

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB170032-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 21. Juli 2017

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 9. Februar 2017;  
Proz. CG160007**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'000.00 nebst 5% Zins seit 23. Dezember 2014 sowie die Kosten des Zahlungsbefehl von CHF 103.30 zu bezahlen.
2. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Gemeindeammann- und Betreibungsamts Wald-Fiscenthal der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Auslagen und 8 % MwSt. zulasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 9. Februar 2017:**

(act. 28)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

**Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 27):

- "1. Der Entscheid des Bezirksgericht Hinwil vom 9. Februar 2017 mit der Geschäftsnummer CG160007-E/U02 sei aufzuheben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'000.00 nebst Zins zu 5% seit 23. Dezember 2014 sowie die Kosten des Zahlungsbefehls von CHF 103.30 zu bezahlen.

3. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Gemeindeammann- und Betreibungsamt Wald-Fischenthal der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
4. Eventualiter sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Auslagen und MwSt. zulasten des Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Am 23. Dezember 2014 gründeten A.\_\_\_\_\_ und der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) die C.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend C'.\_\_\_\_\_ ) mit Sitz in ... (act. 3/4 - 3/7). Die C'.\_\_\_\_\_ bezweckt den Betrieb und die Betreuung von Automobil-Rennsport-Teams, die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Engineering, Beratung und Entwicklung im Motorsport-Bereich sowie u.a. die Entdeckung, Förderung, Betreuung und Vermarktung von Automobilrennsportlern durch die Erbringung von Beratungs-, Sportmarketing- sowie Sponsoring-Dienstleistungen. Das Aktienkapital betrug CHF 100'000.-- und war am 22. Dezember 2014 von der D.\_\_\_\_\_ AG auf das Konto der zu gründenden C'.\_\_\_\_\_ einbezahlt worden (act. 3/8). Die Aktien wurden von A.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten je hälftig gezeichnet (act. 3/5 und 3/7 S. 2). A.\_\_\_\_\_ ist Präsident des Verwaltungsrates und Aktionär der Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) sowie Verwaltungsrat und Alleinaktionär der D.\_\_\_\_\_ AG (act. 3/9).

2. Am 2. Juni 2016 erhob die Klägerin gegen den Beklagten bei der Vorinstanz Klage auf Zahlung von CHF 50'000.00 zuzüglich Zins (act. 1 und 2). Nach Eingang der schriftlichen Klageantwort fand am 19. Januar 2017 die Hauptverhandlung statt (Prot. VI S. 7 ff.). Mit Urteil vom 9. Februar 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 20), worauf am 1. März 2017 (Postaufgabe) die Klägerin die Begründung des Entscheides verlangte (act. 22). Das begründete Urteil (act. 24 = act. 28) wurde den Parteien am 5. Mai 2017 zugestellt (act. 25).

3. Am 6. Juni 2017 erhob die Klägerin Berufung; sie stellt die eingangs erwähnten Anträge (act. 27 S. 2). Der eingeforderte Prozesskostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 30 - 32). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann in Anwendung von Art. 312 ZPO verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif. Dem Beklagten ist mit dem Endentscheid ein Doppel der Berufungsbegründung zuzustellen.

## II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit Anträgen versehen ein. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid vermögensrechtlicher Natur und erreicht den für die Berufung erforderlichen Streitwert (Art. 308 und 311 ZPO).

Vor Vorinstanz war umstritten, ob die Klägerin ein schützenswertes Interesse an der Klage habe. Die Vorinstanz bejahte dies, wenn es zutrefte, dass die Klägerin mit dem Beklagten einen Darlehensvertrag abgeschlossen habe und dieser durch eine Zahlung der D. \_\_\_\_\_ AG an die C'. \_\_\_\_\_ habe erfüllt werden können und auch erfüllt worden sei, so dass eine Rückzahlungspflicht des Beklagten resultiere (act. 28 S. 7). Dem ist zuzustimmen: Der von der Klägerin vertretene Standpunkt ist auch für die Begründetheit der klägerischen Forderung erheblich. Er ist im Rahmen der Eintretensfrage als wahr zu unterstellen und bei der materiellen Beurteilung einer Prüfung zu unterziehen (vgl. dazu: KAISER JOB, BSK ZPO, 3.A., Art. 31 N 20). Zu Recht weist die Vorinstanz auch darauf hin, dass das Gericht anhand objektiver Kriterien eine summarische Prüfung vorzunehmen habe und im Zweifelsfall das schützenswerte Interesse zu bejahen sei (act. 28 S. 7; GEHRI, BSK ZPO, 3.A., Art. 59 N 7). Vorliegend ist unbestritten und belegt (act. 3/8), dass die D. \_\_\_\_\_ AG am 22. Dezember 2014 das gesamte Gründungskapital für die zu gründende C'. \_\_\_\_\_ bezahlt hat, ebenso, dass der Beklagte die Hälfte der Aktien der C'. \_\_\_\_\_ gezeichnet (act. 3/5) und sich im Rahmen der öffentlichen Urkunde über die Gründung der C'. \_\_\_\_\_ bedingungslos verpflichtet hat, die dem Ausgabebetrag der von ihm gezeichneten Aktien entsprechende Einlage zu leisten (act. 3/7 S. 2). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz unter diesen Umständen

den das schützenswerte Interesse der Klägerin bejaht hat. Dieses ist entsprechend auch im Berufungsverfahren gegeben. Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.

2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung führende Partei hat sich mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen und in der Berufung aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Soweit Rügen konkret vorgebracht worden sind, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz überprüft den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 und 130 III 136 E. 1.4). Sie kann sich aber darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A\_635/2015, Urteil vom 21. Juni 2016 E. 5 unter Hinweis auf BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 [= BGE 142 III 413] E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3.A., Art. 310 N 5 und 6; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; OGer ZH NQ110031, Entscheid vom 9. August 2011 E. 2.2.1 = ZR 110/2011 Nr. 80 S. 246).

3. Die Klägerin rügt in der Berufung explizit ausschliesslich eine unrichtige Rechtsanwendung (act. 27 S. 5 Rz 14). Sie macht geltend, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, aus der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin könne nicht auf den Abschluss eines Darlehensvertrags geschlossen werden, welcher eine Rückleistungspflicht des Beklagten mit sich bringen würde. Auf die Vorbringen ist nachstehend soweit erheblich im Einzelnen einzugehen.

4. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Klägerin habe zwar behauptet, die Parteien hätten am 17. Dezember 2014 einen Darlehensvertrag abgeschlossen, indes mit keinem Wort geschildert, wann, wo und in welcher Weise dieser Vertrag zustande gekommen sein solle. Es fehle schlicht an der Schilderung eines Sachverhaltes, der rechtlich gewürdigt werden könne. Die Sachver-

haltsdarstellung und der Wortlaut der Bestätigung (act. 3/3) beständen einzig und allein in einer vorweggenommenen rechtlichen Würdigung, nämlich dass ein Darlehen vereinbart worden sei. Dies genüge nicht, es fehle der Klage auf Rückzahlung eines Darlehens das Fundament. Ausserdem habe der Beklagte behauptet und belegt, dass er am 17. Dezember 2014 auslandabwesend gewesen sei. Das Bestätigungsschreiben, welches lediglich eine Erklärung des Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin enthalte, wolle der Beklagte erst im Januar 2016 erstmals gesehen haben, wobei die Klägerin keinen Beweis dafür bringe, dass das Schreiben bereits früher zugestellt worden sei. Weder die Gründungsurkunden der C'.\_\_\_\_\_ (act. 3/5 - 3/8), die Einbezahlung des gesamten Aktienkapitals noch der Umstand, dass der Beklagte die Hälfte der Aktien gezeichnet und sich zur Einzahlung der Hälfte des Gründungskapitals verpflichtet habe, liessen sodann auf das behauptete Darlehensverhältnis zwischen den Parteien schliessen. Schliesslich vermöchten auch die im Recht liegenden E-Mails das fehlende Klagefundament nicht zu ersetzen (act. 28).

5.1 In der Berufung macht die Klägerin (insbesondere gestützt auf einen Entscheid des Bundesgerichts [5C.199/2001 vom 29. November 2001 mit Hinweis auf BGE 83 II 209]) geltend, dass je nach Lage der Dinge schon die Tatsache des Empfanges einer bestimmten Geldsumme auf ein Darlehen schliessen lasse; dies vor allem wenn sich die Hingabe des Geldes vernünftigerweise nicht anders erklären lasse. Seien die Umstände derart, dass aus Sicht des Sachrichters die Hingabe des Geldes vernünftigerweise nicht anders zu erklären sei als mit einem Darlehen, könne auf ein Darlehen geschlossen werden. Sei die Hingabe des Geldes bewiesen, habe das Gericht die Umstände zu würdigen und sich anhand derer für oder gegen einen Darlehensvertrag inkl. Rückerstattungspflicht auszusprechen. Vorliegend habe die Vorinstanz festgehalten, dass der Beklagte am 23. Dezember 2014 Aktien der C'.\_\_\_\_\_ gezeichnet habe; dies im Wissen, dass die Klägerin das gesamte Gründungskapital bereits am 22. Dezember 2014 durch die D.\_\_\_\_\_ AG habe einzahlen lassen. Mit dieser Zeichnung habe sich der Beklagte bedingungslos verpflichtet, die dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten. Es sei offensichtlich, dass zwischen dem Beklagten und der C'.\_\_\_\_\_ resp. zwischen dem Beklagten und der Klägerin, da diese das Aktienkapital bereits voll-

ständig habe einbezahlen lassen, spätestens am 23. Dezember 2014 mindestens konkludent ein Schuldverhältnis entstanden sei. Die Vorinstanz sei die Qualifikation dieses Schuldverhältnisses im Urteil schuldig geblieben und habe lediglich festgehalten, dass kein Sachverhalt behauptet worden sei, aus dem auf den Abschluss eines Darlehensvertrages habe geschlossen werden können; im Rahmen einer Beweiswürdigung hätte sie prüfen müssen, ob sich die Hingabe der CHF 50'000.00 durch die Klägerin vernünftigerweise anders erklären lasse als mit einem Darlehen. Die Klägerin habe die Hingabe des Geldes substantiiert behauptet und auch in der Hauptverhandlung mehrfach darauf hingewiesen, dass die Überweisung entweder als Darlehen oder als Schenkung zu qualifizieren sei. Eine andere Würdigung sei rechtlich nicht haltbar. Dies, weil A.\_\_\_\_\_ und der Beklagte beabsichtigten, in die E.\_\_\_\_\_ einzusteigen, und es der Beklagte für entscheidend erachtet habe, dass dazu eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz zur Verfügung stehe, welche über das erforderliche Kapital verfüge. Dabei hätten beide Parteien wirtschaftliche Interessen verfolgt und sich an einem Gewinn beteiligen wollen. Weil der Beklagte nicht über genügend finanzielle Mittel verfüge, habe man sich am 17. Dezember 2014 auf besagten Darlehensvertrag mindestens konkludent geeinigt; dies spätestens als der Beklagte im Wissen, dass das gesamte Aktienkapital von der Klägerin bereits vollständig einbezahlt worden sei, Aktien der C'.\_\_\_\_\_ im Wert von CHF 50'000.00 gezeichnet habe (act. 27 S. 6 - 9).

5.2 In der Klagebegründung vor Vorinstanz hatte die Klägerin ausführen lassen, sie habe am 17. Dezember 2014 mit dem Beklagten einen Darlehensvertrag abgeschlossen, woraufhin sie dem Beklagten einen Betrag in der Höhe von CHF 50'000.00 als Darlehen gewährt habe für das von ihm zu zeichnende Aktienkapital für die Gründung der C'.\_\_\_\_\_; betreffend die Modalitäten sei vereinbart worden, dass die Klägerin direkt an die zu gründende C'.\_\_\_\_\_ überweise. Das gesamte Kapital sei auf Anweisung der Klägerin durch die D.\_\_\_\_\_ AG bezahlt worden. Zum Beweis berief sich die Klägerin auf ein von A.\_\_\_\_\_ aufgesetztes Bestätigungsschreiben vom 17. Dezember 2014, die Gründungsurkunden der C'.\_\_\_\_\_ sowie A.\_\_\_\_\_ als zu befragende Person. Die rechtliche Qualifizierung

(Darlehen oder allenfalls ungerechtfertigte Bereicherung) überliess die Klägerin dem Gericht (act. 2).

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. Januar 2017 betonte die Klägerin in ihrem ersten Parteivortrag, dass beide Parteien und insbesondere auch der Beklagte an der Gründung der C'.\_\_\_\_\_ ein wirtschaftliches Interesse gehabt hätten (act. 16). Der Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Gründung der C'.\_\_\_\_\_ vor allem im Interesse von A.\_\_\_\_\_ gewesen sei, welcher seinen Sohn als ... habe fördern wollen. Sein Interesse sei keinesfalls so weit gegangen, dass er sich mit der Einbringung von Geld oder gar durch Verschuldung an der ausschliesslich dem Sohn von A.\_\_\_\_\_ dienenden C'.\_\_\_\_\_ hätte beteiligen wollen (act. 11). Die Klägerin hält fest, es sei zwar richtig, dass der Kontakt zwischen den Parteien auf Wunsch von A.\_\_\_\_\_ zustande gekommen sei, der Beklagte habe aber ein grosses Interesse an der Zusammenarbeit gehabt, nicht zuletzt deshalb, da er und die damals deutsche F'.\_\_\_\_\_ GmbH (F'.\_\_\_\_\_), an welcher er beteiligt gewesen sei, sich in grössten finanziellen Schwierigkeiten befunden hätten. Durch die Gründung der C'.\_\_\_\_\_ habe in der Schweiz eine Gesellschaft errichtet werden sollen, welche es den Parteien erleichtern sollte, die Geschäftstätigkeit auf die E.\_\_\_\_\_ auszuweiten und den finanziellen Ruin des Beklagten und der F'.\_\_\_\_\_ abzuwenden (act. 16 S. 3 - 5). Die Behauptung des Beklagten, der Zeichnungsschein (act. 3/5) enthalte keine bedingungslose Zahlungsverpflichtung, sei nicht dargetan und auch nicht nachvollziehbar (act. 16 S. 5). Zum behaupteten Darlehensverhältnis machte die Klägerin geltend, dass sich der Beklagte am Betriebsergebnis der C'.\_\_\_\_\_ habe beteiligen wollen, er jedoch im Zeitpunkt der Gründung nicht in der Lage gewesen sei, den nötigen Betrag tatsächlich aufzubringen. Sie, die Klägerin, sei zur Gewährung des Darlehens an den Beklagten nur bereit gewesen, da von den Parteien beabsichtigt worden sei, dass A.\_\_\_\_\_ sich bei der F'.\_\_\_\_\_ einkaufen solle, und die Darlehensforderung hätte verrechnet werden können. Aus dem Einkauf sei indes nichts geworden, weil sich herausgestellt habe, dass die F'.\_\_\_\_\_ mangels Anlagevermögen keinen Wert aufgewiesen habe. Dies erkläre auch, weshalb die Klägerin nicht bereit gewesen sei, die vom Beklagten geforderten EURO 200'000.00 für den Einkauf bei der F'.\_\_\_\_\_ zu bezahlen. Der Umstand, dass die D.\_\_\_\_\_ AG den vom Beklag-

ten geschuldeten Betrag von CHF 50'000.00 überwiesen habe, beweise, dass die Parteien sehr wohl vereinbart hätten, dass die CHF 50'000.00 zu Gunsten des Beklagten hingegeben werden sollten. Es wäre umgekehrt nicht plausibel, dass die D.\_\_\_\_\_ AG den geleisteten Betrag einfach so überwiesen hätte. Es sei von den Parteien auch vereinbart worden, dass der Betrag sobald als möglich vom Beklagten zurückbezahlt werden sollte (act. 16 S. 7/8). Zum Nachweis berief sich die Klägerin auf einen E-Mail-Verlauf vom 2. und 3. Mai 2015 (act. 17/13). Die Rückerstattungspflicht sei vorliegend klarerweise vereinbart worden; es sei schlicht nicht nachvollziehbar, warum die Klägerin dem Beklagten die CHF 50'000.00 hätte ohne Rückleistungspflicht gewähren sollen (act. 16 S. 9/10).

6.1 Vertragstypische Pflichten des Darlehensvertrages im Sinne von Art. 312 OR sind die Pflicht des Darleihers zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes und die Rückerstattungspflicht des Borgers. Mit der Überlassung der Darlehenssumme soll der Borger eine zeitlich begrenzte Nutzungsbefugnis über einen wirtschaftlich fremden Kapitalwert erhalten. Zum Abschluss des Vertrages haben sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte zu einigen, wobei die übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen können. Das Zustandekommen des Darlehensvertrages ist grundsätzlich an keine Formvorschriften gebunden. Eine Willensäusserung kann auch konkludent erfolgen, das heisst sich aus den Umständen schlüssig ergeben. Auch diese Art der Willensäusserung hat aber den wesentlichen Vertragsinhalt und mithin die objektiv wesentlichen bzw. begriffsnotwendigen Elemente des Geschäfts zu umfassen (Zellweger-Gutknecht/Bucher, BSK OR I, 6.A., Art. 1 Rz 17 f.).

6.2 Die Klägerin hat nicht konkret behauptet, wann, wo und in welcher Weise sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte im Sinne des von ihr behaupteten Darlehensvertrages geeinigt haben sollen. Insbesondere hat sie auch nicht konkretisiert, wie der Vertragsschluss am 17. Dezember 2014 erfolgt sein soll, den sie in der Klagebegründung noch so behauptet hatte; eine ausdrückliche Willenserklärung des Beklagten ist nicht behauptet. Dessen Landesabwesenheit

vom 14. bis 18. Dezember 2014 ist belegt und im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt worden (act. 28 S. 9 mit Hinweis auf act. 19/9 - 19/11; act. 27 S. 9).

6.3 Dass *gar kein* Sachverhalt behauptet wurde, wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid festhielt (act. 28 S. 9), trifft indes nicht zu. Sowohl vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren hat die Klägerin die Umstände, wie es zur Gründung der C'.\_\_\_\_\_ gekommen sein soll, geschildert und die Motivation der Aktien zeichnenden Personen, d.h. von A.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten, aufgezeigt. Aus diesen vom Beklagten wie gesehen mindestens teilweise bestrittenen Umständen und aus dem Verhalten des Beklagten schliesst die Klägerin auf das von ihr behauptete Darlehensverhältnis, das nach ihrer Darstellung jedenfalls konkludent zustande gekommen sein soll.

Zu prüfen ist somit, ob aus dem von der Klägerin behaupteten Verhalten des Beklagten sowie aus den sich aus dem erstinstanzlichen Verfahren ergebenden tatsächlichen Umständen, welche in tatsächlicher Hinsicht im Berufungsverfahren nicht in Zweifel gezogen worden sind, als einzig vernünftige Erklärung geschlossen werden kann, dass die Zahlung des Aktienkapitals durch die D.\_\_\_\_\_ AG als Darlehenshingabe der Klägerin erfolgte und sich der Beklagte zur Rückzahlung verpflichtete.

6.4.1 Zum Nachweis für die Gewährung des Darlehens und die Rückzahlungsverpflichtung berief sich die Klägerin vor Vorinstanz auf die Gründungsurkunden (act. 3/5 - 3/8), die Befragung von A.\_\_\_\_\_ und die E-Mail-Korrespondenz gemäss act. 17/13, 17/14 und 17/16 (act. 2 S. 3 und 4; act. 16 S. 5 - 7). Hiezu ist vorab festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, wie mittels Befragung von A.\_\_\_\_\_ eine konkludent geäusserte Willenserklärung des Beklagten nachgewiesen werden soll. Dieses Beweismittel erweist sich im vorliegenden Zusammenhang als von vornherein untauglich.

6.4.2 Unbestritten sind die Gründungsakten der C'.\_\_\_\_\_ (act. 3/5 - 3/8). Danach steht fest, dass A.\_\_\_\_\_ und der Beklagte bei der Gründung als Präsident bzw. Delegierter des Verwaltungsrates der C'.\_\_\_\_\_ ins Handelsregister eingetragen wurden (act. 3/4 und 3/6) und die beiden Personen je die Hälfte des Aktienkapi-

tals zeichneten (act. 3/5 und 3/7). Nicht bestritten ist auch, dass das gesamte Aktienkapital von der D.\_\_\_\_\_ AG geleistet wurde. Der Beklagte (und A.\_\_\_\_\_) verpflichteten sich gemäss öffentlicher Gründungsurkunde der C'.\_\_\_\_\_ bedingungslos, die dem gezeichneten Aktienkapital entsprechende Einlage zu leisten (act. 3/7 S. 2). Aus der Aktienzeichnung durch den Beklagten allein lässt sich nicht auf das von der Klägerin behauptete Darlehensverhältnis schliessen. Insbesondere wird daraus keinerlei Verbindung zwischen der Klägerin und dem Beklagten ersichtlich.

6.4.3 Die Parteivorbringen vor Vorinstanz stimmen darin überein, dass sich die Kontakte zwischen A.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten sowie dem Mitgesellschafter des Beklagten bei der F'.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, im fraglichen Zeitraum nicht auf die Gründung der C'.\_\_\_\_\_ beschränkten, sondern auch Gespräche betreffend eine Beteiligung von A.\_\_\_\_\_ an der F'.\_\_\_\_\_ umfassten. Die Klägerin machte an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung wie gesehen geltend, sie sei zur Gewährung des Darlehens an den Beklagten nur bereit gewesen, da von den Parteien beabsichtigt worden sei, dass A.\_\_\_\_\_ sich bei der F'.\_\_\_\_\_ einkaufen solle, und die Darlehensforderung hätte verrechnet werden können. Aus dem Einkauf sei indes nichts geworden. Die Verhandlungen über die Beteiligung von A.\_\_\_\_\_ an der F'.\_\_\_\_\_ scheiterten nach Darstellung beider Parteien, wenn auch die Gründe dafür verschieden dargelegt wurden. Unterschiedlich wird auch der Gründungsprozess der C'.\_\_\_\_\_ dargestellt, insbesondere was die Motivation der an der Gesellschaft beteiligten Personen betrifft. Während die Klägerin davon ausgeht, dass beide Personen wirtschaftliche Interessen verfolgten, macht der Beklagte geltend, die Interessen seien einseitig bei A.\_\_\_\_\_ gelegen, der vor allem seinen Sohn habe fördern wollen. Der Beklagte liess in der Klageantwort ausführen, dass A.\_\_\_\_\_ die C'.\_\_\_\_\_ im Hinblick auf die ...saison 2015 unbedingt habe gründen wollen, obwohl sich A.\_\_\_\_\_, der Beklagte und G.\_\_\_\_\_ über den Kaufpreis für die an A.\_\_\_\_\_ abzutretende Drittelsbeteiligung an der F'.\_\_\_\_\_ nicht einig gewesen seien. Die Einzahlung des Aktienkapitals sei ohne Absprache erfolgt. Auf Rückfrage, weshalb er denn nun 50% der Aktien an der C'.\_\_\_\_\_ zeichnen sollte und G.\_\_\_\_\_ beim Gründungsakt nicht anwesend sei, habe A.\_\_\_\_\_ geantwortet, dass die Übertragung der Beteiligung im Nachgang geregelt würde und es sich

lediglich um eine "rein formelle Angelegenheit" handeln würde, weshalb G.\_\_\_\_\_ nicht extra aus Deutschland anreisen müsse (act. 11 S. 4 Rz 10). Diese Darstellung bestritt die Klägerin nicht explizit, obwohl sie inhaltlich mit ihrer Darstellung in Widerspruch steht.

Mit den von der Klägerin zum Beweis ihrer Darstellung angebotenen Gründungsakten lässt sich die widersprüchliche Darstellung nicht klären. In der (ebenfalls zum Beweis anbotenen) E-Mail-Korrespondenz, insbesondere in den E-Mails vom 2. und 3. Mai 2015 (act. 16 S. 7/8 und act. 17/13), spricht der Beklagte gegenüber A.\_\_\_\_\_ zwar von Darlehen bzw. Darlehensanteil, wobei nicht klar wird, worauf sich dies bezieht. Es werden verschiedene Themen, die ineinandergreifen scheinen, angesprochen, deren genauer Zusammenhang für den Leser nicht ohne weiteres erhellt, auch wenn ein Zusammenhang mit der C'.\_\_\_\_\_ hergestellt werden kann. Auch hieraus lässt sich keine Klärung im Sinne der Klägerin ableiten. Es bleibt aufgrund des vorinstanzlichen Verfahrens in tatsächlicher Hinsicht bei den sich insbesondere hinsichtlich der Motivation für die Aktienzeichnung auf Seiten des Beklagten widersprechenden Versionen; die von der Klägerin aus der Aktienzeichnung gezogene Schlussfolgerung kann damit nicht als einzig vernünftige qualifiziert werden.

6.4.4 Insgesamt ergibt sich, dass der Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung nicht vorgeworfen werden kann, wenn sie aufgrund der Vorbringen der Parteien und der Akten nicht auf das von der Klägerin behauptete Darlehensverhältnis schloss. Auf eine vertiefte Prüfung der Vertrags- bzw. Parteistellung der Klägerin kann bei diesem Ergebnis verzichtet werden.

7. Soweit eine Rückforderung der eingeklagten CHF 50'000.00 aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend gemacht würde, hat die Klägerin die tatsächlichen Grundlagen eines solchen Anspruches vor Vorinstanz nicht dargetan, was die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (act. 28). Auch insoweit ist eine Rechtsverletzung nicht ersichtlich. Alsdann erübrigt sich die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung, wie sie die Klägerin eventualiter beantragt, indes nicht begründet.

8. Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig und es bleibt bei der Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss angefochtenem Entscheid. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf CHF 5'500.00 festzusetzen und aus dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu beziehen. Entschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen, der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm durch das Berufungsverfahren keine wesentlichen Aufwendungen entstanden sind.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 9. Februar 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 27, 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.
6. 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. 50'000.--.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Isler

versandt am: