

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP240037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Toscanelli

Urteil vom 22. Januar 2025

in Sachen

A._____

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____

gegen

B._____

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 19. September 2024; Proz. FV220011

Rechtsbegehren:

(act. 7/2 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 30'000.00 zzgl. Zins von 5% seit dem 13.12.2021 zu bezahlen. Das Nachklagerecht nach Art. 86 ZPO wird ausdrücklich vorbehalten.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Dietikon, sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 30'000.– nebst Zins zu 5 % seit 14. Dezember 2021 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 13. Dezember 2021) wird im Umfang von Fr. 30'000.– nebst Zins zu 5 % seit 14. Dezember 2021 beseitigt.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'550.00 die weiteren Gerichtskosten betragen
Fr. 352.50 Dolmetscherkosten
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und mit den Kostenvorschüssen beider Parteien verrechnet. Der Fehlbetrag wird vom Beklagten nachgefordert.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 5'405.– (inkl. Mehrwertsteuer) zuzüglich der Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von Fr. 680.– zu bezahlen. Zudem hat er dem Kläger seinen Kostenvorschuss von Fr. 3'950.– zu ersetzen.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittel/Berufung).

Berufungsanträge:

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

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon (Geschäfts-Nr. FV220011-M / U) vollumfänglich aufzuheben und es sei die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten abzuweisen sowie der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 13. Dezember 2021) aufrechtzuerhalten.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon (Geschäfts-Nr. FV220011-M / U) vollumfänglich aufzuheben und es sei die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten abzuweisen sowie der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 13. Dezember 2021) aufrechtzuerhalten und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das vorliegende und das vorinstanzliche Verfahren (zzgl. MwSt) zulasten des Klägers bzw. Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 13 S. 2):

1. Es sei die Berufung (sofern darauf einzutreten ist) vollumfänglich abzuweisen und die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 19.09.2024 zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers, eventualiter der Staatskasse.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind Brüder. Sie waren Miteigentümer eines Grundstückes in C._____ im Kanton Aargau. Im September 2020 verkauften sie die Liegenschaft. Der Verkaufspreis von CHF 1'125'000.– wurde dem Berufungskläger und Beklagten (nachfolgend Beklagter) überwiesen. In der Folge entstand unter den Parteien Streit über die Aufteilung des Nettoverkaufserlöses und darüber, ob der Beklagte dem Berufungsbeklagten und Kläger (nachfolgend Kläger) Mitte September 2021 CHF 180'000.– in Anrechnung an dessen Anteil am Verkaufserlös bar übergab.

2. Am 26. April 2022 reichte der Kläger beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon eine Teilklage ein, mit welcher er vom Beklagten CHF 30'000.– als Teil seines behaupteten Gesamtanspruchs am Nettoerlös von CHF 303'562.– forderte (act. 7/2). Nach Eingang des Kostenvorschusses (act. 7/7) und der schriftlichen Stellungnahme des Beklagten (act. 7/8) sowie nach zweimaliger Verschiebung der Hauptverhandlung (act. 7/11, 7/13, 7/14, 7/17, 7/20 und 7/21) ordnete die Vorinstanz nach mündlicher Absprache mit beiden Parteien (act. 7/22) für Replik und Duplik einen zweiten Schriftenwechsel an (act. 7/23). Die Replik ging am 15. Dezember 2022 (act. 7/25) und die Duplik am 23. März 2023 bei der Vorinstanz ein (act. 7/32). Am 2. Mai 2023 fand eine Instruktionsverhandlung statt, an der die Parteien zu Noven Stellung nehmen konnten und erfolglos Vergleichsgespräche führten (Prot.Vi S. 8 ff.). Am 10. August 2023 erliess die Vorinstanz die Beweisverfügung (act. 7/41). An der Beweisverhandlung vom 14. November 2023 wurden D. _____ (Treuhandler) und E. _____ (Ehefrau des Beklagten) als Zeugen einvernommen (Prot.Vi S. 18 ff., act. 7/51 f.) und die Parteien befragt (act. 7/54 f.). Die Zeugin reichte an der Einvernahme eine Kopie der Bestätigung der Raiffeisenbank vom 2. September 2021 über die Auszahlung von CHF 180'000.– an den Beklagten mit der Unterschrift beider Parteien zu den Akten (act. 7/53/1). Am 12. Januar 2024 erfolgte eine zweite Beweisverhandlung mit Befragung eines weiteren Zeugen (Prot.Vi S. 23 f.; act. 7/67). Die schriftlichen Schlussvorträge wurden am 5. Februar 2024 und 18. März 2024 erstattet (act. 7/71 und 7/74). Am 19. September 2024 fällte die Vorinstanz ihr Urteil, worin sie den Beklagten verpflichtete, dem Kläger CHF 30'000.– nebst Zins zu 5 % seit 14. Dezember 2021 zu bezahlen (vgl. im Einzelnen vorstehendes Urteilsdispositiv; act. 7/79 = act. 3/1 = act. 6 [Aktenexemplar]). Für weitere Einzelheiten des vorinstanzlichen Verfahrens wird auf die Erwägungen zur Prozessgeschichte im angefochtenen Urteil (act. 6 E. I/B) sowie die Akten der Vorinstanz (act. 7/1-80) verwiesen.

3. Am 30. Oktober 2024 erhob der Beklagte Berufung und beantragte zusammengefasst, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen (act. 2; vgl. im Einzelnen vorstehende Berufungsanträge). Nach Eingang der Berufung zog die Kammer die Akten der Vorinstanz bei (act. 7/1-80). Mit Präsidial-

verfügung vom 6. November 2024 wurde dem Beklagten Frist zur Leistung eines Vorschusses angesetzt und es wurde die weitere Prozessleitung an die Referentin delegiert (act 8). Der Vorschuss wurde am 15. November 2024 bezahlt (act. 10). Daraufhin setzte die Referentin Frist für Berufungsantwort an, die der Kläger am 17. Dezember 2024 einreichte (act. 11 und 13). Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten zur freigestellten Stellungnahme innert zehn Tagen zugesandt (act. 15), wovon dieser am 16. Januar 2025 Gebrauch machte (act. 17). Weiterungen drängen sich nicht auf; die Sache ist spruchreif.

II.

1. Gegen den angefochtenen Endentscheid ist die Berufung innert 30 Tagen zulässig (Art. 308 Abs. 1 Bst. a ZPO). Der Beklagte reichte die mit Anträgen sowie einer Begründung versehene Berufungsschrift form- und fristgerecht ein (act. 2 und 7/80/2, Art. 311 ZPO). Der berufsbezogene Streitwert von CHF 30'000.– übersteigt die erforderliche Streitwertgrenze gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO von CHF 10'000.–. Der Beklagte ist als vor Vorinstanz unterlegene Partei zur Berufung legitimiert; auch erstattete er den Kostenvorschuss rechtzeitig. Dem Eintreten auf die Berufung steht insoweit nichts entgegen.

2.

2.1. Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt ebenso die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 311 N 15; ZK ZPO-REETZ, 4. Aufl. 2025, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

2.2. Die Berufungsinstanz prüft sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt (BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Eine zutreffende rechtliche Subsumtion ist von der Berufung erhebenden Partei nicht verlangt. Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese von sich aus alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr darf sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3).

2.3. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen. Grundsätzlich sind alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen und der Prozess ist vor dem erstinstanzlichen Gericht abschliessend zu führen. Das Berufungsverfahren dient insbesondere nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids (BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

3. Vor Vorinstanz hatte der Beklagte behauptet, nach Zahlung einer ersten Tranche von CHF 46'000.– dem Kläger im September 2021 in Anrechnung an dessen Anteil weitere CHF 180'000.– bar übergeben und damit dessen Anspruch am Verkaufserlös vollständig getilgt zu haben. Die Übergabe habe im Büro seines Geschäfts in Anwesenheit seiner Ehefrau stattgefunden (act. 7/8 und 7/32). Der Kläger hatte dagegen seinen Anteil am Verkaufserlös auf CHF 303'562.– beziffert und bestritten, neben den bereits überwiesenen CHF 46'000.– vom Beklagten CHF 180'000.– bar erhalten zu haben (act. 7/2 und 7/25).

4.

4.1. Die Vorinstanz sah es nach Würdigung der Beweise als erwiesen an, dass dem Kläger nach Abzug der Hypotheken, der Kosten und Steuern aus dem Verkauf sowie der unbestrittenen Zahlung von CHF 46'000.– ein Anspruch von CHF 193'432.– am Nettoerlös verblieb (act. 6 E. III/B und C). Hinsichtlich der Bargeldübergabe von CHF 180'000.– würdigte sie insbesondere die Aussagen der Parteien sowie der Zeugin E._____ und die von ihr eingereichte Auszahlungsbestätigung der Raiffeisenbank mit der Unterschrift des Klägers. Die Vorinstanz kam zur Auffassung, dass die Aussagen der Zeugin und des Beklagten sowie der nachgereichte Bankbeleg nicht überzeugten und es dem Beklagten damit nicht gelinge, die Übergabe von CHF 180'000.– an den Kläger zu beweisen (act. 6 E. III/D). Im Mittelpunkt der Beweismwürdigung standen die nachfolgenden von der Vorinstanz zusammengefassten Aussagen der Zeugin E._____:

Sie (die Zeugin) sei am Tag der Übergabe mit dem Beklagten am Arbeiten gewesen, als der Kläger während der Mittagszeit vorbeigekommen sei. Der Beklagte habe sie gebeten, das Büro zu verlassen. Sie habe sich jedoch versteckt und habe hören wollen, was die beiden besprechen, wobei keiner der beiden sie gesehen habe. Der Beklagte sei aufgestanden, denn er habe dort Geld versteckt gehabt. Davon habe sie nichts gewusst. Eine solche Menge Geld habe sie nur in Filmen gesehen und sonst noch nie. Der Beklagte habe dem Kläger das Geld gegeben, wobei sie das Geld zusammen gezählt hätten. Es seien fünf Bündel mit Geld gewesen. Der Kläger habe das Geld genommen und habe das Büro verlassen. Der Beklagte sei in den Keller gegangen, weil er einen Termin gehabt habe. Der Kläger habe draussen angehalten, habe die Tasche geöffnet und habe dort etwas gemacht. Er habe dann einen Zettel genommen, sei kurz zum Drucker gegangen und habe dort etwas gemacht. Sie habe nicht reagiert, da sie total geschockt gewesen sei. Der Kläger sei dann wieder nach draussen und sie zum Drucker gegangen. Der Drucker sei am Arbeiten gewesen und am Schluss sei ein Papier rausgekommen. Sie habe diesen Zettel genommen, wobei sie in diesem Moment sehr wütend gewesen sei, da sie von diesem Geld nichts gewusst habe. Sie habe das Papier aus dem Drucker genommen, zusammengelegt und mitgenommen. Sie habe sich jedoch nicht getraut, es dem Beklagten zu geben. Sie sei aufgebracht gewesen und habe Angst gehabt. Danach sei sie mit dem Beklagten zum Mittagessen gegangen und der Beklagte sei nach dem Essen zu seinem Termin gegangen. Als der Beklagte gegangen sei, habe sie das Papier in den Keller gelegt und vergessen. Nach seiner Rückkehr habe sie mit ihm gestritten, weil er dieses Geld vor ihr versteckt und ihr nichts davon erzählt habe. Zwei Tage vor der Zeugeneinvernahme habe sie nun den Zettel aus dem Drucker dem Beklagten gezeigt. Der Beklagte sei verärgert gewesen, dass sie ihm diesen Zettel nicht schon früher gezeigt habe, aber sie habe vergessen gehabt, dass sie diesen überhaupt noch habe. Vor zwei Tagen habe sie den Keller geputzt,

weil dort alles feucht gewesen sei. Dabei habe sie das Papier wieder gefunden und dem Beklagten gegeben (act. 6 S. 21 f. mit Verweis auf act. 7/52 S. 3 f.).

4.2. Keine Partei macht im Berufungsverfahren geltend, die Vorinstanz habe die Aussagen der Zeugin falsch wiedergegeben oder sich auf unrichtige Äusserungen gestützt. Die Vorinstanz führte dazu aus, die Aussagen der Zeugin seien nicht spontan erfolgt, habe sie doch speziell vorgefertigte Dokumente zur Einvernahme mitgebracht. Ihre Aussagen seien zudem in verschiedenen Punkten unglaubhaft oder gar lebensfremd. So sei unglaubhaft, dass sie das dem Kopierer entnommene Dokument trotz Interesse und Erstaunen über die Geldübergabe nicht durchgelesen, die Kopie aus Wut und Angst vor dem Beklagten verheimlicht und in den Keller geworfen und trotz Wissen um das laufende Gerichtsverfahren dort vergessen habe. Es falle ausserdem auf, dass der Beklagte seine Ehefrau erst in der Duplik als Zeugin genannt und bloss ausgeführt habe, sie habe die Unterhaltung der Geldübergabe mitgehört, obwohl er sich schon in seiner Stellungnahme vom 27. Mai 2022 seiner Beweislast bezüglich der Bargeldübergabe bewusst gewesen sei und damals den gleichen, allerdings vom Kläger nicht unterzeichneten Bankauszug als Beleg für die Geldübergabe eingereicht habe. Auch wirke der zeitliche Zufall, wonach das relevante Beweisstück unvermittelt zwei Tage vor der Zeugeneinvernahme wieder aufgetaucht sei, unrealistisch. Zudem fehlten konkrete Begleitumstände, welche die Geldübergabe indizierten. In diesem Zusammenhang sei insbesondere unglaubhaft, dass sich der Beklagte nicht mehr an das genaue Datum der Geldübergabe erinnern könne, sei doch die Klage schon wenige Monate danach erhoben worden (act. 6 S. 23 ff.).

5.

5.1. Der Beklagte rügt berufsungsweise, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt und die Beweise unrichtig gewürdigt. Sie hätte zum Schluss kommen müssen, dass die Bargeldübergabe erwiesen sei (act. 2 Rz 5 ff.). Die Zeugin E. _____ und er hätten übereinstimmend erklärt, die Übergabe von fünf Bündeln Geldscheinen habe Mitte September 2021 über die Mittagszeit im Büro stattgefunden. Die Vorinstanz habe Details der Aussagen der Zeugin ausser Acht gelassen und falsche Schlussfolgerungen gezogen. Das geschilderte Verhalten der Zeugin

sei aufgrund der konkreten Umstände nicht lebensfremd, sondern vielmehr nachvollziehbar. Sie habe anschaulich ihre Gefühle der Angst und Wut geschildert, als sie die Übergabe des ungewöhnlich hohen Geldbetrags heimlich beobachtet habe. Ihre Reaktion, die vom Kläger liegen gelassene Kopie des unterzeichneten Bankauszugs in den Keller zu bringen und, nachdem sie vom Beklagten über den Grund der Geldübergabe aufgeklärt worden sei, dort vergessen zu haben, mache aus Sicht der Zeugin durchaus Sinn. Die Vorinstanz habe zudem nicht gewürdigt, dass seine Aussagen mit denjenigen der Zeugin in den wesentlichen Zügen, nicht aber in den Details übereinstimmten und daher nicht abgesprochen sein könnten. Auch habe die Vorinstanz zu Unrecht angenommen, der Kläger habe die Echtheit des Bankauszugs genügend bestritten. Dieser habe gegenteils eingestanden, die Unterschrift auf dem Bankbeleg stamme von ihm. Die Vorinstanz werfe ihm (dem Beklagten) denn auch nicht vor, das von der Zeugin eingereichte Dokument mit der Unterschrift des Klägers gefälscht zu haben (act. 2 Rz 6 ff.). Ausserdem habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen, dass seine Aussagen zur Aufteilung des Kaufpreises mit denjenigen des Zeugen D. _____ übereinstimmten und es der Kläger gewesen sei, der eine Barauszahlung gewünscht habe, weil er sich in Scheidung befunden habe und die Geldübergabe habe verschleiern wollen (act. 2 Rz 25 ff.). Auch habe die Vorinstanz die Widersprüche zwischen den Aussagen des Klägers und denjenigen des Zeugen D. _____ nicht beachtet. Der Zeuge D. _____ habe bestätigt, dass der Kläger eine Barzahlung gewünscht habe, um im Scheidungsverfahren ein geringeres Vermögen ausweisen zu können (act. 2 Rz 37 ff.). Schliesslich habe die Vorinstanz verkannt, dass es nicht überzeuge, wenn der Kläger die Zahlung erst im Dezember 2021 verlangt haben wolle, obwohl dem Beklagten das Geld bereits am 2. September 2021 von der Bank überwiesen worden sei (act. 2 Rz 43 ff.).

In der Stellungnahme vom 16. Januar 2025 blieb der Beklagte, soweit beachtlich, bei diesen Ausführungen (act. 17).

5.2. Der Kläger schliesst sich in der Berufungsantwort der Beweiswürdigung der Vorinstanz an und stimmt der Schlussfolgerung zu, der Beklagte habe die Übergabe von CHF 180'000.– nicht beweisen können. Er bleibt dabei, den Bankbeleg

nicht unterzeichnet zu haben. Er wies darauf hin, dass der Beklagte in seinen Rechtsschriften stets behauptet habe, die Ehefrau sei bei der Geldübergabe nicht anwesend gewesen. Die Zeugin habe eine davon abweichende Version sowie unvermittelt eine Kopie des vom Kläger (angeblich) unterzeichneten Bankbelegs präsentiert, obgleich beide Parteien in den Rechtsschriften bestätigt hätten, der Kläger habe den Bankbeleg nicht unterzeichnet. Die Schilderungen der Zeugin seien höchst unglaubhaft. Die späte Edition des Belegs lasse sich dadurch erklären, dass dem Beklagten im Verlaufe des Prozesses bewusst geworden sei, dass er über keine Beweise für die Geldübergabe verfüge. Dass die Zeugin vorgefertigte Dokumente (Fotos und Plan des Büros mit Markierung der vermeintlichen Standorte der Parteien und der Zeugin) zur Einvernahme mitgebracht habe, spreche für eine konstruierte Geschichte. Beim neu eingereichten Bankbeleg handle es sich zudem um ein unzulässiges Novum (act. 13 Rz 21). Auch bringe der Beklagte im Berufungsverfahren diverse Behauptungen erstmals vor (u.a. act. 13 Rz 27, 30, 43). Er (der Kläger) habe den Auszahlungsbeleg der Raiffeisenbank zum ersten Mal beim Friedensrichter gesehen, damals allerdings ohne seine Unterschrift. Er habe keine Barzahlung gewünscht und keine Vermögenswerte verschleiern wollen. Der Beklagte habe das von der Raiffeisenbank bezogene Geld anderweitig, mutmasslich im Zusammenhang mit dem Grundstück an der F.____-Strasse ... in G.____ verwendet (act. 13 Rz 4 ff.).

5.3. Auf weitere Einwände und Ausführungen der Parteien ist, sofern notwendig, im Nachfolgenden einzugehen.

6.

6.1. Aufgrund der vorgetragenen Rügen sowie in Anbetracht der erhobenen Teilklage bildet die Höhe des dem Kläger aus dem Verkauf der Liegenschaft in C.____ gesamthaft zustehenden Nettoerlöses im Berufungsverfahren nicht Prozessgegenstand (vgl. auch act. 6 E. II./A.1. und 2). Zu prüfen ist hingegen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dem Beklagten sei der Beweis missglückt, im Büro seiner Gesellschaft H.____ GmbH dem Kläger Mitte September 2021 bar CHF 180'000.– übergeben zu haben.

6.2. Die Parteien haben vor Vorinstanz übereinstimmend ausgeführt, sie hätten die Liegenschaft mit zwei Haushälften in C._____ für CHF 1'125'000.– verkauft. Der Beklagte anerkannte vor Vorinstanz ausserdem, dass ihm der gesamte Nettoerlös ausbezahlt wurde und dem Kläger ein Anteil von CHF 226'000.– zusteht. Die Parteien hätten vereinbart, dass er dem Kläger nach dem Verkauf sogleich CHF 46'000.– überweise und zu einem späteren Zeitpunkt CHF 180'000.– bar übergebe (act. 6 S. 11 mit Verweis auf 7/32 Rz 18). Angesichts des insoweit anerkannten Sachverhalts wies die Vorinstanz zu Recht die Beweislast für die Bargeldübergabe von CHF 180'000.– als rechtsaufhebende Tatsache gestützt auf Art. 8 ZGB dem Beklagten zu (act. 6 S. 20; BGE 128 III 271 E. 2aa).

6.3. Das Gericht bildet seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Frei ist die Beweiswürdigung, wenn das Gericht die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel und die Gewichtung ihres gegenseitigen Verhältnisses nach seiner eigenen, frei gebildeten Überzeugung vornehmen darf und muss. Demnach hat das Gericht die Beweise ohne Bindung an förmliche Beweisregeln zu würdigen. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung würde etwa verletzt, wenn bestimmten Beweismitteln im Voraus in allgemeiner Weise die Beweiseignung abgesprochen würde oder wenn das Gericht bei der Würdigung der Beweise im Ergebnis nicht seiner eigenen Überzeugung folgte (BGE 143 III 297 E. 9.3.2, BGE 137 II 266 E. 3.2; BGer 4A_189/2018 vom 6. August 2018 E. 3.2.2, BGer 5A_250/2012 vom 18. Mai 2012 E. 7.4.1; ZK ZPO-HASENBÖHLER/YAÑEZ, Art. 157 N 6). Freie Beweiswürdigung bedeutet indes nicht, dass das Gericht die Beweise nach Belieben gewichten darf, vielmehr ist es verpflichtet, die Bewertung gewissenhaft und so vorzunehmen, dass sie mit den Denk- und Naturgesetzen (Logik), den allgemein anerkannten Erfahrungssätzen und der Lebenserfahrung vereinbar ist (BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N 2; vgl. auch OFK ZPO-SCHMID, Art. 157 N 3)

Das vorliegend zu erbringende Regelbeweismass (der Vollbeweis oder der strikte Beweis) ist dann erbracht, wenn das Gericht nach objektiver Betrachtungsweise keine ernsthaften oder lediglich leichte Zweifel am Vorhandensein der behaupteten Tatsache hat (BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N 7 f.). Im Rahmen des Zivilprozesses lässt sich der Beweis allerdings nicht mit naturwissenschaftlicher Präzi-

sion erreichen. Absolute Gewissheit kann nicht verlangt werden (BGE 148 III 134 E. 3.4.1).

6.4. Als Hauptbeweismittel für die Bargeldübergabe offerierte der Beklagte in der Stellungnahme vom 27. Mai 2022 die (vom Kläger nicht unterzeichnete) Auszahlungsbestätigung der Raiffeisenbank vom 2. September 2021 (act. 7/8 S. 7 und act. 7/9/10) und in der Duplik seine Ehefrau E._____ als Zeugin sowie seine Beweisaussage (act. 7/32 Rz 20). An der Einvernahme reichte die Zeugin drei neue Belege zu den Akten, insbesondere die Kopie der Auszahlungsbestätigung der Raiffeisenbank über CHF 180'000.– mit der Unterschrift des Klägers (act. 7/53/1), welche der Beklagte zuvor noch ohne Unterschrift des Klägers eingereicht hatte.

6.5. Der Kläger wendet prozessual zunächst ein, beim Beleg act. 7/53/1 handle es sich um ein verspätet ediertes und daher unzulässiges Novum (u.a. act. 13 Rz 21).

Der Beleg stellt ein unechtes Novum dar, weil er gemäss Angaben der Zeugin bereits am Tag der Übergabe Mitte September 2021 entstand. Unechte Noven sind grundsätzlich nach einem zweiten Schriftenwechsel nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 2 Bst. b ZPO zulässig (statt vieler: BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 57). Selbst wenn man den erst an der Beweisverhandlung von der Zeugin eingereichten Beleg (act. 7/53/1) in Anbetracht der im vereinfachten Verfahren geltenden sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 247 ZPO) noch (wie die Vorinstanz) berücksichtigt, ändert dies nichts am Beweisergebnis der Vorinstanz, wie nachstehend erläutert wird.

6.6. Der Beklagte moniert, der Kläger habe nicht rechtsgenügend bestritten, den Auszahlungsbeleg der Raiffeisenbank vom 2. September 2021 unterzeichnet zu haben. Vielmehr habe er in der Parteibefragung eingestanden, die Unterschrift auf der Kopie stamme von ihm (act. 2 Rz 11 ff. und 23). Da die Unterzeichnung des Belegs durch den Kläger als Quittierung der Geldübergabe betrachtet werden könnte, kommt der Frage, ob die Echtheit des Belegs im Sinne von Art. 178 ZPO hinreichend bestritten wurde, entscheidendes Gewicht zu. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

In der Stellungnahme vom 27. Mai 2022 hatte der Beklagte selber noch behauptet, die Parteien würden sich als Brüder blind vertrauen, der Kläger habe deshalb gemäss ihrer Absprache vom 2. September 2020 den Betrag von CHF 180'000.– Mitte September 2021 einfach abholen können, ohne dies mit Unterschrift zu bestätigen (act. 7/8 S. 3). Das Fehlen der Unterschrift des Klägers bildete daher bis zur Einvernahme der Zeugin eine beidseits anerkannte Tatsache. Nach Edition des Bankbelegs durch die Zeugin führte der Kläger in der Parteibefragung auf die Frage des Richters, ob es sich um seine Unterschrift handle, aus, es sehe so aus, er habe das nie selbst gemacht. Auf die anschliessende Frage, ob es seine Schrift sei, erklärte er, es müsse eine Kopie sein. Auf den dritten Vorhalt des Bankbelegs und die Frage, ob er die Unterschrift erkenne, meinte der Kläger, die Unterschrift sei von ihm. Er habe das Dokument das erste Mal bei der Friedensrichterin gesehen, aber ohne seine Unterschrift. Er habe die Bankbestätigung erstmals in der Hand gehalten, als sie der Beklagte vor Gericht eingereicht habe (act. 7/55 S. 7). Im Gesamtkontext bestehen keine Zweifel, dass der Kläger damit zum Ausdruck bringen wollte, das Schriftbild stimme mit demjenigen seiner Unterschrift überein, er jedoch beim bisherigen Standpunkt blieb, das Dokument nie unterzeichnet zu haben. Diese Auslegung bestätigte der Kläger denn auch in seiner Berufungsantwort (vgl. act. 13 Rz 22 f.). Die Echtheit der Unterschrift in act. 7/53/1 ist damit genügend bestritten.

6.7. Es ist nicht primär massgeblich, wie die Zeugin in den Besitz des eingereichten Bankbelegs mit der angeblichen Unterschrift des Klägers gelangte (vgl. act. 2 Rz 22). Relevant bleibt im zivilen Forderungsprozess, ob es dem Beklagten gelingt, die Geldübergabe zu beweisen. Es ist allgemein bekannt, dass mit den heutigen technischen Mitteln Unterschriften einfach kopiert und in einem anderen Dokument eingefügt werden können. Das Bundesgericht führte in diesem Sinne einleuchtend aus, nur die am Original erhobenen Befunde könnten eine positive Urheberchaftsaussage begründen und der Nachweis der Echtheit einer Fotokopie sei nicht möglich. Nicht-Originale enthielten lediglich bildliche Darstellungen von Schreibleistungen und es existierten keine hinreichend sicheren Methoden um nachzuweisen, dass die darin enthaltenen Schriftzüge unverändert und vollständig reproduziert worden seien; es müsse deshalb bereits offen bleiben, ob ein entsprechendes Ori-

ginal überhaupt jemals in der dargestellten Form existiert habe. Bei Nicht-Originalen bestünden elementare Informationsdefizite in den Merkmalen der Strichbeschaffenheit, Druckgebung, des Bewegungsflusses und der Bewegungsrichtung, deren Analyse und übereinstimmende Merkmalsausprägung für eine positive Urheberschaftsaussage unverzichtbar seien. Die Erkenntnismöglichkeiten bei der Begutachtung von Nicht-Originalen beschränkten sich daher auf eine "Tendenzaussage" (BGer 9C_634/2014 vom 31. August 2015 E. 6.1.2. mit Hinweis auf: ANGELIKA SEIBT, Probleme bei der Untersuchung von Fotokopien, Zeitschrift für Schriftpsychologie und Schriftvergleichung 68, 2004, S. 164 ff.; vgl. auch GASSER/HÄUSERMANN, Beweisrechtliche Hindernisse bei der Digitalisierung von Unternehmensinformationen, AJP 2006 S. 305 ff.). Die gegenteilige Auffassung des Beklagten überzeugt dagegen nicht (act. 17 Rz 25).

Da lediglich eine Kopie des angeblich vom Kläger unterzeichneten Bankbelegs bei den Akten liegt und eine aussagekräftige Expertise über die Urheberschaft der Unterschrift wie gesehen aufgrund dessen nicht zu erwarten ist, muss die Vorinstanz act. 7/53/1 zu Recht keinen nennenswerten Beweiswert zu. Auch durfte sie den Antrag auf ein Schriftgutachten in Anbetracht, dass es sich beim Beweisstück um eine Kopie handelt, mit gutem Recht abweisen. Die Rüge der unterlassenen Expertise (act. 2 Rz 24) geht deshalb fehl. Der Beklagte behauptete erstinstanzlich überdies nicht, dem Kläger das Original des von beiden unterzeichneten Bankbelegs ausgehändigt zu haben, weshalb die Vorinstanz auch den Antrag auf Edition des Originals durch den Kläger ohne Rechtsverletzung abweisen durfte (act. 6 E. V). Dem Beklagten kann aus diesen Gründen der Beweis der Geldübergabe mit der Kopie des Bankbelegs nicht gelingen, was auch die Vorinstanz zutreffend erwog. Zu prüfen bleibt, ob ihre Würdigung der weiteren Beweismitteln einer Überprüfung standhält.

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass strafrechtliche Aspekte der Urkundenfälschung im zivilen Forderungsprozess wie gesehen nicht im Vordergrund stehen. Ohnehin fehlten konkrete Verdachtsmomente, welche Person aus dem Umfeld des Beklagten eine unechte Kopie angefertigt haben könnte. Es erüb-

rigen sich daher Ausführungen zu einem allfälligen strafrechtlich relevanten Verhalten.

6.8. Die Vorinstanz würdigte die weiteren Beweismittel einlässlich und nachvollziehbar. Sie gewichtete zu Recht die Aussagen der Parteien sowie schwergewichtig der Zeugin E._____, nachdem der Zeuge D._____ zur Frage der Bargeldübergabe nichts beitragen können (act. 6 S. 21). Die Vorinstanz beachtete neben dem Näheverhältnis der Zeugin zum Beklagten zu Recht deren Aussageverhalten und ging dabei eingehend auf den inhaltlichen Gehalt der Aussagen ein. Sie erläuterte einleuchtend, weshalb die Angaben der Zeugin in verschiedenen Punkten unglaubhaft oder gar lebensfremd erscheinen. Dabei argumentierte die Vorinstanz logisch und in Übereinstimmung mit der Lebenserfahrung. Eine einseitige Gewichtung der Beweismittel oder Ausserachtlassung wesentlicher Aussagen oder massgeblicher Passagen in Urkunden ist nicht dargetan. Auch ist nicht erkennbar, dass sich die Vorinstanz von sachfremden Überlegungen oder unangemessenen Wertungen leiten liess.

6.9. Die Kritik des Beklagten beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Beweismittel, vorweg die Aussagen der Zeugin, abweichend zu würdigen, ohne im Einzelnen darzulegen, welche konkreten Überlegungen und Schlussfolgerungen der Vorinstanz aus welchen Gründen falsch sein sollen. Die Kritik des Beklagten taugt bereits aus diesem Grund wenig, um die einleuchtende und nachvollziehbare Beurteilung der Vorinstanz in ernsthafte Zweifel zu ziehen. Soweit er die Aussagen der Zeugin und der Parteien oder den Prozessverlauf wiedergibt, lässt sich daraus auch keine hinreichende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil entnehmen (u.a. act. 2 Rz 6 ff.).

6.10. Was die Einwände im Einzelnen betrifft, ist das Argument des Beklagten, seine Aussagen würden bezüglich des äusseren Ablaufs der Geldübergabe mit denjenigen der Zeugin übereinstimmen (vgl. act. 2 Rz 6 ff., 20 f.), nicht geeignet, die Bargeldübergabe zu beweisen. Aufgrund des engen familiären Verhältnisses des Beklagten und der Zeugin sowie der auf dem Spiel stehenden gemeinsamen erheblichen wirtschaftlichen Interessen liegt auf der Hand, dass sie sich gegenseitig im Aussageverhalten beeinflussten. So räumte die Zeugin ein, über den Prozess

informiert gewesen zu sein und mit dem Beklagten vorgängig über die Zeugeneinvernahme gesprochen zu haben (act. 7/52 S. 2 f.). Dem Umstand, dass die Aussagen des Ehepaares A._____E._____ bezüglich des äusseren Ablaufs der Geldübergabe in den wesentlichen Zügen übereinstimmen, kommt daher entgegen der Auffassung des Beklagten kein erheblicher Beweiswert zu. Folglich ist nicht zu be-
anstanden, wenn auch die Vorinstanz den Übereinstimmungen kein entscheidendes Gewicht beimass.

Die Einwände, die Zeugin verstehe kein Deutsch und sei gewohnt, Dokumente lediglich zu kopieren oder einzuscannen und nicht zu lesen (act. 2 Rz 17), sind soweit ersichtlich neu und daher unbeachtlich. Auch wäre nicht erkennbar, was der Beklagte daraus für seinen Standpunkt ableiten könnte. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, erscheint es unrealistisch, wenn die Zeugin sich zwar für das Gespräch der Parteien interessierte, über die heimlich beobachtete Übergabe der grossen Geldsumme schockiert war und die liegen gebliebene Kopie behändigte, diese jedoch damals weder las noch dem Beklagten zeigte. Auch ohne vertiefte Kenntnisse der deutschen Sprache wäre es ihr ausserdem leicht und rasch möglich gewesen, den Betrag von CHF 180'000.– sowie die Unterschriften der Parteien auf dem übersichtlichen Bankbeleg zu erfassen und mit der Geldübergabe in Zusammenhang zu bringen.

Auch die angebliche Wut und Angst der Zeugin können nicht einleuchtend erklären, weshalb sie die Kopie, die offensichtlich mit der ungewöhnlichen Geldübergabe zusammenhing und worüber sie mit dem Beklagten noch sprechen wollte, in den Keller warf, wo sich nur Kleider und Esswaren befanden. Viel näher hätte es gelegen, die Kopie bei sich zu behalten und sie dem Beklagten beim anschliessenden gemeinsamen Mittagessen oder anlässlich des Gesprächs am Nachmittag vorzuhalten. Unerklärlich bleibt, weshalb die Zeugin nach dem aufklärenden und beruhigenden Gespräch mit dem Beklagten über den Grund der Geldübergabe die Kopie bis zum überraschenden Auffinden kurz vor der Zeugeneinvernahme vergessen haben sollte, änderte das Gespräch doch nichts an der aussergewöhnlichen Geldübergabe und der augenscheinlich wichtigen Bedeutung des Dokuments (vgl. act. 2 Rz 19). In diesem Zusammenhang erscheint zudem wenig

realistisch, dass die Zeugin vom Streit der Brüder über die Geldübergabe nichts bemerkt haben will, zumal der vormals gute brüderliche Kontakt dadurch erheblich litt. Schliesslich wies die Vorinstanz zu Recht auf das unerwartete Wiederauftauchen der angeblich in Vergessenheit geratenen Kopie nach Jahren und kurz vor der Zeugeneinvernahme hin, welchen Vorgang sie zu Recht nach der allgemeinen Lebenserfahrung als eher unwahrscheinlich wertete. Die Aussagen der Zeugin sind daher in sich wenig konsistent, weisen wesentliche logische Brüche auf und stützen sich auf ein nicht überzeugendes Szenario. Wenn die Vorinstanz die Aussagen im Verbund mit dem zeitlichen Zufall des Wiederauftauchens des Belegs aufgrund der Lebenserfahrung als unglaublich taxierte, liegt darin jedenfalls keine unangemessene Beweiswürdigung. Vielmehr ist der Schlussfolgerung, den Aussagen der Zeugin könne nicht wesentlich getraut werden, zuzustimmen.

6.11. Die weiteren Einwände des Beklagten vermögen ebenfalls am Beweisergebnis der Vorinstanz nichts zu ändern. Insbesondere können Übereinstimmungen seiner Aussagen mit denjenigen des Zeugen D._____ zur Aufteilung der Verkaufserlöses nichts Entscheidendes zum Beweis der Bargeldübergabe beitragen (vgl. act. 2 Rz 25), zumal der Zeuge D._____ ausdrücklich erklärte, zur Geldübergabe von CHF 180'000.– nichts aussagen zu können (act. 7/51 S. 8). Die Ausführungen zu den Miteigentumsanteilen der Brüder an den Liegenschaften in C._____ und G._____ (vgl. act. 2 Rz 27 ff.) sind soweit ersichtlich neu und daher unbeachtlich. Auch wäre nicht ersichtlich, wie sich damit die Geldübergabe beweisen liesse. Der Beklagte vermag ferner nicht aufzuzeigen, weshalb die Annahme der Vorinstanz unrichtig sein soll, die beidseitige Unterzeichnung der Vereinbarung vom 2. September 2020 über die Aufteilung des Verkaufserlöses (act. 7/9//2/12) deute darauf hin, dass es ihnen nicht völlig fremd gewesen sei, sich gegenseitig Unterschriften zu leisten (vgl. act. 2 Rz 30). Entgegen seiner Auffassung vermag der Beklagte die Geldübergabe auch nicht mit angeblichen und im Übrigen bestrittenen Motiven des Klägers für eine Barzahlung zu beweisen (vgl. act. 2 Rz 31 ff.). Der Beklagte weist zwar richtig darauf hin, dass das Vorgehen, die Zeugenbefragung erst mit der Duplik zu offerieren, für das Beweisergebnis nicht entscheidend ist. Jedoch übersieht er dabei, dass diese Prozesstaktik die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugin handkehrum auch nicht erhöht. Seine Behauptung, die Zeugin sei während der

Geldübergabe mit ihm in seinem Büro gewesen (act. 2 Rz 34), widerspricht ferner deren Angaben, wonach der Beklagte sie gebeten habe, das Büro zu verlassen, worauf sie sich im Archiv versteckt habe (act. 7/52 S. 3 und act. 7/53/2).

6.12. Der Kläger vertrat vor Vorinstanz stets den Standpunkt, die Bargeldübergabe habe nicht stattgefunden, und blieb auch nach der Edition von act. 7/53/1 bei dieser Version. Seine Aussagen sind im massgeblichen Punkt daher konstant und widerspruchslos. Allfällige Ungereimtheiten zu Aussagen des Zeugen D. _____ in anderen Fragen, namentlich ob der Kläger eine Bargeldüberweisung gewünscht habe (act. 2 Rz 37 ff.), sind nicht geeignet, ernsthafte Zweifel an den im Hauptpunkt konstanten Äusserungen zu streuen und die Zahlung zu belegen. Weder ein allfälliges Nichtwissen der Ehefrau des Klägers über den vereinbarten Verkaufserlös noch die etappenweise Auszahlung des Anteils des Klägers (act. 2 Rz 40 ff.) oder die zeitliche Distanz zwischen der Abhebung des Geldes bei der Bank und der behaupteten ersten Zahlungsaufforderung durch den Kläger (act. 2 Rz 44) bedeuten entgegen der Auffassung des Beklagten aussagekräftige Indizien für die Bargeldübergabe. Im Übrigen kann der Berufungsschrift nicht entnommen werden, dass der Kläger von der Bankauszahlung vom 2. September 2021 von CHF 180'000.– an den Beklagten überhaupt wusste. Zuletzt erschliesst sich nicht, wie der strikte Beweis der Geldübergabe mit den "übrigen Begleitumständen" erbracht werden könnte (vgl. act. 2 Rz 43 ff.). Insbesondere schmälert die Behauptung des Beklagten, er könne sich an das genaue Datum der Geldübergabe nicht mehr erinnern, die Glaubhaftigkeit weiterer Begleitumstände der Geldübergabe, sodass sich daraus kein sicherer Beweis gewinnen liesse.

7. Zusammenfassend erweisen sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz sowie das daraus resultierende Ergebnis als sach- und rechtskonform. Die Berufung ist daher vollumfänglich abzuweisen.

III.

1. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert im Berufungsverfahren von CHF 30'000.–. Die Gerichtsgebühr im Berufungsverfahren ist gestützt auf §§ 4 und 12 GebV OG auf CHF 3'500.– festzusetzen und

ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu verrechnen.

2. Der Beklagte ist überdies zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf §§ 4 und 13 AnwGebV für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'600.– (inkl. MWSt.) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dietikon vom 19. September 2024 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 3'500.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt. Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von ihm geleistete Vorschuss von CHF 3'500.– herangezogen.
3. Der Berufungskläger wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'600.– (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 17, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein, und die Kasse des Obergerichts.

Nach unbenütztem 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 CHF 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

M.A. HSG M. Toscanelli

versandt am: