habe darin ein unzulässiges Novum eingebracht, indem sie neu geltend mache, in seinem E-Mail vom 4. November 2009 habe er auf die Verjährung verzichtet (act. 77)

3.1 Die Parteien stimmen mit dem Bezirksgericht offenbar darin überein, dass der aus einem Darlehen herrührende Streit nach dem deutschen Recht zu beurteilen ist. Das ist richtig (Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG).

3.2 Das unter den Parteien begründete Rechtsgeschäft ist ein Darlehen im Sinne von § 488 Abs. 1 BGB. Den Borger trifft nach dieser Bestimmung die Pflicht, das Erhaltene bei Fälligkeit zurück zu zahlen. Wenn keine Fälligkeit bestimmt ist, beträgt die Kündigungsfrist für beide Seiten drei Monate (§ 488 Abs. 3 BGB; die jederzeitige Rückzahlbarkeit des unverzinslichen Darlehens gilt nur für den Borger, nicht für den Geber). Da für das Darlehen keine besondere Bestimmung aufgestellt ist, gilt für die Rückzahlung die "regelmässige" Verjährungsfrist des § 195 BGB von drei Jahren. Diese beginnt mit dem Ende des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist (§ 199 BGB; beim Darlehen bedeutet "entstanden" die Fälligkeit). Die Verjährung wird dadurch gehemmt, dass der Berechtigte den Anspruch einklagt (§ 204 Ziff. 1 BGB; die zahlreichen anderen in der Bestimmung genannten Gründe kommen hier nicht in Frage). Nach Eintritt der Verjährung kann der Schuldner die Leistung verweigern (§ 214 BGB); die Einrede wird aber nicht von Amtes wegen berücksichtigt, sondern muss wie im schweize-

rischen Recht nach Art. 142 OR vom Schuldner erhoben werden (BGB-Palandt/Ellenberger, 78. Aufl. 2019, N. 2 zu § 214).

Anders als das schweizerische Recht in Art. 1 OR kennt das deutsche Recht keine ausdrückliche Norm über die Form der Willensäußerungen der Parteien, welche einen Vertrag schliessen wollen, sondern die Abläufe und Besonderheiten werden ohne eine solche Definition direkt normiert (§§ 145 ff. BGB). Die Praxis anerkennt gleichwohl, dass Willensäußerungen in "schlüssigem" oder "konkludentem" Handeln oder Unterlassen bestehen können. Neben dem schlüssigen Verhalten (klassisch die gleichsam pantomimische Äusserung, wenn ein Kunde am Kiosk eine ausgelegte Sache in die Hand nimmt) kann das Schweigen rechtlich bedeutsam sein und einen bestimmten Willen ausdrücken. Schweigen ist zwar in der Regel gerade das Gegenteil einer Erklärung. Es kann aber je nach den Umständen Erklärungswirkung haben, in den meisten Fällen wohl dort, wo auf einen ausdrücklich oder non-verbal erklärten rechtsgeschäftlichen Antrag keine Ablehnung erklärt wird, obgleich diese nach den Umständen und den Gepflogenheiten geboten gewesen wäre, wenn der Adressat hätte ablehnen wollen. Das Schweigen kann allerdings auch ohne ein vorhergegangenes aktives Erklären oder Handeln der anderen Seite rechtserheblich sein, wenn es nach den Umständen und den sozialen Gepflogenheiten bei einem Anderen nach Treu und Glauben den Eindruck erwecken darf und muss, es habe rechtsgeschäftliche Bedeutung (zum Ganzen BGB-Palandt/Ellenberger, N. 6 und 7, ferner 8 ff vor § 116; speziell zur Geltung des Vertrauensgrundsatzes als allgemeines Rechtsprinzip BGB-Palandt/ Grüneberg, § 242 N. 3 und passim). Wenn feststeht, was die Parteien der Sache nach wollten, sei es aufgrund ausdrücklicher Willenserklärung oder aufgrund von stillschweigend zum Ausdruck Gebrachtem, ist das rechtlich einzuordnen.

3.3 In erster Linie sind die Parteien uneins darüber, ob das Darlehen über dessen schriftlich vorgesehenen Endzeitpunkt 28. Februar 2005 hinaus Bestand hatte. Ist das nicht der Fall, begann die Verjährung des Anspruchs auf Rückzahlung mit dem 1. Januar 2006 zu laufen und trat sie mit Ablauf des Jahres 2008 ein. Ob eine Verlängerung zustande kam, ist eine Rechtsfrage, die aufgrund der

von den Parteien rechtzeitig und formrichtig in den Prozess eingebrachten tatsächlichen Grundlagen zu beantworten ist, unabhängig davon, wie die Parteien argumentieren (Art. 57 ZPO; ZK ZPO Sutter-Somm/Seiler, N. 3 zu Art. 2).

Der Beklagte wirft dem Bezirksgericht vor, es habe die Verjährung aufgrund seiner vorgefassten Meinung verneint. Das ist als Argument darum nicht ganz fair, weil es im Berufungsverfahren weder erhärtet noch widerlegt werden kann. In der Tat ist die Verjährung etwas vertragsrechtlich eigentlich Erratisches, weil es das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung verändert. Die betroffene Partei mag das als störend, ja als ungerecht empfinden. Für das Institut der Verjährung sprechen aber abgesehen davon, dass es schlicht eine Entscheidung des Gesetzgebers ist, gute Gründe. Die Anwendung auf den konkreten Fall ist ohne vorgefasste Meinung nötig, aber auch möglich.

Eine schriftliche Fixierung einer Verlängerung oder Erneuerung des Darlehens ist nicht behauptet. Der Beklagte meint, weil die Klägerin, welche den seinerzeitigen Vertrag aufgesetzt gehabt habe, geschäftsgewandt sei, hätte sie mit Sicherheit auf einer schriftlichen Bestätigung bestanden, wenn sie das gewollt hätte. Das hat als Überlegung durchaus etwas für sich, ist aber darum nicht zwingend, weil die Parteien befreundet waren. Die Klägerin hatte in erster Instanz behauptet, noch im Jahr 2004 (also während der ursprünglichen Laufzeit des Darlehens) habe ihr der Beklagte gesagt, er werde nicht rechtzeitig zurückzahlen können, und sie habe in eine (unbestimmte) Verlängerung eingewilligt (KS Rz. 14); das bestritt der Beklagte (KA S. 5), und die Klägerin macht mit Recht nicht geltend, sie habe ihre Behauptung beweisen können.

Damit bleibt eine stillschweigende Verlängerung oder Erneuerung. Der Beklagte wendet dagegen ein, die Klägerin habe daran gar kein Interesse haben können. Es mag sein, dass es für sie wirtschaftlich nicht interessant war, dem Beklagten (weiter) Geld zu leihen. Das war allerdings schon im Jahr 2002 so gewesen, als der ursprüngliche Vertrag abgeschlossen worden war. Durch den Verzicht auf Zins hatte die Darleiherin zu erkennen gegeben, dass sie sich nicht primär von wirtschaftlichen Überlegungen leiten liess, und auch hier fällt die Tatsache der (jedenfalls im Jahr 2005 noch bestehenden) Freundschaft der Parteien

ins Gewicht. Das Interesse der Klägerin ist in diesem Punkt also nicht schlüssig. Der Beklagte macht weiter geltend, eine Verlängerung hätte nur vor Ablauf der vereinbarten festen Laufzeit erfolgen können; nachher wäre nur der Abschluss eines neuen Vertrages denkbar (welchen er bestreitet). Die Überlegung ist scharfsinnig, und sie ist dogmatisch zweifellos richtig. Nur ist heute die Frage zu entscheiden, ob das Verhalten der Parteien im gegebenen Zusammenhang und unter den gegebenen Voraussetzungen nach Treu und Glauben so verstanden werden durfte und musste, dass die Klägerin dem Beklagten auch über den 28. Februar 2005 hinaus das geliehene Geld auf vertraglicher Grundlage überliess. Das ist durchaus nicht selbstverständlich, ist zu diskutieren, kann aber nicht mit dogmatischen Spitzfindigkeiten von vorneherein ausgeschlossen werden. Und ob eine Verlängerung im eigentlichen Sinn oder genauer ein neuer Vertrag zustande kam, ist eine Rechtsfrage und von den Auffassungen der Parteien unabhängig zu beurteilen. Richtig ist, dass die Klägerin dem Beklagten im November 2009 schrieb, *"wie siehst du mit der Rückzahlung meines Geldes aus? ist schliesslich schon lange her, genau gesagt 2002, Vertrag lief bis 2005"* (act. 4/4) und damit nichts von einer Verlängerung oder einem neuen Vertrag sagte, und dass offenbar (2013, also viele Jahre später) auch die damaligen anwaltlichen Vertreter der Klägerin keine ausdrückliche Kündigung aussprachen, was darauf hindeutet, dass sie von einem fälligen Anspruch ausgingen (act. 4/14 und 4/15). Die beiden letztgenannten Schreiben sind sehr kurz gehalten und verlangen die Rückzahlung des aufgrund des Vertrages von 2002 dem Beklagten geliehenen Geldes. Der Zeitpunkt der Fälligkeit wird überhaupt nicht angesprochen und damit nicht näher diskutiert. Der Beklagte hat durchaus recht mit seinem Argument, die Briefe der Anwälte müssten so verstanden werden, nach ihrer Auffassung sei die Rückzahlung fällig. Dafür, wie das Verhalten der beiden Parteien nach dem 28. Februar 2005 je von der anderen verstanden werden durfte und musste, und was das rechtlich bedeutet, geben die beiden Briefe nichts her. Und das Nämliche gilt für das Mail der Klägerin vom November 2009. Wenn aus rechtlichen Gründen anzunehmen ist, der Darlehensvertrag sei über den 28. Februar 2005 hinaus verlängert oder neu abgeschlossen worden, kann eine rechtsirrtümliche Auffassung der Klägerin zu diesem Punkt den Schluss nicht rückwirkend aufheben:

Es ist demnach zu prüfen, ob die Parteien vor oder nach dem 28. Februar 2005, also der Fälligkeit des ursprünglichen Darlehens, dieses verlängerten oder neu vereinbarten. Für eine solche Vereinbarung vor der Fälligkeit fehlen wie gesehen Anhaltspunkte. Nach dem 28. Februar 2005 war die Rückzahlung fürs Erste einmal fällig und waren daher die Voraussetzungen für den Lauf der Verjährung ab dem folgenden Jahreswechsel gegeben. Die Tatsache (zweitens), dass die Parteien damals noch befreundet waren, ändert daran für sich alleine nichts - ein obligatorischer Anspruch kann auch unter Freunden verjähren. Für sich alleine genommen gilt das auch (drittens) hinsichtlich des Vorbehaltes einer Verlängerung (*"Der Vertrag läuft vorerst befristet bis 28. Februar 2005 und kann danach bei Bedarf verlängert werden"*): stünde diese Klausel in einem beliebigen Darlehensvertrag, sei es unter Privaten oder bei einem Bankdarlehen, könnte nur aus dem beidseitigen Schweigen der Parteien nach Ablauf der festen Laufzeit nicht geschlossen werden, sie wollten beide das Darlehen gemäss dem Vorbehalt verlängern oder erneuern - die Verjährung würde in Gang kommen und am Ende des dritten vollständigen Jahres nach der Fälligkeit eintreten. Ähnlich ist es mit dem vierten Element: der Beklagte sagt, er habe mit der Klägerin nicht ausdrücklich über das Darlehen gesprochen (dazu gibt die Klägerin eine andere Darstellung: Sie habe unter vier Augen immer wieder das Darlehen angesprochen, aber der Beklagte habe immer nur geantwortet, weil das Geld im Haus stecke, könne er nicht zahlen), und gerade als seine Frau wegen eines Unfalles krank und (während der ursprünglichen Laufzeit des Darlehens) arbeitsunfähig wurde, habe er es genossen, mit der Klägerin als Freundin "einfach nur über Belangloses" reden zu können. Gleichwohl gibt er an, er habe sich mit der Klägerin "gut verstanden und auch Krisen gemeinsam besprochen", die Klägerin habe Kenntnis gehabt vom "Unfall meiner Frau und unsere Situation" (darum sei "das Ganze" für ihn auch "eine extreme Enttäuschung"), und obwohl er mit ihr nie (direkt) über seine finanzielle Situation gesprochen habe, "wusste (sie), wie krank meine Frau ist und dass es da finanzielle Einbrüche gab". Auch das würde für sich allein genommen nicht zur Annahme genügen, die Parteien hätten das Darlehen weiter führen wollen.

In der Kombination der verschiedenen Elemente fällt die Würdigung allerdings anders aus: das Darlehen war unter Freunden gegeben worden, mit dem Verzicht auf Zins auch nicht zum finanziellen Vorteil der Geberin, sondern zur Unterstützung des Borgers. Schon im ursprünglichen Vertrag war zwar eine Befristung vereinbart worden, allerdings bereits damals unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, es "bei Bedarf" zu verlängern. Der Borger und seine Frau waren während der Laufzeit des Darlehens in eine (persönlich, aber auch finanziell) schwierige Situation geraten, was die Geberin wusste. Wenn diese nach Fälligkeit keine Anstalten traf, das Gegebene ultimativ zurück zu fordern, durfte und musste der Borger daraus entnehmen, sie wolle das Geld einstweilen weiter als Darlehen stehen lassen, und sie durfte und musste erkennen, dass der Borger das so verstand. Mit Ablauf welcher genauen Dauer des Schweigens diese rechtliche Folge eintrat, lässt sich nicht bestimmen - eine solche terminliche Unschärfe gibt es aber bei jedem rechtlich bedeutsamen Schweigen. Sicher nicht schon nach wenigen Tagen, aber sicher auch nicht erst nach einem Jahr, sondern nach einigen Wochen, allenfalls zwei oder drei Monaten traten die Folgen des beidseitigen Schweigens ein. Die am ursprünglich vereinbarten Endtermin eingetretene Fälligkeit des Darlehens wurde abgelöst durch die neue Vereinbarung, dass das Geld dem Beklagten als Darlehen weiter zur Verfügung gestellt sei.

Damit ist weiter zu überlegen, zu welchen Konditionen das Darlehen in Zukunft gegeben sein sollte. Hier ist das Argument des Beklagten zu erwägen, dass nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Verlängerung im strengen Sinn nicht mehr möglich war, und dass nur der neue Abschluss eines Vertrages in Frage steht. Ein Zins wurde nach wie vor nicht vereinbart. Kritisch ist die Kündbarkeit. Im ursprünglichen Vertrag war die Klägerin für berechtigt erklärt worden, das Geld "jederzeit grundlos" zurück zu fordern. Es wäre denkbar, das auch für die weitere Dauer des Vertragsverhältnisses anzunehmen. Allerdings ist aus rechtlicher Sicht eben doch ein neues Vertragsverhältnis entstanden. Damit drängt sich auf, dieses ohne besondere anders lautende Vereinbarung nach den subsidiären gesetzlichen Regeln zu beurteilen, und das bedeutet, dass die Klägerin das Geld nur unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist zurück fordern konnte, wogegen

der Beklagte (weil das Darlehen nach wie vor zinslos war) es jederzeit zurückzahlen durfte (§ 488 BGB).

Damit hätte der Beklagte der Klägerin beispielsweise vom Sommer, sicher aber vom Herbst 2005 an auf eine konkrete Aufforderung zur Rückzahlung des Geldes entgegen halten können, er habe Anspruch auf das Einhalten der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten. Heute hat er wohl eine andere Interessenlage, und es käme ihm mehr gelegen, das Darlehen wäre nicht erneuert worden - das kann und darf aber nicht entscheidend sein.

3.4 Der Beklagte macht geltend, auch wenn das Darlehen über den 28. Februar 2005 hinaus verlängert worden sein sollte, hätte es die Klägerin am 4. November 2009 (mit ihren per Mail abgegebenen Erklärungen) zurück verlangt, und daher wäre es am Jahreswechsel 2012/2013 resp. am 5. November 2012 verjährt (KA act. 8 Rz.3.4.2, D act. 35 S. 15). Das ist wohl nur schon darum nicht richtig, weil ein Darlehen erst mit Ablauf der Kündigungsfrist fällig wird (§ 488 BGB) und die Verjährung also erst mit dem Ende des Jahres 2013 eingetreten wäre. Das Argument hilft dem Beklagten aber darum nicht, weil in den dafür angerufenen Mail-Mitteilungen der Klägerin keine Kündigung zu erkennen ist. Die Klägerin schrieb dem Beklagten, "wie siehst mit der rückzahlung meines geldes aus (...) es wäre mir recht, wenn du mir mal konkrete vorschläge machst" (act. 4/4), und auf die ziemlich merkwürdige Reaktion des Borgers ("das geld steckt hier in der hütte und ist relativ sicher (...) wenn ich ehrlich bin habe ich mit deinen anfragen (...) ziemlich mühe. (...) so, jetzt höre ich aber auf, sonst werd' ich noch sauer"), hatte sie geantwortet: "ich finde deine antwort schon etwas heftig und ehrlich gesagt bin ich jetzt sauer (...) dir scheint es (...) total selbstverständlich dass ich dir das geld auf ewigkeit gebe. und wenn ich dann nach 7 jahren höflichst anfrage, wirst du patzig (...) ich bleib jetzt auch dabei, denk darüber nach" (act. 4/7). Das war keine Kündigung, sondern der Hinweis auf eine bestehende Schuld und die Bitte um "konkrete Vorschläge" - Vorschläge für die Rückzahlung, selbstredend, aber keine bestimmte Forderung nach dieser Rückzahlung. Damit wurde das erneuerte Darlehen einstweilen nicht fällig und verjährte darum auch nicht.

Die ultimative Aufforderung zur Rückzahlung lag dann im Brief des Anwaltes der Klägerin vom 26. Februar 2013 (act. 4/14). Dass er die gesetzliche Kündigungsfrist nicht beachtete, weil er vielleicht irrtümlich annahm, die Forderung sei schon fällig, und also die Frist zur Zahlung bis am 14. März 2013 zu kurz war, ändert nichts daran, dass dieser Brief rechtlich eine Kündigung enthielt. Im Zeitpunkt der Betreibung und der Klage im Jahr 2015 (act. 4/23 und act. 1) war die Forderung daher fällig.

3.5 In der Berufungsantwort (act. 73, Rz. 28 ff.) liess die Klägerin geltend machen, selbst wenn die Rückzahlung des Darlehens zunächst verjährt gewesen sein sollte, hätte der Beklagte auf diese Einrede verzichtet, indem er ihr am 4. November 2009 auf ihren Wunsch nach einem Rückzahlungs-Vorschlag geschrieben hatte, *"Dein Geld steckt hier in der Hütte und ist relativ sicher, Wenn wir das Haus verkaufen, kommst Du an dein Geld"*. Der Beklagte erachtet das als nicht zulässig, weil als Novum verspätet (act. 77).

Der prozessuale Einwand des Beklagten ist nicht berechtigt. Das Mail, auf welches sich die Klägerin beruft, wurde form- und fristgerecht ins erstinstanzliche Verfahren eingeführt. Was daraus für Schlüsse zu ziehen, ist von Amtes wegen im Rahmen der Rechtsanwendung zu prüfen (Art. 57 ZPO) und von den Noven-Beschränkungen unabhängig. Die Kammer (und allenfalls auch das Bundesgericht) sind berechtigt und verpflichtet, diese Rechtsanwendung vorzunehmen, wenn der Punkt im Rechtsmittelverfahren aufgeworfen wird. Nach der vorstehend erläuterten Auffassung der Kammer zur (nicht eingetretenen) Verjährung erübrigt es sich allerdings, die Frage eines Verzichts auf die Verjährung zu prüfen.

3.6 Damit ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil in der Sache zu bestätigen.

4. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). Mit seinen Bemerkungen zu den Kostenfolgen (act. 63 S. 15) anerkennt der Beklagte die vom Bezirksgericht festgesetzten Kosten und die Entschädigung als betragsmässig richtig, und die Klägerin wendet dagegen ebenfalls nichts ein (act. 6. 73 Rz. 36 f.). Für das Berufungsverfahren ist

die Gerichtsgebühr tarifgemäss auf Fr. 11'000.-- festzusetzen. Bei der Parteientschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Vertreter der Klägerin diese schon vor Bezirksgericht vertrat, sodass der Aufwand für das Einarbeiten in die Sache nicht mehr anfiel; die Entschädigung ist auf Fr. 7'000.-- festzusetzen. Die Klägerin verlangt zwar Ersatz der Mehrwertsteuer, doch schuldet sie diese wegen ihres Wohnsitzes im Ausland ihrem Anwalt nicht (Art. 1 Abs. 2 und 8 Abs. 1 MWStG; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts VU060028 vom 17. Mai 2006; e contrario aus BGE 141 III 560) und kann darum auch nicht Ersatz dafür verlangen. Dem Bezirksgericht ist dieser Umstand entgangen; die Zusprennung der Mehrwertsteuer wurde aber nicht angefochten und ist daher der Beurteilung der Kammer entzogen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 17. April 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'000.-- festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und aus dem geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.-- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 77, sowie an das Bezirksgericht Horgen, I. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 159'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. T. Engler

versandt am:
7. Juni 2019