

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE110001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 12. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____

Beklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Hinwil vom 21. September 2010; Proz. FO090053

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 20'000.00 nebst Zins zu 5% seit 1. März 2008 zu bezahlen.

2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Y. _____ sei zu beseitigen (Zahlungsbefehl vom 4. April 2008).

3. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (nebst Mehrwertsteuer von 7.6 %) sowie die Kosten des Zahlungsbefehls (Fr. 100.00) und der Kosten des Verfahrens vor dem Friedensrichteramt C. _____ (Fr. 525.00) zu Lasten der Beklagten."
(act. 46 S. 2)

**Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren
des Bezirks Hinwil vom 21. September 2010:**

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'150.-- angesetzt.

3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt, infolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Staatskasse genommen. Das Rückforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (§ 92 ZPO).

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 200.-- zu bezahlen.

- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel
(act. 46 S. 9 f.)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Appellantin (act. 55 S. 2):

"Das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Hinwil vom 21. September 2010 (FO090053) sei aufzuheben und die Klage gutzuheissen, die Beklagte sei mithin zu verpflichten, ihr Fr. 20'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. März 2008 zu bezahlen und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Y. _____ zu beseitigen (Zahlungsbefehl vom 4.4.2008).

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

der Beklagten und Appellatin (act. 58 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer (8,0%) zu Lasten der Klägerin und Appellantin."

Erwägungen:

I. Gegenstand des Verfahrens und Prozessgeschichte

1. Mit der am 1. Juli 2009 bei der Vorinstanz erhobenen Klage fordert die Klägerin ein Darlehen von insgesamt Fr. 20'000.-- zurück, welches sie der Beklagten im Zeitraum zwischen dem 16. Oktober 2002 und 2. September 2003 in verschiedenen Teilbeträgen gewährt haben will. Das Darlehen sei am 21. Januar 2006 gekündigt und die Rückzahlung – nachdem keine Zahlung erfolgt sei – am 30. Januar 2008 nochmals verlangt worden (act. 1 und 2). Die Beklagte bestreitet eine Rückzahlungsverpflichtung. Nach Durchführung des Haupt- und Beweisverfahrens wies der vorinstanzliche Einzelrichter mit Urteil vom 21. September 2010 die Klage ab (act. 46). Das erstinstanzliche Urteil wurde den Parteien am 8. bzw. 9. Dezember 2010 zugestellt (act. 41), die Klägerin erhob dagegen am 17. Dezember 2010 rechtzeitig Berufung (act. 42 = act. 47).

2. Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Nach deren Übergangsbestimmungen gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten des Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Die Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides erfolgte noch unter der Geltung des bisherigen kantonalen Verfahrensrecht. Dieses ist daher auch für das Rechtsmittelverfahren anwendbar. Entsprechend wurde das Berufungsverfahren

nach den §§ 259 ff. ZPO/ZH schriftlich (§ 268 Abs. 1, 2. Satz ZPO/ZH) durchgeführt. Die Rechtsschriften des Berufungsverfahrens datieren vom 9. März 2011 (act. 55), 5. April 2011 (act. 58), 2. und 19. Mai 2011 (act. 61 und 64). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Die der Klägerin vor Vorinstanz gewährte umfassende unentgeltliche Rechtspflege (act. 18) gilt auch im Rechtsmittelverfahren weiter.

II. Materielles

1. Die Klägerin rügt im Berufungsverfahren im Wesentlichen die vorinstanzliche Beweiswürdigung. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe die Äusserungen der Parteien und die abgenommenen Beweise einseitig zu Gunsten der Beklagten und willkürlich gewürdigt und der Entscheid sei stellenweise auch aktenwidrig (act. 55). Demgegenüber erachtet die Beklagte die vorinstanzliche Beweiswürdigung als sorgfältig und im Rahmen des Ermessens richtig erfolgt (act. 58). Es ist nachstehend soweit für die Urteilsfindung erforderlich im Einzelnen auf die Parteivorbringen einzugehen.

2. Auch im Berufungsverfahren ist nicht streitig, dass die Beklagte von der Klägerin Geld in der Höhe von insgesamt Fr. 20'000.-- in verschiedenen Teilbeträgen erhalten und dieses nicht zurück bezahlt hat (act. 2 S. 2, act. 15 S. 1, act. 16/1, Prot. VI S. 6 ff., act. 55 S. 2 und act. 58 S. 2).

3. Gegenstand des vorinstanzlichen Beweisverfahrens war einerseits der Bestand des Darlehens von Fr. 20'000 durch Übergabe der Teilbeträge im Zeitraum 16. Oktober 2002 bis 2. September 2003, alsdann die Vereinbarung einer Rückzahlungsverpflichtung, die Behauptung, dass die Beklagte selbst von einer Rückzahlungspflicht ausgegangen sei und schliesslich, dass die Klägerin das Darlehen mit Schreiben vom 21. Januar 2006 gekündigt habe (act. 19 S. 2 = Prot. VI S. 12). Dazu hat die Vorinstanz die von den Parteien angebotenen Beweismittel (Urkunden, Parteibefragung und Zeugenbefragungen) abgenommen (act. 33, Prot. VI S. 18 ff.; act. 38 und 39).

4. Die Klägerin rügt vorab, dass der Bestand des Darlehens als Rechtsfrage nicht Gegenstand des Beweisverfahrens sein könne (act. 55 S. 2). Der Klägerin wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass sie der Beklagten ein zinsloses Darlehen von Fr. 20'000.-- gewährt habe, welches im Zeitraum zwischen 16. Oktober 2002 und 2. September 2003 in Teilbeträgen an die Beklagte ausbezahlt wurde (Prot. VI S. 12 Beweissatz 1 a)). Dass die Klägerin der Beklagten insgesamt Fr. 20'000.-- in Teilbeträgen übergeben hatte, war bereits vor Vorinstanz unstrittig und hätte deshalb nicht zum Beweisgegenstand gemacht werden dürfen (§ 133 ZPO/ZH), nachdem die Beklagte in der Klageantwort auf die Frage, ob sie von der Klägerin insgesamt den Betrag von Fr. 20'000.-- erhalten habe, antwortete: "Ja, das ist belegt, aber ich habe keine Pflicht zur Rückzahlung. Es war für mich immer klar, dass kein Darlehensvertrag vorliegt" (Prot. VI S. 8). Beweisthema war nach dem erwähnten Beweissatz implizit aber auch, dass die Klägerin die Beträge als Darlehen, d.h. mit dem entsprechenden Vertragswillen übergeben hatte.

Nicht ersichtlich erscheint des weiteren, dass die Kündigung des Darlehens zum Beweis erhoben wurde, nachdem die Beklagte in der mündlichen Klageantwort auf Befragen ausdrücklich erklärt hatte, die beiden "Mahnungen" (act. 16/3a und b) erhalten zu haben. In diesen Schreiben wird ausdrücklich und klar die Rückforderung der Beträge gefordert, was vorbehältlich anderweitiger vertraglicher Abmachungen die sechswöchige Rückzahlungsfrist gemäss Art. 318 OR auslöste. Hat die Beklagte die Rückzahlungsaufforderungen aber unbestrittenermassen erhalten, dann ist auch eine Beendigung des Darlehens nicht streitig, weshalb auch hierüber kein Beweisverfahren hätte ergehen müssen (§ 133 ZPO/ZH).

5. Der zentrale Streitpunkt liegt im vorliegenden Verfahren in der Frage, ob die Parteien eine Rückzahlungsverpflichtung vereinbart haben bzw. ob auch die Beklagte von einer solchen ausgegangen ist.

5.1. Die Rückerstattungspflicht des Borgers ist eines der Wesensmerkmale des Darlehens im Sinne von Art. 312 OR. Die vertragstypische Leistung erbringt der Darleiher; sie besteht in der Überlassung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu Eigentum auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Der Borger verpflichtet sich zur Rückerstattung gleichartiger Sachen bzw. Werte (ZK - Peter Higi, Vor-

bem. zu Art. 312 - 318 OR N 3 und 4). Rückerstattung und Überlassung stehen in einem Austauschverhältnis, wenn das Darlehen entgeltlich ist (BGE 128 III 428). Das unentgeltliche Darlehen, bei welchem der Borger für die Überlassung weder einen Zins noch sonst eine Vergütung verlangt, stellt einen unvollkommenen zweiseitigen Vertrag dar und wird nach der h.L. als ein Vertrag mit Gefälligkeitscharakter qualifiziert (Higi, a.a.O., N 3 ff. und N 32 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 312 - 318 OR mit weiteren Hinweisen. In der Lehre auch vertreten wird die Auffassung, dass es sich beim unentgeltlichen Darlehen um eine privatrechtliche Gefälligkeit und nicht um einen Vertrag handle, für Geldübergaben geht auch diese Auffassung davon aus, dass diese regelmässig *nicht* gefällig gegeben würden; Higi, a.a.O., N 35 mit Hinweis auf : Hürlimann-Kaup, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Fribourg 1999, S. 81).

Ob eine Pflicht zur Rückerstattung besteht oder nicht, wird vom übereinstimmenden Willen der Parteien beim Vertragsschluss bestimmt. Die Rückerstattungsvereinbarung ist wie der Darlehensvertrag selbst, keinen Formvorschriften unterworfen. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend zustande kommen und setzt die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien voraus (Art. 1 OR). Der Konsens wird dann "...durch tatsächlich übereinstimmend verstandene oder nach dem Vertrauensprinzip übereinstimmend zu verstehende Willenserklärungen bewirkt" (BGE 129 III 320, 329). Durch Auslegung ist zu ermitteln, ob zwischen den Parteien Übereinstimmung im Verständnis ihrer wechselseitigen Erklärungen bestand (tatsächlicher Konsens). Ist dies nicht der Fall, ist darauf abzustellen, wie der Empfänger die Erklärung vernünftiger- und redlicherweise verstehen durfte. Der Empfänger soll dabei nicht nur in seinem Verständnis der Erklärung geschützt werden, sondern auch dann, wenn er ein nicht so gemeintes Verhalten der andern Partei als rechtsgeschäftliche Erklärung verstehen durfte, z.B. beim Fehlen eines Bindungswillens (KUKO OR - Wiegand, Art. 1 N 9 und N 16 ff.).

Das Bundesgericht stellt auf den "Bindungswillen" ab, um die Gefälligkeit von der vertraglichen Verpflichtung abzugrenzen (BGE 116 II 696; 129 III 181 f.). Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich gemäss BGE 116 II 695 nach den

Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden Interessenlage der Parteien.

5.2. Wer auf Rückgabe von Sachen klagt, die Gegenstand eines Darlehens (oder eines Kaufs oder einer Schenkung) sein können und zu Eigentum gegeben worden sind, kann sich nicht damit begnügen, bloss die Übergabe der Sachen zu beweisen, sondern hat vor allem den Beweis dafür zu erbringen, dass eine Rückerstattung verabredet war. Denn die Rückerstattungspflicht ist für das Darlehen begriffsnotwendig (Higi, a.a.O., Vorbem. zu Art. 312 - 318 OR, N 48; Art. 312 OR N 127 ff.; BGE 83 II 210 E. 2 (= Pra 46 268 E.2)).

Die im Beweisverfahren zulässigerweise erhobenen Beweise sind nach pflichtgemäsem Ermessen frei zu würdigen. Der Beweis ist erbracht, wenn das Beweisverfahren nach den Erfahrungen des Lebens, wozu auch psychologische Erkenntnisse gehören, die richterliche Überzeugung begründet und jeden erheblichen Zweifel ausschliesst (§ 148 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen ZPO, 3. Aufl., 1997, N 3 zu § 148 ZPO/ZH). Nach dem massgeblichen kantonal zürcherischen Prozessrecht bildet die persönliche Befragung zugunsten der befragten Partei keinen Beweis (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH).

5.3. Die Vorinstanz auferlegte der Klägerin zu Recht den Hauptbeweis für den Nachweis einer Rückerstattungsverpflichtung. Bei ihrer Schlussfolgerung, eine Rückzahlungsvereinbarung mit der Beklagten sei nicht bewiesen, stützte sie sich primär auf die Aussagen der Klägerin in der persönlichen Befragung, wo diese ausgeführt hatte, dass sie mit der Beklagten nie eine Vereinbarung bezüglich der Rückzahlung getroffen habe (act. 46 S. 7 unter Hinweis auf Prot. VI S. 19 f.). Die Zeugenaussage der Zeugin D._____, einer Cousine der Klägerin, sie habe die Parteien über eine Rückzahlung des Geldes reden hören, erachtete die Vorinstanz angesichts der gegenteiligen Aussage der Klägerin selbst als unglaubhaft und mit Bezug auf die Zeugin E._____, die Friedensrichterin in der vorliegenden Streitsache, hielt die Vorinstanz fest, dass diese nur habe wiedergeben können, was ihr die – damals einzig anwesende Beklagte – im Rahmen der Schlichtungs-

verhandlung erzählt habe. Die Zeugenaussagen vermöchten keinen Beweis zu erbringen für das Zustandekommen eines Darlehensvertrages (act. 46 S. 7/8).

5.4. Die Klägerin erklärte in der persönlichen Befragung zur Frage der Rückzahlungsverpflichtung was folgt (Prot. VI S. 19 f.):

"Wurde bezüglich des Betrages von Fr. 20'000.-- nichts vereinbart?

Eigentlich nicht. Für mich war jedoch klar, dass die Beklagte mir den Betrag zurückerstatten muss. Sie kann das Geld aber zurückbezahlen wann sie will.

Warum wurde nichts schriftlich festgehalten?

Die Beklagte gehört nicht zu denjenigen Leuten, denen man nicht vertrauen kann. Sie ist vertrauenswürdig. Ich kenne sie seit über 20 Jahren. Ich würde jederzeit wieder gleich handeln, jedoch mit klaren Abmachungen privater Natur.

Sprachen Sie mit der Beklagten über die Rückzahlung?

Die Pflicht zur Rückzahlung ist für mich selbstverständlich. Ich bin nach wie vor sehr wütend, dass ich heute nicht in ihrer damaligen Wohnung lebe. Ich mietete eine andere Wohnung in F. _____, welche mich viel Geld kostete.

Machten Sie mit der Beklagten etwas betreffend die Rückzahlung ab?

Nein. Wenn sie sich einverstanden erklärt, das Geld zurückzubezahlen, bin ich bereit, zehn Jahre zu warten. Sie könnte zum Beispiel 50 Franken pro Monat zurückbezahlen.

War für Sie klar, dass die Beklagte von einer Rückzahlungspflicht wissen musste?

Das weiss jede Person, die Geld annimmt. Für mich ist das ganz klar.

Sprachen Sie mit der Beklagten über den Zeitpunkt der Rückzahlung?

Nein. Wir vereinbarten, dass ich in ihrer damaligen Wohnung leben würde. Ich leitete alles in die Wege. Dann verstand ich, dass sie die Absicht hatte, dort zusammen mit mir zu wohnen. Ich wollte jedoch alleine mit den Kindern in dieser Wohnung leben. Einmal war ihr Mann dabei. Sie hatte Dinge im Auge, die ich nicht mag."

Die Vorinstanz geht gestützt auf diese Aussagen zu Recht davon aus, dass die Klägerin selbst erklärt, es sei bei der Hingabe der Beträge zwischen den Parteien über eine Rückzahlungsverpflichtung nicht gesprochen worden. Fraglich bleibt, ob eine solche dennoch bestehen könnte, sei es durch eine stillschweigende Vereinbarung oder aber durch Willenserklärungen bzw. durch das Verhalten der Beklagten, die nach dem Vertrauensgrundsatz auf einen entsprechenden rechtliche verbindlichen Verpflichtungswillen der Beklagten mit hinreichender Sicherheit

schliessen liesse. Auch dies lässt sich selbst aus den Aussagen der Klägerin nicht ableiten. Sie spricht immer nur davon, dass *sie*, die Klägerin, immer von einer Rückerstattungspflicht ausgegangen sei, von der Beklagten konkret sagt sie das nicht. Sie selbst stellt sodann die Verbindung zwischen den Geldübergaben und der Wohnung der Beklagten her, was Fragen nach einer andern Art der Gegenleistung als durch Rückzahlung offen lässt.

5.5. Zum Nachweis des Verpflichtungswillens der Beklagten verweist die Klägerin im Berufungsverfahren wie bereits in ihrer Beweiseingabe vom 8. März 2010 (act. 23) auf eine Aussage der Beklagten in der Klageantwort sowie ein Schreiben der später als Zeugin einvernommenen Friedensrichterin (Prot. VI S. 7 und act. 24/13).

In der Klageantwort antwortete die Beklagte auf die Frage, ob es sich um ein Darlehen gehandelt habe (Prot. VI S. 7):

"Nein. Es ist auch bisher nie etwas zurückgefordert worden. Es gibt kein einziges Schriftstück, in dem von einem Darlehen die Rede ist. Alles beruht auf einer mündlichen Abmachung. Ich hatte der Klägerin gesagt. Ich sei im Moment finanziell sehr knapp, da ich der Familie meines Mannes aus G._____ einen grossen Geldbetrag geschickt und zu diesem Zweck einen Kredit aufgenommen hatte. Sie hat darauf gesagt, das sei kein Problem. Ich könne den Betrag zurückzahlen, wenn ich wieder flüssig und schuldenfrei sei. Das wollte ich auch tun:"

Auf die Frage, warum sie den Betrag habe zurückzahlen wollen antwortete sie alsdann:

"Weil sie mir ja auch Geld gegeben hatte. Sie hat aber gesagt, ich solle das doch lassen, sie kaufe ja auch meine Wohnung und ich solle es doch als eine Art Anzahlung behalten."

Es trifft zu, dass sich die Beklagte an der von der Klägerin zitierten Stelle dahingehend äussert, dass sie zurückzahlen wolle. Diesen Willen bestätigt die Beklagte auch in der Berufungsantwort, sie bestreitet aber eine rechtlich verbindliche Verpflichtung zur Rückzahlung (act. 58 S. 3). Diese lässt sich aus der Aussage der Beklagten in der Klageantwort denn auch nicht zwingend ableiten. Aus dem Gesamtzusammenhang ihrer Klageantwort und auch der persönlichen Befragung (Prot. VI S. 6 - 8 und S. 21 ff.) ergibt sich aber immerhin, dass auch sie nicht davon ausging, die Geldleistungen seien – trotz damaliger enger Freundschaft zwischen den Parteien – rein gefälligkeitshalber erfolgt.

Diese Freundschaft erscheint immerhin für die Hingabe der Beträge von Bedeutung gewesen zu sein: Es kann gestützt auf die übereinstimmenden Parteivorbringen in der persönlichen Befragung davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die Klägerin nicht um die Geldbeträge ersuchte, sondern die Klägerin diese von sich aus zur Verfügung stellte (Prot. VI S. 19 und S. 22). D._____, die Cousine der Klägerin, bestätigte als Zeugin, dass die Klägerin ihrer damaligen Freundin, der Beklagten aus ihrem Schlamassel habe helfen wollen (act. 38 S. 2). Beide Parteien stellten sodann den Grund für die Geldübergaben einerseits in Zusammenhang mit der finanziellen Notlage der Beklagten wegen eines Kredites, welchen diese für ihren damaligen Ehemann aufgenommen hatte, andererseits mit der Wohnung der Beklagten, an welcher die Klägerin für sich und ihre Kinder interessiert gewesen war (Prot. VI S. 18 und 19 und S. 22 und 23). Die Aussage der Beklagten (Prot. VI S. 6), es habe im Rahmen der damals engen Freundschaft zwischen den Parteien ein gegenseitiges Geben und Nehmen stattgefunden, erscheint nachvollziehbar und überzeugend. Dass sich die Beklagte für die Klägerin aufgrund des Vertrauensgrundsatzes erkennbar rechtlich verbindlich zur Rückzahlung der erhaltenen Geldbeträge verpflichtete, lässt sich aus den Aussagen der Parteien auch unter Einbezug der von der Klägerin zitierten Äusserung der Beklagten in der Klageantwort jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit ableiten.

5.6. Gemäss dem von der Friedensrichterin E._____ verfassten Schreiben (dessen Richtigkeit in der späteren Zeugenaussage bestätigt wurde, obwohl sich die Zeugin bei der Befragung aktiv nicht mehr daran zu erinnern vermochte (act. 39 S. 3 und 4; act. 24/13), hatte die Friedensrichterin gegenüber der Rechtsvertreterin der Klägerin am 29. Mai 2009 festgehalten, was ihr die Beklagte anlässlich der Sühnverhandlung vom 22. Mai 2009 gesagt hatte. Die Klägerin war zur Sühnverhandlung nicht erschienen. Die Beklagte soll gemäss diesem Schreiben erklärt haben, dass Fr. 6'000.-- der erhaltenen Beträge ein Geschenk gewesen seien, Fr. 2'000.-- sehe sie im Zusammenhang mit ihrer damaligen Wohnung in H._____, welche sie für die Klägerin geräumt und frei gelassen hatte. Von da an sei leider der Kontakt abgebrochen und sie, die Beklagte, habe die Wohnung nachher veräussern müssen. Fr. 4'000.-- seien Mitausfall der Wohnung in

H._____, weil die Wohnung leer geblieben sei. Die verbleibenden Fr. 6'000.-- sei die Beklagte bereit, zurückzuzahlen und sie erwarte einen Abzahlungsmodus (act. 24/13). In der Zeugenbefragung erklärte E._____ zunächst auf die Frage, ob die Parteien bezüglich Rückerstattung des Geldes etwas abgemacht hätten:

"Nein, das ist mir nicht in Erinnerung. Ich erinnere mich, dass die Beklagte mir in der Verhandlung geschildert hat, wie ich mir die Situation vorstellen müsse. Aus unserem Gespräch ging seitens der Beklagten ein Vorschlag hervor, was die Beklagte als Darlehen und was als Entschädigung für die Kinderbetreuung verstanden haben wollte."

Was die Parteien abgemacht hätten, wisse sie nicht. Im Gespräch sei ihr klar geworden, dass die Beklagte davon ausgegangen sei, sie müsse das Geld nicht zurückzahlen; sie habe sich insofern konkret geäußert, als sie davon ausgegangen sei, die Klägerin habe ihr das Geld als Gegenleistung für die Kinderbetreuung gegeben, respektive die Beklagte habe dies so verstanden (act. 39 S. 2 und 3). Auf Vorhalt ihres Schreibens vom 29. Mai 2009 erklärte die Zeugin dann auf die Frage:

"Bleiben Sie nach Durchsicht dieses Actorums bei Ihrer vorherigen Aussage, wonach die Beklagte davon ausgegangen sei, sie müsse das Geld nicht zurückzahlen?"

Nein. Jetzt kommt mir in den Sinn, dass die Beklagte sagte, sie habe einen Teil als Schenkung verstanden. Aufgrund des vierten Absatzes, wo ich von Restschuld spreche, gehe ich davon aus, dass ein Teil zurückbezahlt wurde. Dass noch eine Wohnung im Spiel war, war mir nicht mehr präsent. Jetzt wo ich es lese, kommt es mir wieder in den Sinn. Ich konnte mich nur noch daran erinnern, dass Kinderbetreuung ein Thema war."

Was konkret die Parteien bei Hingabe der Geldbeträge abmachten und wovon die Beklagte damals (für die Klägerin nach Vertrauensprinzip erkennbar) ausging, ergibt sich weder aus dem Schreiben noch aus der Zeugenaussage. Die von der Klägerin in der Berufungsbegründung geäußerte Auffassung, die widersprüchlichen Angaben der Beklagten sprächen dafür, dass diese erst im Zusammenhang mit dieser Klage bzw. der Kontaktverweigerung durch die Klägerin auf die Idee gekommen sei, die Rückzahlungsverpflichtung rundweg zu bestreiten (act. 55 S. 4), lässt sich nicht gänzlich ausschliessen, ändert aber nichts an der Beweislage für die fragliche Rückzahlungsverpflichtung im Zeitpunkt der Geldübergaben. Eine solche lässt sich auch mit den schriftlichen und mündlichen Äusserungen der Zeugin E._____ nicht erbringen.

Die Aufrechnungen der Beklagten mit Gegenleistungen verschiedener Art, welche sie gegenüber der Zeugin E. _____ anlässlich der Sühnverhandlung gemacht haben soll, zeigen zwar wiederum deutlich, dass auch die Beklagte nicht von einer gänzlichen Unentgeltlichkeit der Geldhingaben ausging, die Art der "Gegenleistungen" indes unbestimmt war. Von Gegenleistungen bzw. Verrechnung im Zusammenhang mit der Wohnung der Beklagten sprach vor Vorinstanz auch die Klägerin (Prot. VI S. 8 und S. 20). Dies lässt es als wahrscheinlich erscheinen, dass die Parteien damals verschiedene Arten von Abgeltungsmöglichkeiten für die Geldhingaben als möglich erachteten, was gegen eine auch nur konkludente Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten spricht. Aus den - wie auch die Klägerin geltend macht - erst in der juristischen Aufarbeitung eingebrachten, quantifizierten Verrechnungspositionen der Beklagten auf eine Anerkennung der Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten zu schliessen, wie dies die Klägerin im Berufungsverfahren tut (act. 55 S. 4), erscheint daher als nicht angängig.

5.7. D. _____, die Cousine der Klägerin, hat in der Befragung als Zeugin nicht sagen können, was die Parteien hinsichtlich der Rückerstattung des Geldes genau abgemacht hatten. Ihre Aussage, dass die Beklagte das Geld einmal zurückgeben sollte, sei immer klar gewesen zwischen den Beiden (act. 38 S. 2) sagt über eine entsprechende rechtlich verbindliche Verpflichtung der Beklagten ebenso wenig aus wie die Aussage, dass sie, die Zeugin gehört habe, dass sich die Beklagte dahingehend geäußert habe, dass sie das Geld zurückgeben würde (a.a.O.). Der Umstand, dass sie im Weiteren wie gesehen ausführte, dass die Klägerin der Beklagten damals aus ihrem finanziellen Schlamassel habe helfen wollen, wobei sie, die Zeugin, bereits damals gefunden habe, dass es ein Blödsinn sei, ihr zu helfen (a.a.O.), spricht ebenso nicht für eine Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten.

5.8. Insgesamt erweist sich nach dem Gesagten die vorinstanzliche Würdigung, dass die von der Klägerin nachzuweisende Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten und damit das Zustandekommen eines Darlehensvertrages nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist, als zutreffend.

Die Vorinstanz hat sodann zutreffend dargetan, dass auch ein anderer Rechtsgrund für die klägerische Forderung weder dargetan noch ersichtlich ist. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (act. 46 S. 8; § 161 GVG). Die Klägerin liess dem im Berufungsverfahren nichts entgegenhalten.

Dies führt auch zweitinstanzlich zur Abweisung der Klage.

III. Kosten und Entschädigung

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen und die Klägerin wird auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln (§ 9 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 der Gerichtsgebührenverordnung vom 31. März 2006). Infolge der gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind die Kosten indes einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entbindet die Klägerin indes nicht von der Zahlung einer Prozessentschädigung an die im Berufungsverfahren nunmehr anwaltlich vertretene Beklagte. Diese ist unter Berücksichtigung des Aufwandes und der Schwierigkeit des Falls auf zwei Drittel der ordentlichen Gebühr zu reduzieren und auf Fr. 2'600.-- festzusetzen (§§ 3 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 der Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006).

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv Ziff. 2 - 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt, infolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Das Rückforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (§ 92 ZPO/ZH).
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'600.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

versandt am: