

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170096-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Urteil vom 4. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch B. _____

gegen

C. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 2. Februar 2017 (EB160641-C)

Erwägungen:

1. a) Mit bei der Vorinstanz am 14. November 2016 eingegangener Eingabe vom 10. November 2016 stellte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) das folgende Rechtsöffnungsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Für die in Betreuung gesetzte Forderung in Höhe von CHF 16'600.00 nebst 5% Zins seit 09.08.2016 sowie für die Betreuungskosten sei dem Gläubiger und Gesuchsteller in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon, 8304 Wallisellen, gestützt auf den Darlehensvertrag vom 14.09.2010 provisorische Rechtsöffnung nach Art. 82 SchKG zu erteilen;
- 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

b) Mit Urteil vom 2. Februar 2017 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren des Klägers in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 11. Oktober 2016) ab (Urk. 21).

c) Mit Eingabe vom 22. Mai 2017 erhob der Kläger innert Frist Beschwerde gegen das vorgenannte Urteil mit dem folgenden Antrag (Urk. 20):

- " 1. Das Urteil EB160641-C/U der Vorinstanz vom 2. Februar 2017 betreffend Abweisung des Begehrens um provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon sei infolge unrichtiger Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes, Willkür sowie wegen Rechtsverzögerung aufzuheben.
- 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz."

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1 bis 19). Mit Verfügung vom 30. Juni 2017 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.- zu leisten, und der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte), um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 25). Der Kostenvorschuss wurde durch den Kläger innert Frist geleistet (Urk. 25 f.). Eine Beschwerdeantwort ist nicht eingegangen.

2. a) Der Kläger beantragt mit seiner Beschwerde formell lediglich die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Aus der Beschwerdebegründung (vgl. etwa

Urk. 20 S. 8) wird jedoch klar, dass der Kläger die Gutheissung seines vor Vorinstanz gestellten Rechtsöffnungsbegehrens beantragt.

b) Die Beklagte hat die Verfügung vom 30. Juni 2017 trotz Abholungseinladung nicht abgeholt (Urk. 27). Da sie Kenntnis vom Rechtsöffnungsverfahren hat (vgl. Urk. 7 bis 11), gilt die Verfügung vom 30. Juni 2017 aufgrund von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO dennoch als am 14. Juli 2017 zugestellt (Urk. 27).

3. a) Die erstinstanzliche Rechtsöffnungsrichterin führte im angefochtenen Urteil aus, als provisorischer Rechtsöffnungstitel liege ein Darlehensvertrag vom 14. September 2010 (Urk. 4/2) im Recht. Die Hingabe der Darlehensvaluta sei nicht bestritten. Der Gläubiger habe daher bloss die Fälligkeit nachzuweisen. Vorliegend sei das Darlehen in Raten zurückzuzahlen, sobald die Beklagte beginne, Verträge für eine Provision abzuschliessen. Falls dies nicht klappen sollte, sei das Darlehen ratenweise abzufahren, sobald die Beklagte eine Festanstellung habe. Mit dieser Formulierung sei eine Mindestdauer vereinbart worden. Der Kläger habe sich verpflichtet, mit der Rückforderung so lange zuzuwarten, bis die Beklagte Provisionen aus dem Abschluss von Verträgen erhalte oder eine Festanstellung habe. Das vorliegende Darlehen sei daher als "Darlehen auf bestimmte Zeit" zu qualifizieren, weshalb eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen sei. Der Eintritt der Suspensivbedingung sei vom Kläger mit Urkunden zu beweisen. Der Kläger bringe zwar vor, dass die Beklagte seit dem Jahr 2011 eine Festanstellung habe. Die dazu eingereichten Urkunden würden jedoch keine Aussage darüber machen, ob es sich bei der Anstellung der Beklagten um eine Festanstellung handle. Der Beweis des Eintritts der Suspensivbedingung sei damit nicht erbracht. Der Kläger mache sodann zwar geltend, er habe den Darlehensvertrag wegen wiederholter Vertragsverletzung durch die Beklagte am 28. Juli 2016 fristlos gekündigt, weil trotz Festanstellung keine Rückzahlungsraten geleistet worden seien. Damit sei der gesamte Darlehensbetrag von Fr. 16'600.– sofort fällig gestellt worden. In diesem Vorbringen des Klägers könne jedoch kein wichtiger Grund erblickt werden. Die ausserordentliche Kündigung sei demnach als ungültig zu qualifizieren. Da die Fälligkeit weder durch Eintritt der Suspensivbedingung nachgewiesen noch

durch die fristlose Kündigung herbeigeführt worden sei, könne keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden (Urk. 21 S. 3-5).

b) Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Begründet im Sinne von Art. 321 Abs. 1 ZPO bedeutet, dass die Beschwerdeschrift aufzuzeigen hat, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Beschwerde führende Partei hat dabei im Einzelnen – in der Beschwerde selbst – darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.). Soweit die Beschwerde Ausführungen enthält, welche sich nicht auf die Begründung des angefochtenen Urteils beziehen, braucht darauf nicht eingegangen zu werden.

c) Der Kläger macht in seiner Beschwerde zusammengefasst geltend, die Beklagte selbst führe auf ihrem Profil auf www.xing.com eine Anstellung seit 12/2012 auf, welche noch heute aktuell sei. Bei einer Anstellungsdauer von über vier Jahren könne nicht mehr von einer fehlenden Festanstellung ausgegangen werden. Die Beklagte habe denn auch auf vorprozessuale Schreiben wie auch im Rechtsöffnungsverfahren keine Einwände dagegen vorgebracht. Indem die Vorinstanz dennoch von einer fehlenden Festanstellung ausgehe, habe sie den Sachverhalt offensichtlich unrichtig, ja willkürlich festgestellt. Sodann sei die Vorinstanz in überspitzten Formalismus verfallen, weil sie verlangt habe, die Festanstellung durch Urkunden zu beweisen, obwohl ein solcher Beweis durch ihn nicht erbracht werden könne. Wegen dieser Beweisnot müsse das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen. Damit sei die Festanstellung der Beklagten genügend bewiesen und diese sei ihren Zahlungsverpflichtungen seit 2011 nicht nachgekommen. Schliesslich hätte die Vorinstanz die Gültigkeit der Kündigung vom 28. Juli 2016 nicht beurteilen dürfen, denn diese sei von der Be-

klagten nicht angefochten worden und damit in Rechtskraft erwachsen. Die Rechtsöffnung sei daher zu erteilen (Urk. 20 S. 4 ff.).

d) Der von den Parteien geschlossene Darlehensvertrag vom 14. September 2010 für den Darlehensbetrag von Fr. 16'600.– sieht unter "Tilgung" vor (Urk. 4/2; nach unbestrittener Darstellung des Klägers lebten die Parteien damals zusammen und ist D._____ dessen Bruder, vgl. Urk. 1 S. 2 f.):

"C._____ wird den Betrag sobald Sie D._____ anfängt Verträge abzuschliessen, von der Provision jeweils einen Betrag an A._____ zurückbezahlen.

Sollte dies nicht klappen, wird Sie sobald sie eine Festanstellung hat A._____ die Schulden in der Höhe von monatlich Minimum CHF 200.00 zurückbezahlen.

Die Abzahlungsliste dafür wird von beiden geführt und nach jeder Bezahlung unterschrieben."

Der Kläger macht geltend, die Bedingung der Festanstellung gemäss dem Darlehensvertrag sei ab 2011 eingetreten (Urk. 1 S. 6 lit. c, Urk. 20 S. 7). Die Beklagte äusserte sich im vorinstanzlichen Verfahren innert Frist nicht zu dieser Behauptung. Auch in ihrer verspäteten Eingabe vom 14. Januar 2017 macht sie nicht geltend, sie sei nicht in einer Festanstellung tätig. Sie bietet sogar Lohnauszüge zur Einsicht an (Urk. 11). Die Behauptung des Klägers, die Beklagte arbeite seit 2011 in einer Festanstellung, blieb im vorliegenden provisorischen Rechtsöffnungsverfahren unbestritten (auch im Beschwerdeverfahren). Der Eintritt der Bedingung ist von der Gegenpartei jedoch ausdrücklich zu anerkennen. Die Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung der Gegenpartei als Säumnisfolge aus dem Zivilprozessrecht genügt nicht (Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 203 Fn. 173). Aus der Säumnis einer Partei darf nicht abgeleitet werden, die von der anderen Partei behauptete Tatsache sei nicht streitig bzw. anerkannt (BGer 5A_125/2016 vom 27. Juli 2016, E. 4.3). Es stellt sich daher die Frage, ob der Kläger mit den Urk. 4/11-12 zu beweisen vermag, dass die Beklagte in einer Festanstellung tätig ist. Beide Urkunden sprechen grundsätzlich für eine Festanstellung. Aus dem Ausdruck des XING-Kontos der Beklagten vom 25. Oktober 2016 ergibt sich, dass die Beklagte selber angibt, von Dezember 2011 bis August 2012 und seit Dezember 2012 (fortdauernd) an zwei Arbeitsstellen tätig gewesen

bzw. noch tätig zu sein (Urk. 4/11). Und aus dem Ausdruck des Internet-Auftritts der E._____ GmbH vom 25. Oktober 2016 geht hervor, dass die Beklagte zum Business-Team der E._____ GmbH gehört (Urk. 4/12). Nach dem Regelbeweismass ist der Beweis erbracht, wenn das Gericht von der Verwirklichung der umstrittenen Tatsache überzeugt ist. Der Beweis muss nach objektiven Gesichtspunkten erstellt sein, nicht nach subjektiven. Die zu beweisende Tatsache muss nicht mit Sicherheit feststehen. Es genügt, wenn die (regelmässig auch) vorhandenen Zweifel als nicht erheblich erscheinen. Solange die Zweifel mit überzeugenden Argumenten als unerheblich angesehen werden können, ist der Beweis erbracht. Die tolerierbare Unsicherheit hängt von den Beweismöglichkeiten und Beweissicherungsmöglichkeiten ab. Gesamthaft betrachtet dürfen die Zweifel nicht ins Gewicht fallen, sondern müssen unbedeutend sein (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 61 m.w.H.). Vorliegend steht zwar nicht mit absoluter Sicherheit fest, dass die Beklagte über eine Festanstellung verfügt, aufgrund der aufgeführten Urk. 4/11-12 sind die Zweifel aber nicht als erheblich anzuschauen. So führt die Beklagte selber in ihrem XING-Konto unter der Rubrik "Die berufliche Laufbahn von C._____" aus, sie sei seit Dezember 2012 bei E._____ tätig (Urk. 4/11). Eine solche Anstellungsdauer ist nur als Festanstellung denkbar. Dies wird schliesslich noch bestärkt durch den Internetauszug der E._____ (Urk. 4/12), da beim Internet-Auftritt einer Gesellschaft regelmässig nur feste Mitarbeiter (keine temporär angestellten) aufgeführt werden. Daher ist als bewiesen anzusehen, dass die Beklagte seit Dezember 2012 eine Festanstellung inne hat. Insoweit hat die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Hingegen bleibt unbewiesen, dass sie über eine solche bereits seit 2011 verfügt, da in ihrem XING-Konto für die Zeit vom Dezember 2011 bis August 2012 als Arbeitgeber "F._____.ch" genannt ist, was eher auf Temporäranstellungen hindeutet (vgl. Urk. 4/11).

Gemäss dem Darlehensvertrag vom 14. September 2010 war die Beklagte aufgrund ihrer Festanstellung seit Dezember 2012 zur Zahlung von monatlichen Raten von Fr. 200.– verpflichtet (Urk. 4/2). Sie hat diese indessen nicht geleistet. Der Kläger macht geltend, deswegen den Darlehensvertrag gekündigt zu haben. Sein Beschwerdevorbringen, dass die Vorinstanz die Gültigkeit der Kündigung

nicht hätte infrage stellen dürfen, weil die Beklagte die Kündigung nicht angefochten habe (Urk. 20 S. 7), verfährt zwar nicht, denn bei Darlehensverträgen sieht das Gesetz eine Anfechtung einer Kündigung nicht vor (Art. 312 ff. OR), und das Rechtsöffnungsgericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die in Betreuung gesetzte Forderung bei Anhebung der Betreuung fällig war (Stücheli, a.a.O., S. 371). Gleichwohl ist auch bei auf bestimmte Zeit bzw. auf eine Mindestdauer abgeschlossenen Darlehensverträgen – wie beim vorliegenden Darlehensvertrag vom 14. September 2010 (vgl. Urk. 21 S. 3 f. E. 3.2; im Beschwerdeverfahren nicht beanstandet) – eine ausserordentliche Kündigung möglich. Eine solche ist namentlich zulässig, wenn der Borger Abschlagszahlungen nicht erbringt (BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 318 N 22 m.w.H.). Vorliegend hat die Beklagte, wie dargelegt, die Rückzahlungen seit Dezember 2012 nicht geleistet, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre. Der Kläger war daher zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt und hat diese mit Einschreiben vom 28. Juli 2016 (Urk. 4/3; von der Beklagten nicht abgeholt, Urk. 4/4-5) sowie mit Schreiben vom 30. August 2016 (Urk. 4/6; die Beklagte hat den Erhalt nicht bestritten) ausgesprochen. Damit war die Darlehensforderung von Fr. 16'600.– bei Anhebung der Betreuung im Oktober 2016 (vgl. Urk. 3: Zahlungsbefehl vom 11. Oktober 2016) fällig. Dass der Darlehensvertrag vom 14. September 2010 einen genügenden provisorischen Rechtsöffnungstitel darstellt (Urk. 21 S. 3), ist im Beschwerdeverfahren nicht umstritten. Dementsprechend ist für die durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesene Hauptforderung die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

e) Der Verzugszinsenlauf ist durch das Schreiben vom 28. Juli 2016 (Urk. 4/3), worin der Beklagten eine Frist von zehn Tagen zur Rückzahlung angesetzt worden war, ausgewiesen.

f) Nach der Praxis des Obergerichts ist für die Betreuungskosten keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108 Nr. 2). Diese Rechtsprechung stützt sich auf Art. 68 Abs. 2 SchKG, wonach die Betreuungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben sind, soweit dieser die Kosten tragen muss (BSK SchKG I-Emmel, Art. 68 N 16-18). Insoweit ist das Rechtsöffnungsbegehren des Klägers abzuweisen.

g) Entsprechend der provisorischen Rechtsöffnung ist die Beklagte auf den Fristenlauf für die Aberkennungsklage hinzuweisen (vgl. Art. 83 Abs. 2 und 3 SchKG). Dieser beginnt mit Zustellung des vorliegenden Entscheids (vgl. Art. 142 Abs. 1 ZPO).

4. a) Aufgrund der Gutheissung der Beschwerde sind auch die Kostenfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu regeln. Dessen – in der Höhe beschwerdeweise nicht beanstandeten – Kosten sind ausgangsgemäss der praktisch vollumfänglich unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Der Kläger wurde im vorinstanzlichen Verfahren durch einen Treuhänder vertreten. Dies ist zulässig (Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO; Staehelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 68 N 20-21a), dessen Kosten dürfen jedoch nicht der Beklagten überbunden werden (Art. 27 Abs. 3 SchKG), weshalb für das vorinstanzliche Verfahren dem Kläger trotz Obsiegen keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

5. a) Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist gestützt auf Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Dem im Beschwerdeverfahren durch seinen Bruder vertretenen Kläger ist für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen, da dieser den Kläger unentgeltlich vertritt (vgl. Urk. 20 S. 2 lit. b) und der Kläger zudem keine weiteren Aufwendungen für das Beschwerdeverfahren geltend macht.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 2. Februar 2017 aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:

- " 1. Dem Kläger wird *provisorische* Rechtsöffnung erteilt in der
Betreibung Nr. ..., Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon
(Zahlungsbefehl vom 11. Oktober 2016) für
Fr. 16'600.– nebst Zins zu 5 % seit dem 9. August 2016.
Im Mehrumfang wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Dem Kläger wird keine Parteientschädigung zugesprochen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Beklagte kann innert 20 Tagen nach Zustellung dieses Entscheids beim
zuständigen Gericht unter Beilage dieses Entscheids schriftlich und im Dop-
pel auf *Aberkennung der Forderung* klagen. Unterlässt sie dies, wird die
Rechtsöffnung definitiv.
3. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beklagten auferlegt und
mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte
wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– zu er-
setzen.
5. Dem Kläger wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung
zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-
telfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert
30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,
1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-
schwerde 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. 16'600.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
sf