

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP160015-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 15. September 2016

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Aberkennung einer Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren  
des Bezirksgerichtes Affoltern vom 7. Januar 2016; Proz. FV150006**

**Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 und act. 13):**

"Es sei festzustellen, dass der Kläger den Betrag von CHF 20'000.00 nebst Zins von 5% seit dem 1. Januar 2013 gemäss der im Urteil des Bezirksgerichts Affoltern, Einzelgericht, erteilten provisorischen Rechtsöffnung dem Beklagten nicht schuldet.

Alles unter Kosten-und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Affoltern vom 7. Januar 2016  
(act. 39 = act. 31 [act. 27])**

1. Die Klage wird abgewiesen und es wird festgestellt, dass die Forderung in der Höhe von Fr. 20'000.– nebst Zins von 5% seit dem 1. Januar 2013, für welche mit Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. April 2015 (EB140150-A/U) die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, besteht.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'150.–.
3. Die Entscheidgebühr wird der klagenden Partei auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungssatz / Rechtsmittelbelehrung).

**Berufungsanträge des Klägers und Berufungsklägers (act. 37):**

- "1. Die Klage, wonach festzustellen sei, dass die Forderung des Berufungsbe-klagten gegenüber dem Berufungskläger in der Höhe von CHF 20'000.-- nebst 5 % Zins seit dem 1. Januar 2013, für welche das Bezirksgericht Affol-tern mit Urteil vom 22. April 2015 (EB140150-A/U) die provisorische Rechts-öffnung erteilt hat, nicht besteht, sei gutzuheissen.

2. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Ergänzung des Beweisverfahrens und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Berufungsanträge des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 45):

- "1. Auf die Berufung "Aberkennung einer Forderung" vom 11. April 2016 sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Berufung vollumfänglich, da offensichtlich unbegründet, abzuweisen.
3. Alles unter angemessenen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die C.\_\_\_\_\_ AG, deren einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) war, liess am 8. Oktober 2010 dem Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) ein zinsloses Darlehen in der Höhe von CHF 20'000.--. Über die Gesellschaft wurde der Konkurs eröffnet, und die C.\_\_\_\_\_ AG wurde in der Folge durch die FINMA liquidiert. Die FINMA amtete gleichzeitig als Konkursverwalterin. Gestützt auf Art. 260 SchKG sowie Art. 33 BIF-FINMA wurden dem Beklagten insgesamt Forderungen in der Höhe von Fr. 210'000.-- abgetreten, darunter die Darlehensforderung (vgl. act. 15/8 und dazu Vi-Prot. S. 6 und S. 9). Der Beklagte forderte in der Folge im eigenen Namen die Rückerstattung des Darlehens. Nachdem der Kläger der Zahlungsaufforderung nicht nachgekommen war, leitete der Beklagte gegen den Kläger mit Zahlungsbefehl vom 4. Dezember 2014 eine Betreibung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Hausen a.A.) über einen Betrag von Fr. 21'891.55 nebst

Zins und Fr. 103.30 Zahlungsbefehlskosten ein (act. 15/10). Gegen den Zahlungsbefehl erhob der Kläger Rechtsvorschlag. Der Beklagte leitete daraufhin das Rechtsöffnungsverfahren am Bezirksgericht Affoltern, Einzelgericht, ein. Der Rechtsöffnungsrichter erteilte mit Urteil vom 22. April 2015 dem Beklagten provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 20'000.--nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 (act. 3/1).

2. Am 4. Mai 2016 (act. 1) klagte der Kläger gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG gegen den Beklagten auf Aberkennung der Forderung. Das Bezirksgericht Affoltern, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, wies im Folgenden die Klage mit Urteil vom 7. Januar 2016 ab und stellte fest, dass die Forderung, für welche provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, besteht. Das Urteil erging zunächst in unbegründeter Form (act. 27) und wurde alsdann auf Verlangen des Klägers begründet (act. 31 = act. 38 = act. 39). Der begründete Entscheid wurde dem Kläger am 29. Februar 2016 zugestellt (act. 32). Dagegen führte der Kläger unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 Abs. 1 ZGB rechtzeitig Berufung. Er beantragte die Gutheissung der Aberkennungsklage, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens und Neuurteilung durch die Vorinstanz (act. 37 S. 2). In der Folge wurden die bezirksgerichtlichen Akten beigezogen. Mit Verfügung vom 21. April 2016 wurde vom Kläger ein Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'150.-- verlangt (act. 40), welcher innert Frist einging (act. 42), und die Prozessleitung an die Referentin delegiert. Mit Verfügung vom 9. Mai 2016 wurde dem Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 43), welche am 13. Juni 2016 beim Gericht einging; der Beklagte äusserte sich darin nicht über seine Legitimation zum Abtretungsbegehren gemäss Art. 260 SchKG. Mit Verfügung vom 12. Juli 2016 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um mittels Auszug aus dem Kollokationsplan im Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation darzulegen, ob seine Forderungen gegen die C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation im Umfang von Fr. 210'000.-- in der 3. Klasse mittlerweile rechtskräftig kolloziert wurde bzw. der Beklagte wurde aufgefordert, mittels Urkunden darzulegen, ob er eine Kollokationsklage erhoben habe und das Kollokationsverfahren noch pendent sei (act. 47). Die Aufforderung erging unter der Androhung, dass bei Säumnis davon ausgegangen worden sei, dass die For-

derung des Beklagten gegen die C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation von Fr. 210'000.--  
rechtkräftig abgewiesen wurde (act. 47). Der Beklagte liess sich innert Frist nicht  
vernehmen (act. 48/2). Der Prozess ist spruchreif.

## II.

1. Der Kläger und der Beklagte, zwei unter anderem in der Immobilienbranche  
tätige Geschäftsleute, lernten sich im Rahmen eines Anlageinvestments kennen.  
Es ist anerkannt, dass der Kläger das ihm von der C.\_\_\_\_\_ AG gestützt auf den  
Darlehensvertrag vom 8. Oktober 2010 gewährte Darlehen von Fr. 20'000.--  
(act. 15/1, Prot. S. 6) bis heute nicht zurückbezahlt hatte, obwohl es am 31. De-  
zember 2012 zur Rückzahlung fällig war. Strittig ist, ob der Beklagte für die Darle-  
hengläubigerin im Herbst 2011 auf die Verpflichtung zur Rückzahlung verzichtet  
hat in seiner damaligen Funktion als alleiniger Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG  
(act. 19 S. 3). Darüber hinaus macht der Kläger Forderungen gegenüber dem Be-  
klagten geltend, die die Darlehensforderung bei Weitem übersteigen sollen, und  
er macht damit ein Leistungsverweigerungsrecht infolge Verrechnung geltend  
(act. 19 S. 3 ff., act. 37 S. 6 ff.).

2. Der Beklagte hat sich auf das angerufene Gericht eingelassen (Art. 18  
ZPO). In der am 8. Oktober 2010 unterzeichneten Vereinbarung wurde als Ge-  
richtsstand Aarau vereinbart (act. 15/1). Der Kläger erhob gestützt auf Art. 83  
Abs. 2 SchKG die Aberkennungsklage am Ort der Betreuung.

3. Das Gericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzun-  
gen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Die Ermächtigung zur Geltendmachung der  
Darlehensforderung an den Beklagten erfolgte unter Vorbehalt einer nachträglichen  
Kollokation seiner, des Beklagten, Forderung gegen die C.\_\_\_\_\_ AG  
(act. 3/2).

Das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG stellt gemäss einhelliger Auf-  
fassung in Lehre und Rechtsprechung ein Nebenrecht der Konkursforderung dar,  
das im Sinne des Art. 170 OR dem Schicksal dieser Konkursforderung folgt. Das  
Prozessmandat kann daher nur mit der Konkursforderung selbst zediert werden.

Es ist vorausgesetzt, dass der Abtretungsgläubiger Konkursgläubiger ist, und es auch bleibt (vgl. Amonn/ Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern, 2013, § 47, S. 445 ff., insbes. S. 446 N 48, mit weiteren Hinweisen, ferner etwa Berti, in: BSK-SchKG II, 2. A., Basel 2010, Art. 260 N 33 sowie N 28 ff, je mit Verweisen). Es ist androhungsgemäss (vorne E. I/2) davon auszugehen, dass die Forderung des Beklagten gegen die C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation nicht kolloziert wurde bzw. im Kollokationsplan gestrichen wurde (act. 47, act. 48/2). Damit hat der Beklagte seine Eigenschaft als Konkursgläubiger und das Recht darauf eingebüsst, die mit der Konkursgläubigereigenschaft verbundenen Ansprüche geltend zu machen. Da das Prozessführungsrecht im Sinne von Art. 260 SchKG ein Nebenrecht der Konkursforderung ist, fällt es mit der rechtskräftigen Abweisung der Konkursforderung auch dahin. Der Beklagte ist kein Gläubiger im Konkursverfahren der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, damit steht ihm kein Prozessführungsrecht zu. Der Beklagte kann die Darlehensforderung gegenüber dem Kläger nicht geltend machen. Die Aberkennungsklage ist gutzuheissen.

4. Da sich das Bezirksgericht und die Parteien mit dem Erlöschungsgrund der Verrechnung (Art. 120 OR) auseinandersetzen, ist der Vollständigkeit halber Nachfolgendes zu sagen: Die Abtretung nach Art. 260 SchKG bewirkt keine Abtretung im zivilrechtlichen Sinne der Art. 164 ff. OR, sondern verleiht ein Prozessführungsrecht mit Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös (BSK SchKG II-Berti N 4 zu Art. 260 SchKG mit weiteren Hinweisen). Weil diese Abtretung nicht den Übergang materieller Rechte bewirkt, ist der Drittschuldner (der Kläger), gegen den der Abtretungsgläubiger (Beklagter) vorgeht, auf die Einreden beschränkt, die er gegenüber dem Gemeinschuldner (der C.\_\_\_\_\_ AG) oder der Masse besitzt. Einreden gegen den Abtretungsgläubiger persönlich, wie etwa die Verrechnungseinrede, kann er nicht erheben (so auch Ammon / Walther, a.a.O., § 47 N 59, S. 387). Es fehlt an der Voraussetzung der Gegenseitigkeit der Forderungen. Der Kläger macht die Verrechnungsforderungen gegenüber dem Beklagten persönlich geltend, nämlich: Aufwandentschädigung im Betrag von Fr. 3'780.-- für die Reise nach Berlin im Spätherbst 2011, welche der Kläger eigenen Angaben zufolge für den Beklagten unternommen hatte (act. 37 S. 7 f.), Aufwandentschädigung im Betrag von Fr. 6'120.-- für Fahrten, bei denen er die Tochter des

Beklagten in die Kindertagesstätte und zurück chauffierte, (act. 37 S. 8 f.) und sodann Aufwandentschädigung im Betrag von Fr. 15'300.-- für den Einsitz im Verwaltungsrat von Gesellschaften des Beklagten während 4 Jahren (act. 37 S. 10). Auch die letztgenannte Forderung macht der Kläger gegenüber dem Beklagten geltend, er (der Kläger) sei vom Beklagten einem Hampelmann ähnlich in verschiedene Gesellschaften als Geschäftsführer und Verwaltungsrat eingesetzt worden, er habe seinen Kopf für den Beklagten in seinen Gesellschaften hinhalten müssen, ohne dass er hierfür in irgendeiner Form entschädigt worden sei, im Gegenteil, es seien Probleme entstanden (act. 13 S. 8). Der Kläger könnte diese (Verrechnungs-)Forderungen dem Anspruch des Beklagten aus Darlehen, wenn er denn bestünde, nicht entgegen halten. Schliesslich ist mit dem Kläger von einer unentgeltlichen Auftragserfüllung nur dann auszugehen, wenn ein freundschaftliches Verhältnis zwischen Auftraggeber (Beklagter) und Beauftragten (Kläger) besteht. Ein solches freundschaftliches Verhältnis wäre vorliegend aufgrund der Behauptungen nicht anzunehmen (act. 19 S. 7). Die hier zur Diskussion stehenden Dienstleistungen wären als entgeltlich zu taxieren (gewesen; Art. 394 Abs. 3 OR).

5. Abschliessend ist mit dem Kläger dafür zu halten, dass die rechtsgenügeliche Feststellung des (behaupteten) Verzichts auf Rückzahlung des Darlehens in einem Beweisverfahren abzuklären ist bzw. abzuklären gewesen wäre (act. 37 S. 4). Nachdem der Beklagte aber aus dargelegtem Grund von Vornherein nicht befugt ist, vom Kläger die Rückzahlung des Darlehens zu verlangen, ist auf entsprechende Ausführungen zu verzichten.

### III.

1. Bei diesem Ausgang sind die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens gemäss Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO dem Beklagten aufzuerlegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die vorinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten unangefochten blieb (act. 19, act. 45), sie erwiese sich im Übrigen als angemessen und daher zu bestätigen ist. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG nach § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG zu bestimmen und unter Berücksichtigung des notwendig gewordenen Aufwandes auf Fr. 2'500.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten des

erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens sind gestützt auf Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO mit den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen (Bel-Nr. 836 und Bel-Nr. 3429), unter Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger die von diesem geleisteten Kostenvorschüsse zu ersetzen.

Die Bemessung der Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren erfolgt vorab gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV. Gestützt auf § 11 Abs. 2 AnwGebV sind für die zusätzliche Rechtschrift (Replik) auf der Grundgebühr einen Zuschlag von 20% in die Rechnung zu setzen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 20'000.-- ergibt dies eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 3'780.--. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'150.-- festzusetzen. Mehrwertsteuer ist nicht zu ersetzen, da dies nicht verlangt wurde. Das führt zu einer gesamthaften Entschädigung für beide Verfahren von 6'930.--.

2. Abschliessend ist der Klarheit halber festzuhalten, dass der Rechtsöffnungsrichter in Dispositiv-Ziffer 1 seines Entscheides vom 22. April 2015 (act. 3/1 S. 2) nicht provisorische Rechtsöffnung erteilte für die Zahlungsbefehlskosten und die Entscheidgebühr des Rechtsöffnungsverfahrens (Betreibungskosten), sondern er lediglich die gesetzlichen Tilgungsmodalitäten gemäss Art. 68 SchKG wiedergab, wonach die Zahlungen des Schuldners vorab an die Betreibungskosten anzurechnen seien.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 7. Januar 2016 aufgehoben, und es wird die Aberkennungsklage gutgeheissen.

Es wird festgestellt, dass die in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Hausen a.A. ZH mit Entscheid des Bezirksgerichtes Affoltern, Einzelgericht, vom 22. April 2015, für den Betrag von Fr. 20'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013, provisorisch geschützte Forderung nicht besteht.



2. Die erstinstanzliche Festlegung der Gerichtskosten (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss (Bel-Nr. 1) verrechnet. Der Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 3'150.-- zu ersetzen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt und mit vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss (Bel-Nr. 2) verrechnet. Der Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger den geleisteten Vorschuss im Betrag von Fr. 2'500.-- zu ersetzen.
6. Der Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'930.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 45 und 46, die Obergerichtskasse sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.
8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: