

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 14. Februar 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter, Gläubiger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt ass. jur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger, Schuldner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Aberkennung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 17. November 2021; Proz. CG190003

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei festzustellen, dass die Forderung von CHF 75'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2017 zu Gunsten des Beklagten und zu Lasten des Klägers für welche das Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht, mit Entscheid vom 4. Juli 2019 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Rüti ZH provisorische Rechtsöffnung erteilte, nicht besteht.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Forderung von CHF 75'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2017 zu Gunsten des Beklagten und zu Lasten des Klägers für welche das Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht, mit Entscheid vom 4. Juli 2019 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Rüti ZH provisorische Rechtsöffnung erteilte, im Zeitpunkt der Betreuung nicht fällig war.
- [3. ...]
- [4. ...]
5. Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens (Geschäfts-Nr. EB190099-E) seien neu zu regeln:
 - a) Dem Beklagten seien sämtliche Gerichtskosten aufzuerlegen.
 - b) Dem Kläger sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % MwSt. zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. In Gutheissung der Aberkennungsklage wird festgestellt, dass die Forderung des Beklagten gegenüber dem Kläger in der Höhe von Fr. 75'000.– nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2017, für welche mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht, provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde (EB190099-E), **nicht** besteht.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'300.– festgesetzt; die weiteren Auslagen betragen Fr. 3'000.– (Kosten Gutachten). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Entscheidgebühr samt der weiteren Kosten werden dem Beklagten auferlegt und vorab aus den durch den Kläger geleisteten Kostenvorschüssen

(Fr. 7'500.– und Fr. 3'000.–) bezogen. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger diese Fr. 10'500.– zu ersetzen.

Der verbleibende Fehlbetrag wird direkt vom Beklagten nachgefordert.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 13'875.–, zuzüglich 7.7 % MwSt., zu bezahlen.
5. Mitteilungen
6. Berufung
7. Beschwerde

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 81 S. 2):

- 1) Unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz vom 17. November 2021 Dispositiv Ziff. 1 sei festzustellen, dass die Forderung des Beklagten gegenüber dem Kläger in der Höhe von CHF 75'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2017 besteht.
- 2) Unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz vom 17. November 2021 Dispositiv Ziff. 2 + 3 sei festzustellen, dass der Beklagte nicht verpflichtet wird, dem Kläger CHF 10'500.-- zu ersetzen. Es [sei] der Kläger zu verpflichten, die erstinstanzlichen Kosten zu tragen.
- 3) Unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz vom 17. November 2021 Dispositiv Ziff. 4 sei festzustellen, dass der Beklagte nicht verpflichtet wird, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 13'875.-- zzgl. 7.7 MWST zu bezahlen. Es sei der Kläger zu verpflichten, dem Beklagten eine angemessene Parteikostenentschädigung zu bezahlen.
- 4) Alles unter Prozesskosten, also Gerichtskosten und die Parteientschädigung (zzgl. MWST), zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Prozessverlauf

1.1. Mit Kaufvertrag vom 7. November 2014 verkaufte A. _____ (Beklagter und Berufungskläger; nachfolgend Beklagter) je einen Drittel der Stammanteile der Berggarage C. _____ GmbH an B. _____ (Kläger und Berufungsbeklagter; nachfolgend Kläger), D. _____ und E. _____ (act. 3/5). Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 24. April 2014 war der Beklagte für eine Darlehensforderung der F. _____ gegenüber der Berggarage C. _____ GmbH in der Höhe von Fr. 75'000.– eine Solidarbürgschaft gegenüber der F. _____ eingegangen (act. 3/18). Am 17. November 2014 schlossen der Beklagte einerseits und der Kläger sowie E. _____ andererseits einen schriftlichen Vertrag betreffend die Übernahme der Privathaftung/Bürgschaft von A. _____ gegenüber der F. _____ im Betrag von Fr. 75'000.– (act. 3/15). Dieser Vertrag lautet wie folgt (act. 3/15):

"Herr B. _____ und E. _____ übernehmen die Privathaftung/Bürgschaft von Fr. 75'000.00 (fünfundsiebzigtausend Franken) bis Herr A. _____ von der F. _____ aus der Privathaftung/Bürgschaft entlassen wird. Die Privathaftung/Bürgschaft ist fällig, falls die Berggarage C. _____ GmbH in den Konkurs gehen sollte. (...)"

Über die Berggarage C. _____ GmbH wurde am 30. Mai 2017 der Konkurs eröffnet (act. 3/4). Der Vertrag vom 17. November 2014 ist zentraler Streitpunkt im vorliegenden Zivilprozess.

1.2. In der vom Beklagten gegen den Kläger eingeleiteten Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Rütli über Fr. 75'000.– (Zahlungsbefehl vom 28. März 2019; act. 6/3/7) erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Hinwil mit Urteil vom 4. Juni 2019 provisorische Rechtsöffnung (act. 6/12 = act. 3/2). Der Kläger erhob darauf am 3. Juli 2019 beim Bezirksgericht Hinwil (nachfolgend Vorinstanz) die vorliegende Aberkennungsklage. Nach Durchführung des Verfahrens hiess die Vorinstanz die Aberkennungsklage mit eingangs wiedergegebenem Urteil vom 17. November 2021 gut (act. 78 = act. 85).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte mit Eingabe vom 11. Januar 2022 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 81). Den ihm mit Verfügung vom 24. Januar 2022 auferlegten Kostenvorschuss (act. 86) bezahlte er rechtzeitig (act. 88). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-79). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif. Dem Kläger ist die Berufungsschrift (act. 81) mit diesem Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2. Prozessuales

2.1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen. Der Beklagte hat die Berufung fristgerecht eingereicht (vgl. act. 79). Er stellt darin die oben aufgeführten Anträge und begründet diese (act. 81). Die notwendige Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (act. 88). Auf die Berufung ist folglich – unter Vorbehalt der nachstehenden Erwägungen – einzutreten.

2.2. Berufungsverfahren

2.2.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 mit Hinweis auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen

auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer. 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer. 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m. w. Hinw.; BGer. 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; BGer. 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; BGer. 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 57 N 22).

2.2.2. Noven werden im Berufungsverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zugelassen. Der Beklagte macht in der Berufung geltend, er sei von der F. _____ [Bank] aus der Bürgschaft belangt worden, und er reicht dazu einen Rechtsöffnungsentscheid des Kreisgerichts See-Gaster vom 10. Dezember 2021 ein (act. 83/3). Da es sich dabei um ein echtes Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt, welches ohne Verzug vorgebracht wurde und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte, ist es zuzulassen.

3. Entscheid der Vorinstanz

3.1. Die Vorinstanz hielt im Zusammenhang mit der Auslegung der massgebenden Vertragsbestimmung fest, der Beklagte habe nicht substantiiert aufgezeigt, was die Parteien mit der Formulierung "bis Herr A. _____ von der F. _____ aus der Privathaftung/Bürgschaft entlassen wird" zum Zeitpunkt des Vertragschlusses verstanden hätten. Damit fehle es an gehörigen Tatsachenbehauptun-

gen, "um den Vertrag subjektiv auslegen zu können". Bereits aus diesen Grund sei die Aberkennungsklage gutzuheissen (act. 85 E. IV.2.3. S. 5).

3.2. Werde der Vertrag "unter tatsächlichen Gesichtspunkten" dennoch ausgelegt, sei in der zitierten Bestimmung ein zusätzliches Kriterium für die Inanspruchnahme des Klägers zu erblicken. Damit werde das Schicksal des Vertrags vom 17. November 2014 mit der F._____-Solidarbürgschaft des Beklagten vom 24. April 2014 verknüpft. Der Kläger hafte nur, wenn die F.____ den Beklagten in Anspruch nehme, sich mithin dessen "Privathaftung" aktualisiere, und er seinerseits Fr. 75'000.– bezahlen müsse. Dies geschehe wiederum erst mit dem Konkurs der Berggarage C.____ GmbH. Der Wortlaut des Vertrags deute auf eine klare Stufenfolge an Schuldern hin. Ohne effektive Belangung des Beklagten schulde der Kläger folglich den Betrag von Fr. 75'000.– nicht. Der Vertrag könne im Ergebnis "subjektiv nicht anders verstanden werden", als dass die Parteien übereinstimmend eine absolut subsidiäre Haftung des Klägers vereinbart hätten (act. 85 E. IV.2.4.1. S. 5 f.).

3.3. Weiter ging die Vorinstanz davon aus, der Beklagte trage nach Art. 178 ZPO die Beweislast für die Echtheit des Vertrags vom 17. November 2014. Das zur Echtheit der Unterschrift des Klägers eingeholte Gutachten komme zum Schluss, dass die "Befunde unter Annahme der Echtheitshypothese besser erklärbar als unter Annahme der Fälschungshypothese seien" (m.H.a. act. 62 S. 13) und "deshalb mässig stark dafür sprechen, dass die fragliche Unterschrift auf dem Vertrag vom Kläger stamme" (m.H.a. act. 62 S. 14). Aufgrund des Ergebnisses des Gutachtens verblieben bei der Vorinstanz grosse Zweifel an der Echtheit der Unterschrift des Klägers, was ebenfalls zur Gutheissung der Aberkennungsklage führte (act. 85 E. IV.2.5. S. 6 f.).

3.4. Schliesslich qualifizierte die Vorinstanz das Vertragsverhältnis der Parteien als Rückbürgschaft im Sinne von Art. 498 Abs. 2 OR, welche den strengen Regeln der Bürgschaft unterstehe. Da der Vertrag zwingend öffentlich zu beurkunden gewesen wäre (Art. 493 Abs. 2 OR), erweise er sich als formungültig. Auch aus diesem Grund sei die Aberkennungsklage gutzuheissen (act. 85 E. IV.2.6. S. 7).

4. Berufungsgründe

4.1. Vorbemerkungen

Der Beklagte rügt das angefochtene Urteil in verschiedenen Punkten. Zuerst wird auf seine in prozessualer Hinsicht geäusserte Kritik einzugehen sein. Materiell wird anschliessend zu prüfen sein, ob zwischen den Parteien ein formgültiger Vertrag zustande kam. Erst wenn feststeht, dass ein formgültiger Vertrag vorliegt, ist eine Vertragsauslegung vorzunehmen, geht es dabei doch um die Feststellung des Inhalts eines (formgültig abgeschlossenen) Vertrags.

4.2. Wechsel im Spruchkörper

4.2.1. Der Beklagte bringt in der Berufung vor, die Hauptverhandlung vom 30. Januar 2020 sei von Vizepräsident Frei geleitet worden. Das Urteil sei unter Mitwirkung von Ersatzrichter Dr. iur. Vischer ergangen. Den Parteien sei weder die Pensionierung des Vizepräsidenten mitgeteilt worden, noch sei die Hauptverhandlung wiederholt worden. Alleine aus diesem Umstand resultiere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da ein nicht von Anfang an betrauter Ersatzrichter am Urteil mitgewirkt habe, der keinen persönlichen Eindruck von den Parteien gewinnen können (act. 81 S. 4).

4.2.2. Die Vorinstanz führte im angefochtenen Urteil aus, den Parteien sei mit Schreiben vom 27. Oktober 2021 angezeigt worden, dass sich die Gerichtsbesetzung infolge der Pensionierung des Vizepräsidenten geändert habe (act. 85 E. II.3. S. 3). Das erwähnte Schreiben vom 27. Oktober 2021 befindet sich in den Akten (act. 77). Es wurde den Parteien aber offenbar nicht gegen Empfangsbestätigung zugestellt und der Beklagte bestreitet, wie erwähnt, dass ihm diese Mitteilung zugeing.

4.2.3. Die Zulässigkeit einer nachträglichen Änderung im einmal gebildeten Spruchkörper hat das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung unter dem Blickwinkel der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV geprüft. Danach haben die Prozessparteien einen Anspruch darauf, dass kein Gerichtsmitglied urteilt, ohne von ihren Vorbringen und vom Be-

weisverfahren Kenntnis zu haben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn nicht alle an der Beurteilung beteiligten Gerichtsmitglieder an der ausschliesslich mündlichen, in keinem Protokoll festgehaltenen Beweisabnahme mitgewirkt haben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist indessen gewahrt, wenn der Prozessstoff den an der Beurteilung neu teilnehmenden Gerichtsmitgliedern durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann und dadurch alle am Urteil mitwirkenden Gerichtsmitglieder die gleichen Kenntnisse haben (BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015 E. 6.1 mit Hinweisen, nicht publiziert in: BGE 142 I 93; BGer 5A_429/2011 vom 9. August 2011 E. 3.2). Nach der neueren Rechtsprechung kann auch der sich aus Art. 30 Abs.1 BV ergebende Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter verletzt sein, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. In diesem Zusammenhang verlangt das Bundesgericht, dass den Parteien ein Wechsel im Spruchkörper angezeigt und die Gründe dafür genannt werden müssen. Damit soll den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, die Gründe für den Wechsel im Spruchkörper substantiiert zu bestreiten und allfällige Ausstandsgründe geltend zu machen (BGE 142 I 93 E. 8).

4.2.4. Der Beklagte hat spätestens mit der Zustellung des begründeten Urteils vom Grund für den Wechsel im Spruchkörper, nämlich von der Pensionierung von Vizepräsident Frei, Kenntnis erhalten. Er macht im Berufungsverfahren nicht geltend, der Grund für die Änderung im Spruchkörper sei mit Blick auf Art. 30 Abs. 1 BV nicht gerechtfertigt, was angesichts der Pensionierung des Vizepräsidenten auch nicht zuträfe. Vielmehr rügt er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, ohne jedoch darzulegen, inwiefern der persönliche Eindruck der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung für die Entscheidungsfindung massgebend gewesen sein soll. Der Beklagte behauptet auch nicht, der an der Hauptverhandlung nicht anwesende Ersatzrichter habe sich den in der Hauptverhandlung dargelegten Prozessstoff nicht durch Studium des Protokolls aneignen können. Ohnehin fanden anlässlich der Hauptverhandlung gar keine Beweisabnahmen statt und entsprechend stellte die Vorinstanz auch nicht auf anlässlich der Hauptverhandlung von den Parteien persönlich gemachte Aussagen resp. auf den anlässlich der Hauptverhandlung gewonnenen Eindruck ab. Demnach kann der persönliche Eindruck der Parteien

die Entscheidungsfindung nicht beeinflusst haben. Aufgrund des Gesagten erweist sich die nicht weiter substantiierte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Beklagten als unbegründet.

4.3. Formgültigkeit des Vertrags

4.3.1. Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorsieht. Die Gültigkeit des Vertrags hängt von der Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form ab, sofern nicht etwas anderes bestimmt ist (Art. 11 Abs. 1 und 2 OR). Wer aus einem formbedürftigen Rechtsgeschäft Rechte ableitet, muss im Streitfall die Einhaltung der Form beweisen (Art. 8 ZGB).

4.3.2. Der Rückbürge ist nach Art. 498 Abs. 2 OR verpflichtet, dem zahlenden Bürgen für den Rückgriff einzustehen, der diesem gegen den Hauptschuldner zusteht. Mit anderen Worten verbürgt sich der Rückbürge für die Regressforderung, die der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner hat (BGE 61 II 100). Die Rückbürgschaft ist eine gewöhnliche Bürgschaft, auf die die Bürgschaftsvorschriften anwendbar sind. Nach Art. 493 Abs. 2 OR bedarf die Bürgschaftserklärung natürlicher Personen der öffentlichen Beurkundung, wenn der Haftungsbetrag Fr. 2'000.– übersteigt.

4.3.3. Die Vorinstanz hat den Vertrag der Parteien vom 17. November 2014 als Rückbürgschaft qualifiziert und diesen deshalb als formungültig erachtet. Dabei verwies sie auf den von den Parteien im Vertrag verwendeten Begriff "Bürgschaft" und erblickte darin ein Indiz für die Qualifikation des Vertrags. Weiter hielt sie fest, der Vertrag vom 17. November 2014 sei, wie der Wortlaut klar mache, akzessorisch zur Solidarbürgschaft des Beklagten vom 24. April 2014 hinzugetreten. Diese Verknüpfung sei unbestrittenermassen im Interesse des Beklagten gelegen, der ausgeführt habe, die F. _____ habe einem "Wechsel der Bürgschaft" auf den Kläger nicht zugestimmt. Sie bewirke, was der Beklagte nicht zuletzt im gesamten Prozess geltend gemacht habe, dass er Regress auf den Kläger nehmen könne, wenn er selber belangt werde (act. 85 E. IV.2.6. S. 7). Der Beklagte stellt in der Berufung weder die von der Vorinstanz vorgenommene rechtliche Würdigung des

Vertrages als Rückbürgschaft noch die daraus resultierende Formungültigkeit in Frage. Er setzt sich mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz mit keinem Wort auseinander. Wie vorstehend (vgl. E. 2.2.1.) erwähnt, prüft die Rechtsmittelinstanz – mit Ausnahme von offensichtlichen Mängeln – nur, was in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird. Mit Bezug auf die rechtliche Würdigung des Vertrages als Rückbürgschaft im Sinne von Art. 498 Abs. 2 OR oder mit Bezug auf die Anwendung der qualifizierten Formvorschrift von Art. 493 Abs. 2 OR auf den Vertrag der Parteien ist kein offensichtlicher Mangel ersichtlich. Und der Beklagte wendet im Berufungsverfahren wie erwähnt nichts gegen diese rechtliche Würdigung ein. Folglich haben die diesbezüglichen Schlussfolgerungen der Vorinstanz Bestand. Da der Rückbürgschaftsvertrag der Parteien nicht öffentlich beurkundet wurde, liegt nach der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz ein ungültiger Vertrag im Sinne von Art. 11 Abs. 1 OR vor. Damit entfällt eine vertragliche Anspruchsgrundlage für die vom Beklagten gegen den Kläger in Betreuung gesetzte Forderung. Andere Anspruchsgrundlagen fallen nicht in Betracht, weshalb die Aberkennungsklage gutzuheissen ist.

4.3.4. Bei diesem Verfahrensausgang kommt es auf die übrigen, von der Vorinstanz angeführten Alternativbegründungen nicht an. Folglich erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren, vom Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten Rügen, fällt doch die Anspruchsgrundlage für die Forderung des Beklagten gegenüber dem Kläger mit der Formungültigkeit des Vertrages vollumfänglich dahin. Immerhin rechtfertigt sich aber folgende Bemerkung: Im Zusammenhang mit der Beweislast für die Echtheit der Vertragsurkunde vom 17. November 2014 bzw. der darauf angebrachten Unterschrift des Klägers hat die Vorinstanz die Beweislast gestützt auf Art. 178 ZPO beim Beklagten geortet. Tatsächlich hat die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, nach der genannten Bestimmung den Beweis erst anzutreten, wenn die Echtheit von der andern Partei bestritten wird. Verlangt wird, dass die Bestreitung ausreichend begründet bzw. besonders substantiiert werden muss und dass beim Gericht durch die Bestreitung ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokumentes (Inhalt oder Unterschrift) geweckt werden müssen. Eine pauschale Bestreitung der Echtheit genügt

indessen nicht (Botschaft, 7322; BOHNET/DROESE, in: Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018, Art. 178 N 2 mit Hinweis auf BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016 E. 3.2.2). Welche konkreten, vom Kläger vorgebrachten Umstände ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Urkunde beim Gericht hervorriefen, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor. Weshalb die Vorinstanz die Beweislast – in Abweichung vom Beweisbeschluss vom 18. März 2020 (act. 25) – dem Beklagten auferlegte, bleibt deshalb unklar. Somit lässt sich nicht überprüfen, ob den Beklagten die Beweislast infolge konkreter Bestreitungen des Klägers überhaupt getroffen hätte. Damit hat die Vorinstanz in diesem Punkt ihre Begründungspflicht verletzt. Wie erwähnt, kommt es auf diese Überlegungen aber nicht an. Die vom Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung besteht infolge der Formungültigkeit des Vertrags vom 17. November 2014 nicht.

4.3.5. Aufgrund des Gesagten ist die Berufung abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 17. November 2021 ist zu bestätigen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beklagte kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 75'000.– beträgt die Grundgebühr rund Fr. 7'500.– (§§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. 4 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend rechtfertigt sich aufgrund der Schwierigkeit des Falles und des Zeitaufwands eine Ermässigung auf Fr. 3'750.– (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

5.2. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, dem Kläger nicht, weil ihm durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 17. November 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'750.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss von Fr. 7'550.– bezogen. Im Mehrumfang wird der Vorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines Verrechnungsanspruches des Staates.

3. Eine Parteientschädigung wird für das Berufungsverfahren nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage einer Kopie von act. 81 samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 83/2-3), sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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 Fr. 75'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: