

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB190059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin Dr.  
L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würg-  
ler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

**Urteil vom** \_\_\_\_\_

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Aberkennung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom  
1. Oktober 2019 (CG180024-G)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- " 1. Es sei festzustellen, dass der Beklagte weder zur Anhebung der Betreuung noch zur Erhebung des Rechtsöffnungsgesuches gegen die Klägerin aktivlegitimiert war.
2. Es sei festzustellen, dass die gegen die Klägerin von der Beklagten in Betreuung gesetzten Forderungen (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon) im Betrag von CHF 1'185'283.33 im Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung sowie im Zeitpunkt des Rechtsöffnungsgesuches nicht fällig waren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer auf der Prozessentschädigung zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. Oktober 2019:**

(Urk. 36 S. 15 f.)

1. Die Aberkennungsklage wird abgewiesen.

Die mit Urteil der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. August 2018 (Geschäfts-Nr. EB180131-G) erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 3. Januar 2018, für  
CHF 500'000.–        nebst Zins zu 7% seit 2. Juli 2015;  
CHF 600'000.–        nebst Zins zu 9% seit 24. Februar 2017;  
CHF 85'283.33  
samt den Betreuungskosten  
sowie die Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 und Ziff. 5 des Urteils vom 9. August 2018 (Geschäfts-Nr. EB180131-G),  
sind damit definitiv.

2. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf CHF 7'950.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 12'450.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage bzw. Beschwerde gegen Ziffern 2 bis 4, Frist 30 Tage)

### **Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 35 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 1. Oktober 2019, Geschäfts-Nr. CG180024, aufzuheben;
2. es sei festzustellen, dass der Beklagte weder zur Anhebung der Betreuung noch zur Erhebung des Rechtsöffnungsgesuches gegen die Klägerin aktiv-legitimiert war;
3. es sei festzustellen, dass die gegen die Klägerin vom Beklagten in Betreuung gesetzten Forderungen (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon) im Betrag von CHF 1'185'283.33 im Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung sowie im Zeitpunkt des Rechtsöffnungsgesuches nicht fällig waren.
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,7% MwSt. zu Lasten des Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

Die Klägerin als Kreditnehmerin und der Beklagte als Kreditgeber unterzeichneten am 19. Februar 2015 bzw. 27./28. April 2015 zwei grundpfandbesicherte Investmentverträge über CHF 600'000.– bzw. CHF 500'000.–. Die Darlehen erfolgten zweckgebunden für die Finanzierung eines Bauprojektes in C. \_\_\_\_\_ SH und wiesen eine Laufzeit von 24 Monaten auf. Die Ehefrau des Beklagten, D. \_\_\_\_\_, unterzeichnete die Verträge ebenfalls (Urk. 3/3-4). Die Überweisung der

Darlehenssummen an die Klägerin erfolgten aus einem gemeinsamen Privatkonto der Ehegatten B. \_\_\_\_\_-D. \_\_\_\_\_, lautend auf "B. \_\_\_\_\_ ... D. \_\_\_\_\_" (Urk. 3/6-7). Auf Ersuchen der Klägerin vom 28. Februar 2017 (Urk. 17/3) wurde die Rückzahlung der beiden Darlehen bis zum 1. Juli 2017 gestundet (Urk. 16 S. 7 Rz. 22). Weil die Rückzahlung auch nach diesem Datum ausblieb, leitete der Beklagte in seinem Namen mit Zahlungsbefehl vom 3. Januar 2018 die Betreibung ein (Urk. 3/5). Die Klägerin erhob am 8. Januar 2018 Rechtsvorschlag (Urk. 3/5). In der Folge machte der Beklagte ein Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung anhängig. Mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen vom 9. August 2018 wurde dem Beklagten provisorische Rechtsöffnung für die beiden Darlehenssummen samt Zinsen und Kosten erteilt (Urk. 3/1).

Im vorliegenden Verfahren will die Klägerin die Aberkennung dieser Forderung erwirken. Zwar bestreitet sie den Bestand der Rückzahlungsforderung nicht. Hingegen stellt sie die Aktivlegitimation des Beklagten zur Anhebung der Betreibung und des Rechtsöffnungsgesuchs sowie die Fälligkeit der Rückzahlungsforderung in Abrede.

## II.

Die Klägerin hat die vorliegende Klage am 3. September 2018 (Datum des Poststempels) bei der Vorinstanz eingereicht (Urk. 1). Der Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 36 S. 3 f.). Mit Urteil vom 1. Oktober 2019 hat die Vorinstanz die Aberkennungsklage abgewiesen (Urk. 32 = Urk. 36). Dagegen hat die Klägerin rechtzeitig Berufung eingelegt (Urk. 35, Urk. 33/1). Den ihr mit Verfügung vom 12. November 2019 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 7'950.- hat sie rechtzeitig geleistet (Urk. 38 und 40).

Da die Berufung offensichtlich unbegründet ist, konnte auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

### III.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 5.2; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 37 ff.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Sodann ist (auch) der Berufungskläger grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398 f. m.w.Hinw.). Soweit die Klägerin ihre Berufung mit dem generellen Verweis auf die vor Vorinstanz gehaltenen Plädoyers sowie dem Protokoll der mündlichen Verhandlung begründen will (Urk. 35 S. 3), vermag sie den Begründungsanforderungen nicht zu genügen.

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung oder -antwort gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben

ben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Abgesehen von dieser Relativierung gilt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) aber auch im Berufungsverfahren. Die Berufungsinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Berufung auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22; s.a. Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz 1507 und Rz 1513). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41).

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

## IV.

### 1. Zur Aktivlegitimation

1.1 Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, im Vorfeld der Betreuung seien die Ehegatten gemeinsam als Darleiher aufgetreten. Es liege damit eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO vor, indem über dieses Rechtsverhältnis nur für beide gemeinsam entschieden werden könne. Infol-

gedessen hätten die Ehegatten die Klägerin gemeinsam betreiben wie auch gemeinsam Rechtsöffnung begehren müssen. Indem der Beklagte dies aber alleine und nur in seinem Namen getan habe, fehle ihm bereits in der angehobenen Betreuung und schliesslich auch im Rechtsöffnungsverfahren die Aktivlegitimation (act. 1 Rz. 14). Dies wurde vom Beklagten bestritten (Urk. 16 Rz. 8 ff.).

1.2 Die Vorinstanz hat die Aktivlegitimation des Beklagten bejaht. Auf ihre zutreffenden Erwägungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 36 S. 7 ff.). Sie erwog, es sei zu prüfen, ob das materielle Rechtsverhältnis zwischen den Parteien überhaupt eine Gläubigermehrheit vorsehe, und ob diese sich als einfache Gesellschaft auffassen lasse. Je nach dem sei der Beklagte für die ganze Summe (wenn gar keine Gläubigermehrheit vorliege), für die halbe Summe (wenn eine Gläubigermehrheit ohne einfache Gesellschaft vorliege) oder nicht (wenn eine einfache Gesellschaft vorliege) zur Betreuung aktivlegitimiert (Urk. 36 S. 8). Sie kam zusammenfassend zum Schluss, die Urkundenbeweise dokumentierten klar und aus sich heraus schlüssig, dass sich aus dem materiellen Recht keine Gläubigermehrheit und erst Recht keine Gesamthandstellung zwischen dem Beklagten und seiner Ehefrau ergebe. Eine solche sei weder von der Klägerin noch vom Beklagten beabsichtigt gewesen. Ein entsprechendes Vorbringen der Klägerin sei erst nach der Anhebung der Betreuung entstanden und sei somit als reine Schutzbehauptung zu verstehen, die sich weder mit ihrem Verhalten vor, noch teilweise während des laufenden betriebsrechtlichen Verfahrens decke, weil sie sich nach wie vor bezüglich der Stundung an den Beklagten allein gehalten habe. Es sei deshalb davon auszugehen, dass nach dem gemeinsamen Verständnis beider Parteien der Beklagte allein als Darleiher an den Investmentverträgen teilgenommen habe und er folglich allein Gläubiger der Rückzahlungsforderungen sei. Mangels einer entsprechenden Grundlage im materiellen Recht liege damit keine notwendige Streitgenossenschaft vor, weshalb der Beklagte alleine zur Anhebung der Betreuung aktivlegitimiert gewesen sei (Urk. 36 S. 10).

1.3 Die Klägerin macht im Berufungsverfahren zunächst geltend, die Vorinstanz habe die güterrechtliche Ausgangslage nicht gebührend berücksichtigt. Ein gemeinsames Konto für die Tätigkeit von gewinnorientierten Finanzgeschäften,

wozu die Vergabe von hochverzinsten Darlehen gehöre, lasse unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beklagte mit seiner Ehefrau unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung lebe, zweifelsohne auf eine Ehegattengesellschaft - und damit auf eine Gesamthandschaft und zwingende Streitgenossenschaft - schliessen (Urk. 35 S. 4 f.). Eine sog. "Ehegattengesellschaft" bestehe, wenn die Ehegatten mit vereinten Kräften und Mitteln Interessen (gesamthänderisch) ausserhalb ihres Güterstandes verfolgten. Folglich tue nichts zur Sache, ob die Klägerin als Vertragspartei nur den Beklagten als Partei aufgeführt, oder ob diese sich nach Vertragsschluss widersprüchlich verhalten habe oder nicht. Mit den zwei Verträgen, die auch die Ehefrau des Beklagten unterschrieben habe, habe mithin nicht nur der Beklagte, sondern auch seine Ehegattin der Klägerin ein hochverzinstes Darlehen von 7% p.a. gewährt. Es sei naheliegend, daraus zu schliessen, dass die Ehegatten damit ein lukratives Finanzgeschäft verfolgt hätten. Es sei auch naheliegend, aus dieser Unterschriftsleistung der Ehegattin zu schliessen, dass diese mit ihrer Unterschrift nicht nur dem Beklagten sondern auch der Klägerin habe zu verstehen geben wollen, dass sie sich mit diesem Geschäft gemeinsam hätten berechtigen und verpflichten wollen, denn schliesslich seien die gewährten Gelder nachweislich aus einem gemeinsamen Konto, das im Miteigentum beider Ehegatten stehe, gekommen. Stehe ein Vermögenswert im Miteigentum beider Ehegatten, so könne kein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen über seinen Anteil verfügen, sofern nichts anderes vereinbart worden sei (Art. 201 Abs. 2 ZGB). Mangels Nachweises einer derartigen Vereinbarung könne der Schluss gezogen werden, dass bezüglich des besagten Kontos der Beklagte und seine Ehefrau nur gesamthänderisch hätten handeln können. Das Verhalten der Ehegattin im Zusammenhang mit dem besagten Konto und dem eingegangenen hochlukrativen Geschäft könne nur eines bedeuten: Mit dem Kreditgeschäft hätten die Ehegatten mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck verfolgt, der darin bestehe, Gewinn zu generieren. Mit ihrer Unterschrift habe also die Ehegattin des Beklagten der Klägerin unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass die Klägerin mit einer Ehegattengesellschaft das Geschäft abgeschlossen habe (Urk. 35 S. 5 f.).

Dem kann nicht gefolgt werden. Ganz offensichtlich hat die Klägerin die Unterschrift der Ehegattin des Beklagten nicht so verstanden, dass sie das Geschäft mit einer Ehegattengesellschaft abgeschlossen hat. Im Gegenteil beharrte sie noch in ihrem Schreiben vom 29. November 2017 an den Rechtsvertreter des Beklagten (Urk. 17/4) explizit darauf, dass sie nur mit dem Beklagten, nicht aber mit seiner Ehefrau, in einer vertraglichen Beziehung stehe. Im Übrigen basieren die Schlussfolgerungen der Klägerin auf blossen Annahmen. Beweise dafür bietet sie keine an. Dass das gemeinsame Konto der Tätigkeit von gewinnorientierten Finanzgeschäften diene, ist eine neue, unbeachtliche und zudem unbewiesene Behauptung. Die Tatsache, dass der Beklagte und seine Ehefrau über ein gemeinsames Konto verfügen, lässt selbst unter Berücksichtigung des Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung nicht auf das Bestehen einer Ehegattengesellschaft schliessen. Auch der Umstand, dass die Ehegattin des Beklagten die zwei zwischen ihm und der Klägerin abgeschlossenen Investmentverträge unterzeichnet hat, lässt nicht darauf schliessen, dass auch sie der Klägerin ein Darlehen gewährt hat bzw. sie sich mit diesem Geschäft gemeinsam mit dem Beklagten hätte berechtigen oder verpflichten wollen. Die Klägerin geht von falschen Prämissen aus. Festzuhalten ist vorab, dass ein gemeinsames Konto auch unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nicht zwingend im Miteigentum der Ehegatten stehen muss. Der Beklagte bestritt dies denn auch (Urk. 16 S. 3 Rz. 9), und die Klägerin hat im Berufungsverfahren weder beanstandet, dass erstinstanzlich gestellten Beweisanträgen dazu nicht entsprochen worden wäre, noch hat sie entsprechende Beweisanträge im Berufungsverfahren wiederholt. Selbst wenn aber Miteigentum der Ehegatten am gemeinsamen Konto zu vermuten wäre, vermöchte dies die Annahmen der Klägerin nicht zu stützen. Welche Vermögenswerte sich im Zeitpunkt der Vertragsschlüsse auf dem gemeinsamen Konto des Beklagten und seiner Ehefrau befanden, ist nicht bekannt. Es liegen dazu keine Behauptungen vor. Entsprechend bliebe offen, ob der Miteigentumsanteil des Beklagten am gemeinsamen Konto eine Höhe erreichte, die es ihm - mit Zustimmung seiner Ehefrau (Art. 201 Abs. 2 ZGB) - ermöglichte, der Klägerin alleine die beiden Darlehen zu gewähren. Die Unterschrift der Ehefrau des Beklagten auf den beiden Verträgen könnte damit ohne weiteres auch als blosser Zustimmung

zur Verfügung über die Anteile des Beklagten verstanden werden. Damit kann weder der Schuss gezogen werden, dass bezüglich des gemeinsamen Kontos der Beklagte und seine Ehefrau nur gesamthänderisch handeln konnten, noch dass die Ehegatten mit dem Kreditgeschäft mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck verfolgten.

1.4 Die Klägerin macht im Berufungsverfahren weiter geltend, die Tatsache, dass der Beklagte in den Darlehensverträgen allein als Partei aufgeführt werde, vermöge die Annahme einer Ehegattengesellschaft nicht umzustossen. Vielmehr könne das als Indiz dafür gewertet werden, dass der Beklagte als geschäftsführender Gesellschafter der Ehegatten nach den Bestimmungen der Stellvertretung von seiner Ehefrau dazu ermächtigt worden sei, die Gesellschafter der Klägerin gegenüber zu berechtigen und zu verpflichten (Urk. 35 S. 7). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Ehefrau des Beklagten hätte ohne weiteres als Vertragspartei aufgenommen werden können, wenn dies so gewollt gewesen wäre, zumal sie die Verträge auch unterzeichnet hat. Vor Vorinstanz sprach die Klägerin denn auch noch von einem "redaktionellen Versehen" (Urk. 1 RZ.9). Die Verträge liefern überhaupt keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Beklagte als geschäftsführender Gesellschafter zur Stellvertretung der Ehefrau ermächtigt gewesen wäre. Jedenfalls kann im Umstand allein, dass die Ehefrau ihre Unterschrift neben derjenigen des Beklagten anbrachte (Urk. 35 S. 7), kein solcher Anhaltspunkt gesehen werden. Das Vorbringen, dass der Beklagte von seiner Ehefrau als geschäftsführender Gesellschafter der Ehegatten nach den Bestimmungen der Stellvertretung ermächtigt worden sei, die Ehefrau der Klägerin gegenüber zu berechtigen und zu verpflichten, ist zudem neu und auch deshalb nicht zu berücksichtigen.

1.5 Die Klägerin bringt sodann vor, die Unterschriftsleistung der Ehegattin des Beklagten sei als unwiderlegbarer Beweis zu deuten, dass diese zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes *conditio sine qua non* gewesen sei (Urk. 35 S. 7). Auch diese Behauptung ist im Berufungsverfahren neu und somit unbeachtlich. Im Übrigen handelt es sich dabei um einen unzulässigen Zirkelschluss. Die Unterschrift für sich kann nicht Beweis dafür sein, dass eben diese Unterschrift zur Gültigkeit

des Rechtsgeschäfts zwingend ist, und kann auch nicht so gedeutet werden, dass die Eheleute zu verstehen geben wollten, gesamthänderisch im Sinne einer einfachen Gesellschaft zu handeln. Wie bereits vorne unter Erwägung Ziff. 1.3 festgehalten, kann die Unterschrift der Ehefrau des Beklagten auch als blosser Zustimmung zur Verfügung über die Anteile des Beklagten verstanden werden.

1.6 Soweit die Klägerin ein Indiz für eine Ehegattengesellschaft im Schreiben des Rechtsvertreters des Beklagten an die Klägerin vom 22. November 2017 (Urk. 3/9) erblicken will (Urk. 35 S. 8), kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 36 S. 9). Es trifft zu, dass das genannte Schreiben wie auch das Schreiben vom 27. September 2017 (Schreiben des Beklagten und seiner Ehefrau an die Klägerin; Urk. 3/10) den Plural verwenden und so den Anschein erwecken, als würden der Beklagte und seine Ehefrau gemeinsam die Rückzahlung der Darlehen verfolgen. Im Rubrum der Vollmacht an den Rechtsvertreter des Beklagten vom 2. November 2017 (Urk. 3/8) sind auch beide, der Beklagte und seine Ehefrau, aufgeführt, allerdings ist die Vollmacht nur vom Beklagten unterzeichnet. Zu Recht hat die Vorinstanz die gemeinsame Aufforderung zur Darlehensrückzahlung aber als nicht genügend starkes Indiz für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft insbesondere im viel früher liegenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewertet. Vielmehr könne dieses Vorgehen in der verbreiteten Sichtweise von Ehegatten begründet sein, wirtschaftlich und finanziell derart eng verbunden zu sein, dass die finanziellen Interessen des einen auch die des anderen seien, unabhängig davon, wer Inhaber oder Schuldner gewisser Forderungen sei. Wenn die Klägerin dem entgegenhält, jedenfalls sei ein solches Vorgehen für einen Anwalt nicht nachvollziehbar (Urk. 35 S. 8), ist das nicht ganz von der Hand zu weisen. Allerdings war der Beklagte im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung noch durch keinen Anwalt vertreten und erfolgte die Mandatierung der Anwälte des Anwaltsbüros F. \_\_\_\_\_ durch den Beklagten am 2. November 2017 in Sachen B. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ (Urk. 3/8). Entsprechend handelte der Rechtsvertreter des Beklagten wohl zunächst gemäss dem Verständnis der Ehegatten. Allein daraus kann jedenfalls noch nicht auf eine gemeinsame wirtschaftliche Zweckverfolgung mit vereinten Kräften und gemeinsamen Mitteln geschlossen werden. Insbesondere steht - wie bereits erwogen (vgl. vorne Ziff. 1.3) - nicht

fest, in wessen Eigentum die Mittel für die Darlehen standen. Dass sich die Ehegatten bewusst gewesen wären, dass bei einer einfachen Gesellschaft, wenn nichts anderes vereinbart ist, jeder Gesellschafter gleichen Anteil am Gewinn und Verlust habe (so die Klägerin in Urk. 35 S. 8), ist sodann eine im Berufungsverfahren neue und damit unbeachtliche Behauptung und zudem eine reine, durch nichts belegte Unterstellung. Es kann daher auch von einer Wahrnehmung gemeinsamer wirtschaftlicher Interessen keine Rede sein.

1.7 Nicht gefolgt werden kann schliesslich der Argumentation der Klägerin, es erscheine lebensfremd davon auszugehen, dass Ehegatten, die unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung stünden, zu zweit unterschreiben würden, wenn ausschliesslich nur der eine Ehegatte sich mit einem Darlehensvertrag allein berechtigen und verpflichten wolle (Urk. 35 S. 9). Wie bereits mehrfach festgehalten, könnte die Unterschrift der Ehefrau des Beklagten auf den Investmentverträgen ohne weiteres auch als blosser Zustimmung zur Verfügung über die Miteigentumsanteile des Beklagten im Sinne von Art. 201 Abs. 2 ZGB verstanden werden (oben Erw. 1.3). Soweit die Klägerin argumentiert, noch lebensfremder sei die Annahme, dass die Ehegattin als Kreditgeberin kein Interesse haben solle, dass der geschäftsführende Ehegatte nach den Bestimmungen der Stellvertretung seine Unterschrift für die Mandatierung eines Anwaltes zur Verfügung stelle, um die Rückzahlung der gewährten Darlehen zu verfolgen, ist ihr entgegenzuhalten, dass gerade nicht feststeht, dass die Ehegattin als Kreditgeberin der Klägerin Darlehen gewährte noch dass der Beklagte als geschäftsführender Ehegatte zur Stellvertretung ermächtigt war.

1.8 Zwar ist der Klägerin beizupflichten, dass einfache Gesellschaften auch entstehen, ohne dass es dazu eine Absicht braucht (Urk. 35 S. 9). Eine einfache Gesellschaft kann auch konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Gesellschafter ergeben, ohne dass ihnen diese Rechtsfolge bewusst sein muss. Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist jedoch generell, dass sich mindestens eine Vertragspartei rechtlich binden wollte; einen beidseitig unbewussten und ungewollten Vertragsschluss gibt es nicht. Steht fest, dass sich die Beteiligten nicht binden wollten, haben sie sich nicht geeinigt, womit

ein Dissens vorliegt. Ein Gesellschaftsvertrag kann unter diesen Umständen nicht zustande kommen (BGer 4C.24/2000 vom 28. März 2000, E. 3d) mit Hinweisen). Entscheidend ist damit ihr Wille zur vertraglich bekräftigten Zweckverfolgung mit gemeinsamen Mitteln (BGer 4A\_383/2007 vom 19. Dezember 2007, E. 3.1 mit Hinweisen; BSK OR II- Handschin, Art. 530 N 17). Für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft zwischen dem Beklagten und seiner Ehefrau bestehen keine genügenden Anhaltspunkte. Es wurde bestritten und steht nicht fest, dass sie den Willen hatten, mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen. Sie verfolgten, soweit ersichtlich, auch keine weitere gemeinsame Verwaltung oder Weiterverwendung ihrer jeweiligen Erlöse. Der Beklagte und seine Ehefrau stellten das Bestehen einer einfachen Gesellschaft stets in Abrede (Urk. 16 S. 3 f., Prot. I S. 15 f.). Die Klägerin selber ging davon aus, allein der Beklagte sei ihr Vertragspartner. Ihre Schreiben richtete sie einzig an den Beklagten, und sie beharrte sogar explizit darauf, einzig mit diesem in einer vertraglichen Beziehung zu stehen (Urk. 17/4). Auch noch nach Einleitung der Betreuung richtete sie sich jeweils alleine an den Beklagten (Urk. 31/3, /4). Wenn sie heute geltend machen will, sie sei bezüglich ihrer tatsächlichen Vertragspartei einem Irrtum unterlegen (Urk. 35 S. 10 f.), fehlt es an entsprechend substantiierten Behauptungen für einen solchen Irrtum. Die Klägerin wollte die Investmentverträge mit dem Beklagten abschliessen und hat dies auch getan. Weder der Beklagte noch seine Ehefrau behaupten etwas anderes. Im Gegenteil erfolgten die Vertragsabschlüsse auch ihrer Meinung nach zwischen der Klägerin und dem Beklagten.

1.9 Die Klägerin dringt mit ihren Berufungsgründen nicht durch. Mit der Vorinstanz (Urk. 36 S. 10) ist davon auszugehen, dass nach dem gemeinsamen Verständnis beider Parteien der Beklagte allein als Kreditgeber an den Investmentverträgen teilnahm und er folglich allein Gläubiger der Rückzahlungsforderung ist. Es liegt damit keine notwendige Streitgenossenschaft vor, weshalb der Beklagte alleine zur Anhebung der Betreuung und zur Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens aktivlegitimiert war. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

## 2. Zur Fälligkeit

2.1 Die Vorinstanz hat die im erstinstanzlichen Verfahren eingenommenen Parteistandpunkte im angefochtenen Entscheid wiedergegeben, ohne dass die Klägerin diesbezüglich Beanstandungen erhebt, weshalb vorab auf diese Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 36 S. 11 f.).

2.2 Die Vorinstanz erwog im Ergebnis, aus den Akten ergebe sich kein Nachweis einer mündlich am 28. September 2017 getroffenen Stundungsabrede. Vielmehr würden die Urkunden stattdessen den Nachweis erbringen, dass eine solche eben gerade nicht erfolgt sei, weil die kaufmännisch übliche Gegenzeichnung des angeblichen Bestätigungsschreibens vom 21. Dezember 2019 (act. 3/13) nicht erfolgt sei, und sich dieses Schreiben auch in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht nicht mit der von der Klägerin behaupteten Stundungsabrede in Übereinstimmung bringen lasse, mithin die klägerischen Behauptungen in dieser Hinsicht jeglicher Plausibilität entbehrten. Es sei folglich keine Stundung der Forderung eingetreten. Diese sei im Zeitpunkt der Anhebung der Betreibung somit fällig und der Beklagte sei zur Verfahrenseinleitung berechtigt gewesen (Urk. 36 S. 14). Diese Erwägungen werden von der Klägerin zu Recht nicht in Frage gestellt. Das bloss pauschale Festhalten an ihren Ausführungen in der Aberkennungsklage und denjenigen ihres ersten Parteivortrages (Urk. 35 S. 11) vermag den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht zu genügen und stellt jedenfalls keine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen dar. Es bleibt damit dabei, dass die Forderungen im Zeitpunkt der Betreibung fällig waren.

2.3 Erstmals im Berufungsverfahren vertritt die Klägerin die Auffassung, das rechtliche Vorgehen des Beklagten sollte gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht geschützt werden. Sie macht geltend, aufgrund der Ausgangslage sei es befremdend, wenn nicht gar stossend, dass der Beklagte auf sein Recht auf Rückzahlung mit allen Mitteln beharre, anstatt zuzuwarten, bis die Klägerin in der Lage sei, ihre Schuld zu begleichen. Zu berücksichtigen sei dabei der Umstand, dass die besagten Darlehen für die zweckgebundene Finanzierung für das Bauprojekt in C.\_\_\_\_\_ gewährt worden seien. Dass dieses Bauprojekt sich aufgrund diverser unvorhergesehener Schwierigkeiten, die nicht von der Klägerin zu vertreten seien,

in die Länge gezogen und sich die Klägerin deswegen gezwungen gesehen habe, die Frist für die Rückzahlung dieser Darlehen zu verlängern, sei dem Beklagten und seiner Ehefrau ausführlich kommuniziert worden (Urk. 35 S. 12).

Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat jede Instanz von Amtes wegen zu beachten, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen worden sind und feststehen (BGE 121 III 60 E. 3d mit Hinweisen). Mit ihren Ausführungen vermag die Klägerin indes keinen Rechtsmissbrauch darzutun. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der "offenbare Missbrauch eines Rechtes" keinen Rechtsschutz. Die Norm dient als korrigierender "Notbehelf" für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58 mit Hinweisen). Wie das im Gesetzestext verwendete Adjektiv "offenbar" zeigt, ist Rechtsmissbrauch nur zurückhaltend - eben bloss in offenkundigen Fällen - zu bejahen (BGE 135 III 162 E. 3.3.1). Zu beachten sind die von Lehre und Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch gebildeten Fallgruppen (BGE 140 III 491 E. 4.2.4). Von diesen kommt vorliegend nur die Rechtsausübung, die zu einem krassem Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde, in Frage. Ein fälliges Darlehen einzufordern ist nicht rechtsmissbräuchlich, bloss weil die Gegenseite angeblich zur Rückzahlung nicht in der Lage ist und der Darleiher dies weiss. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Darlehen zweckgebunden zur Finanzierung eines Bauprojekts gewährt wurden, war doch die Laufzeit klar auf 24 Monate begrenzt. Es ist auch nicht so, dass der Beklagte bei Fälligkeit der Darlehen am 19. Februar 2017 bzw. 28. April 2017 unverzüglich die Rückzahlung gefordert hätte. Vielmehr stimmte er zunächst einer Stundung bis am 1. Juli 2017 zu. Wenn der Beklagte die Klägerin in der Folge zur Rückzahlung anhielt und sich auf ein weiteres Zuwarten nicht mehr einlassen wollte und alsdann im Januar 2018 die Betreibung einleitete, ist das insbesondere auch unter Berücksichtigung der namhaften Darlehensbeträge nachvollziehbar. Bei Lichte betrachtet verlangt die Klägerin vom Beklagten letztlich, dass dieser sie weiterhin finanziere und die Auswirkungen der eingetretenen unvorhergesehenen Schwierigkeiten, die das Bauprojekt verzögert hätten, statt von ihr vom Beklagten zu tragen seien. Weshalb dies so sein sollte, tut sie aber nicht dar, und es ist dafür auch kein Grund ersichtlich. Die Klägerin

mag aufgrund der Verzögerung des Bauprojektes allenfalls in einer wenig komfortablen Lage sein, weil das Geld blockiert ist (vgl. Prot. I S. 21), deshalb aber ist die Einforderung der Rückzahlung nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB liegt nicht vor.

3. Die Klägerin dringt mit ihrer Berufung auch in diesem Punkt nicht durch. Die Vorinstanz hat die Aberkennungsklage daher zu Recht abgewiesen. Mit der Klageabweisung wird die provisorische Rechtsöffnung, welche der Aberkennungsklage zugrunde lag, definitiv.

## V.

Bei diesem Verfahrensausgang ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen und wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert ist auch für das Berufungsverfahren auf Fr. 80'000.– festzulegen (vgl. dazu Urk. 35 S. 3 E. 1.2 i.V.m. Urk. 11). Dem Beklagten ist mangels erheblicher Umtriebe für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Aberkennungsklage wird abgewiesen.

Die mit Urteil der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 9. August 2018 (Geschäfts-Nr. EB180131-G) erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 3. Januar 2018, für  
CHF 500'000.–        nebst Zins zu 7% seit 2. Juli 2015;  
CHF 600'000.–        nebst Zins zu 9% seit 24. Februar 2017;  
CHF 85'283.33  
samt den Betreuungskosten

sowie die Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 und Ziff. 5 des Urteils vom 9. August 2018 (Geschäfts-Nr. EB180131-G), sind damit definitiv.

2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 7'950.– festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'950.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihren Kostenvorschüssen verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 12'450.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
6. Dem Beklagten wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 35, und im Dispositiv-Auszug Ziffer 1 an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 80'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, Datum

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur.MLaw

lic. iur.MLaw

versandt am: