

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT220115-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Beschluss und Urteil vom 6. Dezember 2022

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 27. Januar 2022 (EB210245-E)

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Mit Urteil und Verfügung vom 27. Januar 2022 wies die Vorinstanz das Begehren des Gesuchstellers und Beschwerdeführers (fortan Gesuchsteller) um provisorische Rechtsöffnung für Fr. 130'000.–, die Kosten des Zahlungsbefehls sowie Gerichtskosten und Parteientschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Rüti ZH, Zahlungsbefehl vom 6. April 2021, ab (Urk. 16; Urk. 19 S. 11 = Urk. 22 S. 11). Der Gesuchsteller stützt sein Rechtsöffnungsbegehren auf die Vereinbarung der Parteien vom 10. November 2011, in welcher der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) Schulden in Höhe von Fr. 130'000.– aus dem Darlehensvertrag vom 26. April bzw. 25. Mai 2004 zwischen seiner Einzelfirma C._____ und dem Gesuchsteller übernahm (Urk. 1 Rz. 5 ff.; Urk. 4/5). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Vereinbarung vom 10. November 2011 nichtig sei (Urk. 22 S. 10), was vom Gesuchsteller bestritten wird. Ferner ist zwischen den Parteien strittig, ob der Gesuchsgegner die Schuld bezahlt hat.

2. Gegen das Urteil und die Verfügung vom 27. Januar 2022 erhob der Gesuchsteller am 23. Juni 2022 fristgerecht (Art. 321 Abs. 2 ZPO und Urk. 20) Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 21 S. 2):

"Es sei das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 27. Januar 2022 betreffend Rechtsöffnung (Geschäfts-Nr. EB210245) aufzuheben und es sei dem Gesuchsteller in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Rüti ZH (Zahlungsbefehl vom 6.4.2021) provisorisch Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 130'000.00 für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 203.30 sowie für die Gerichtskosten und die Parteientschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zulasten des Gesuchsgegners für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren."

3. Mit Verfügung vom 7. Juli 2022 wurde dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 3'000.– angesetzt (Urk. 23). Auf das Fristerstreckungsgesuch vom 20. Juli 2022 (Urk. 24) wurde mit Verfügung

vom 22. Juli 2022 nicht eingetreten (Urk. 25). Mit Verfügung vom 5. August 2022 wurde die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses auf entsprechenden Antrag des Gesuchstellers letztmalig erstreckt (Urk. 26-27), worauf der Gesuchsteller mit Eingabe vom 15. August 2022 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellte und um Abnahme der Frist ersuchte (Urk. 28). Auf Letzteres wurde mit Verfügung vom 5. September 2022 nicht eingetreten (Urk. 34). Daraufhin wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 26. September 2022 Frist angesetzt, um die Beschwerdeantwort einzureichen (Urk. 35). Diese ging fristgerecht ein (Urk. 36) und wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 19. Oktober 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 38). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-20). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

Mit der Beschwerde können gemäss Art. 320 ZPO unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet zu erheben. In der Beschwerdebegründung ist darzulegen, worauf der Beschwerdeführer seine Legitimation stützt, inwieweit er beschwert ist, auf welchen Beschwerdegrund gemäss Art. 320 ZPO er sich beruft und an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet (Freiburghaus/Afeldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 321 Rz. 15; BGE 138 III 374, E. 4.3.1 S. 375). Was in der Beschwerde oder der Beschwerdeantwort nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 Rz. 21 und Rz. 39 ff.; *OGer ZH RT170220 vom 21.06.2018, E. 2.3; RE190015 vom 12.06.2020, E. 2.*). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes

Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4).

III. Materielles

1. Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller stütze sein Rechtsöffnungsbegehren auf die Vereinbarung vom 10. November 2011, in welcher sich der Gesuchsgegner verpflichtet habe, von seiner Einzelfirma C._____ Schulden in Höhe von Fr. 130'000.– aus dem Darlehensvertrag vom 26. April bzw. 25. Mai 2004 zu übernehmen. Insofern könne eine externe Schuldübernahme vorliegen, welche grundsätzlich zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige. Da jedoch nur übertragbare Schulden übernommen werden könnten, sei vorgängig zu prüfen, ob der Darlehensvertrag vom 26. April 2004 bzw. 25. Mai 2004 überhaupt Gültigkeit erlangt habe (Urk. 22 S. 4 f.). Das Gericht habe gewisse Mängel einer Forderung von Amtes wegen zu beachten, insbesondere Ansprüche aus nichtigen Verträgen (Urk. 22 S. 5). Der Einstellungsverfügung vom 2. Mai 2008 im Strafverfahren gegen den Gesuchsgegner könne entnommen werden, dass der Gesuchsteller dem Gesuchsgegner in den Monaten Mai und September 2004 Fr. 200'000.– übergeben habe (Urk. 22 S. 7). Da auch im Darlehensvertrag vom 26. April 2004 bzw. 25. Mai 2004 eine Darlehenssumme von Fr. 200'000.– vorgesehen gewesen sei, sei auch mangels anderslautenden Einwendungen des Gesuchstellers davon auszugehen, dass es sich bei den Geldübergaben um die Darlehenssumme gehandelt habe (Urk. 22 S. 8 f.). Gemäss Einstellungsverfügung hätten die Parteien mit den Geldübergaben zwei unterschiedliche Ziele verfolgt: Zum einen habe die Abrede der Parteien vorgesehen, dass der Gesuchsgegner mit der Partnerin des Gesuchstellers (D._____) einen fiktiven Arbeitsvertrag abschliesse, damit diese unrechtmässig Sozialversicherungsbeiträge hätte generieren und zu einem späteren Zeitpunkt Arbeitslosentschädigung hätte beziehen können. Zum anderen sei vereinbart worden, dass der Gesuchsgegner den Restbetrag in Aktien investiere. Für letzteren Zweck habe der Gesuchsgegner im Namen der Firma C._____ für Fr. 50'000.– Aktien gekauft. Im Umkehrschluss könne gefolgert werden, dass Fr. 150'000.– für die fiktive Anstellung von D._____ bestimmt gewesen seien. Das unrechtmässige Beziehen von Sozialversicherungsleistungen sei schon damals

verboten gewesen, womit dem Darlehensvertrag im Umfang von Fr. 150'000.– ein verpönter Zweck zugrunde gelegen habe und er in diesem Umfang als nichtig zu qualifizieren sei. Im Umfang von Fr. 50'000.– sei der Darlehensvertrag vom 26. April bzw. 25. Mai 2004 gültig zustande gekommen (Urk. 22 S. 9). Die Vereinbarung vom 10. November 2011 sei jedoch auch im Umfang von Fr. 50'000.– nicht gültig zustande gekommen, da davon auszugehen sei, dass von der ursprünglichen Darlehenssumme Fr. 70'000.– zurückbezahlt worden seien. Es könne aufgrund der Akten nicht beurteilt werden, ob bzw. in welchem Umfang die Vereinbarung vom 10. November 2011 auf einer nichtigen Schuld beruhe. Es sei nicht auszuschliessen, dass das gültig vereinbarte Darlehen in Höhe von Fr. 50'000.– bereits zurückbezahlt worden sei und die mit Vereinbarung vom 10. November 2011 übernommene Schuld vollständig auf einer nichtigen Vertragsgrundlage beruhe. Erschwerend komme hinzu, dass der Gesuchsteller es unterlassen habe, sich zu den Vorbringen des Gesuchsgegners zu äussern (Urk. 22 S. 10 f.).

2. Der Gesuchsteller rügt, der angefochtene Entscheid beruhe auf offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhalts sowie auf unrichtiger Rechtsanwendung, insbesondere wegen Verletzung der Beweislastregeln, des Verhandlungsgrundsatzes sowie der Bestimmungen über die provisorische Rechtsöffnung. Nur das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels sei von Amtes wegen zu prüfen. Einwendungen seien vom Schuldner vorzubringen und zu untermauern (Urk. 21 Rz. 2, Rz. 6). Die Vorinstanz habe zu Unrecht überprüft, ob der Darlehensvertrag vom 26. April 2004 bzw. 25. Mai 2004 überhaupt Gültigkeit erhalten habe. Der Gesuchsgegner habe gegen die Gültigkeit dieses Vertrags keine Einwendungen vorgebracht und entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei nicht ersichtlich, inwieweit der Darlehensvertrag widerrechtlich sein könnte (Urk. 21 Rz. 8 ff., Rz. 12). Es sei weder behauptet worden noch ergebe sich aus den Akten, dass der Gesuchsgegner Fr. 150'000.– für Löhne für D._____ für nicht geleistete Arbeit erhalten habe. Dass Fr. 150'000.– für D._____ gedacht gewesen seien, bestreite er. Das Bruttoeinkommen von D._____ soll Fr. 3'800.– betragen haben. Auch wenn die Ausführungen in der Einstellungsverfügung zutreffen sollten, wären lediglich Lohnzahlungen von Fr. 45'600.– brutto und nicht Fr. 150'000.– er-

folgt (Urk. 21 Rz. 10). Unzulässig sei die Folgerung der Vorinstanz, dass mangels anderslautender Einwendungen des Gesuchstellers davon auszugehen sei, dass es sich bei den in der Einstellungsverfügung beschriebenen Geldern um die Darlehensforderung handle. Die provisorische Rechtsöffnung sei auszusprechen, wenn der Gläubiger über eine unterschriebene Schuldanerkennung verfüge und keine Einwendungen glaubhaft gemacht würden, welche diese entkräfteten. Es bestehe somit eine andere Beweislastverteilung als im Zivilprozess (Urk. 21 Rz. 11). Auch wenn der ursprünglich geschlossene Darlehensvertrag einen widerrechtlichen Zweck verfolgt hätte, hätte der Gesuchsgegner das vom Gesuchsteller erhaltene Geld wieder zurückerstatten müssen. Die Schuldanerkennung wäre in diesem Fall nicht ungültig. Die Annahme der Vorinstanz, dass der Darlehensvertrag im Umfang von Fr. 150'000.– nicht gültig zustande gekommen sei, sei deshalb falsch (Urk. 21 Rz. 12). Die Schuldanerkennung sei mehr als drei Jahre nach Einstellung des Strafverfahrens gegen den Gesuchsgegner erfolgt, weshalb die Untersuchungsakten nicht belegen könnten, dass der Gesuchsgegner den Restbetrag von Fr. 130'000.– zurückbezahlt hätte (Urk. 21 Rz. 13). Schliesslich lasse sich die Behauptung der Vorinstanz, es sei nicht auszuschliessen, dass Fr. 50'000.– bereits zurückbezahlt worden seien, weder auf eine entsprechende Einwendung des Gesuchsgegners noch auf die Akten stützen. Dass er sich dazu nicht geäußert habe, dürfe nicht gegen ihn verwendet werden (Urk. 21 Rz. 14).

3. Der Gesuchsgegner beantragt die Abweisung der Beschwerde und führt aus, er gehe davon aus, dass die Beschwerdeinstanz über die Akten verfüge, welche er der Vorinstanz eingereicht habe. Er habe die geforderte Summe von Fr. 130'000.– in Raten à Fr. 20'000.– abbezahlt bis zur Verfügung, dass er keine Zahlungen an den Gesuchsteller mehr tätigen dürfe. Den Rest habe er danach an die Staatskasse bezahlt (Urk. 36).

4. Das Rechtsöffnungsverfahren unterliegt mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts grundsätzlich der Verhandlungsmaxime (Art. 55 i.V.m. Art. 255 ZPO e contrario; *OGer ZH RT170171 vom 27.11.2017, E. 3.2.*). Das bedeutet, dass die Parteien die Tatsachen, auf welche sie sich stützen, in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen zu behaupten und mit entsprechenden Beweismitteln

nachzuweisen haben. Die Beweismittel müssen dabei grundsätzlich unmittelbar im Anschluss an die entsprechende Tatsachenbehauptung angeboten werden (sog. Prinzip der Beweisverbindung; Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 152 N 16). Gewisse Aspekte des Rechtsöffnungsverfahrens unterliegen jedoch der beschränkten Untersuchungsmaxime, insbesondere, ob bei der provisorischen Rechtsöffnung das Rechtsgeschäft, welches der Schuldanererkennung zu Grunde liegt, nichtig ist (BGer 5A_190/2019 vom 4. Februar 2020, E. 3.1.; OGer RT170171 vom 27.11.2017, E. 3.2.2.; BSK SchKG-Staehelin, Art. 84 N 50d). Die Anwendung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime führt dazu, dass das Gericht auch unbehauptete Tatsachen berücksichtigen darf und nicht an die Beweisangebote der Parteien gebunden ist (BGE 139 III 13, E. 3.2; OGer LA190043 vom 07.02.2020, E. 3.3.2).

5. Da im Anwendungsbereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime auch unbehauptete Tatsachen und nicht korrekt angebotene Beweismittel berücksichtigt werden können, durfte die Vorinstanz den Sachverhalt, auf welchen sie die Nichtigkeit der Vereinbarung vom 10. November 2011 stützte, unabhängig von den Behauptungen des Gesuchsgegners anhand der Akten feststellen. Die diesbezüglichen Rügen des Gesuchstellers sind somit unbegründet. Die Annahme der Vorinstanz, dass es sich bei den übergebenen (deliktsrelevanten) Geldern um die Darlehenssumme gemäss Vereinbarung vom 26. April 2004 und 25. Mai 2004 handelte, ist sodann nicht zu beanstanden. Dies ergibt sich bereits aus den Aussagen des Gesuchsgegners bei der Staatsanwaltschaft (Urk. 13/2 S. 2 i.V.m. Urk. 2/4) und auch aus der Tatsache, dass exakt derselbe Betrag – welcher sich mit Fr. 200'000.– auf keine alltägliche Summe beläuft – in dem Zeitraum übergeben wurde, welcher ungefähr in der Vereinbarung vom 26. April und 25. Mai 2004 festgehalten wurde (Urk. 2/4 i.V.m.13/4 S. 2). Die geringfügige zeitliche Abweichung bezüglich der ersten Tranche von Fr. 100'000.– vermag diese Annahme insbesondere angesichts der Aussagen des Gesuchsgegners nicht umzustossen. Ob sich der Gesuchsteller dazu geäussert hat, ist daher unerheblich, weshalb auf die entsprechende Rüge des Gesuchstellers (Urk. 21 Rz. 11) nicht weiter einge-

gangen werden muss. Ferner ist auch die Würdigung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass Fr. 150'000.– für einen widerrechtlichen Zweck gedacht gewesen seien. Dass der Gesuchsteller dies im Beschwerdeverfahren bestreitet (Urk. 21 Rz. 10), ist aufgrund des Novenverbots nicht zu berücksichtigen und vermöchte die Würdigung der Vorinstanz ohnehin nicht als willkürlich erscheinen lassen. Zwar lässt sich der Betrag von Fr. 150'000.– nicht der Einstellungsverfügung entnehmen. Er lässt sich aber aus der Tatsache, dass der Gesuchsgegner mit der Restsumme der Fr. 200'000.– hätte Aktien kaufen sollen und dies im Umfang von Fr. 50'000.– getan hat (Urk. 13/4 S. 2), ohne Willkür ableiten. Wie sich den Akten entnehmen lässt, wurde vom fiktiven Arbeitsvertrag mit D._____ aufgrund deren Trennung vom Gesuchsteller früher als ursprünglich geplant Abstand genommen (Urk. 13/2 S. 3). Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages sind die Parteien somit wohl von einer längeren Anstellungsdauer und damit höheren notwendigen Geldmitteln ausgegangen. Der Einwand des Gesuchstellers, nur Fr. 45'600.– seien für die fiktive Anstellung von D._____ verwendet worden (Urk. 1 Rz. 11), verfängt daher nicht. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass der Darlehensvertrag im Umfang von Fr. 150'000.– einen widerrechtlichen Inhalt aufgewiesen habe und deshalb in diesem Umfang nicht gültig zustande gekommen sei (Urk. 22 S. 9 f.), ist nicht zu beanstanden.

6. Wie die Vorinstanz sodann zutreffend festhielt (Urk. 22 S. 4), kann eine nichtige Schuld nicht übernommen werden (Art. 20 Abs. 1 OR; OFK OR-Schauvelberger/Keller, Art. 175 N 2; CHK OR-Reetz/Burri, Art. 175 N 21; ZK OR-Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N 39), weshalb die Vereinbarung vom 10. November 2011 mithin maximal im Umfang von Fr. 50'000.– gültig hätte zustande kommen können. Dass der Gesuchsteller womöglich unter einem anderen Titel als aus Vertrag – wobei einzig bereicherungsrechtliche Ansprüche in Frage kämen – Anspruch auf Rückerstattung des Geldes hätte (so Urk. 21 Rz. 12), ändert daran nichts. Dies war nämlich nicht Gegenstand der Vereinbarung vom 10. November 2011 und diese kann auch nicht im Sinne einer Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) auf eine einseitige Schuldanerkennung für Fr. 130'000.– reduziert bzw. umgedeutet werden: Aus der Vereinbarung ist nämlich ersichtlich, dass der Gesuchsgegner nicht bloss eine Schuldanerkennung abgeben wollte,

sondern die Parteien auch Wirkungen auf die Vereinbarung vom 20. Dezember 2010 anstrebten, deren Inhalt nicht bekannt ist (Urk. 2/5). Es kann ohne weitere Anhaltspunkte nicht angenommen werden, dass der Gesuchsgegner die Schulden in Höhe von Fr. 130'000.– auch übernommen hätte, wenn die zuvor abgeschlossene Vereinbarung weiterhin bestanden hätte. Im Zweifelsfall ist von der Nichtigkeit der Vereinbarung vom 10. November 2011 auszugehen (BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 19/20 N 64 f. mit Hinweis auf BGE 138 III 39, E. 2.3.2.) und daher vom Fehlen eines gültigen Rechtsöffnungstitels, soweit sie den Fr. 50'000.– übersteigenden Betrag betrifft.

7. Begründet ist jedoch die Rüge des Gesuchstellers, dass sich weder auf eine entsprechende Einwendung des Gesuchsgegners noch auf die Akten stützen lässt, dass die Fr. 50'000.– aus dem gültigen Darlehensvertrag zurückbezahlt worden sind (Urk. 21 Rz. 14). Die Rückzahlung, welche die vollständige Nichtigkeit der Vereinbarung begründete, müsste mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 51% als gegeben erscheinen (so auch die Vorinstanz, Urk. 22 S. 7). Dass die Tilgung der gültigen Darlehensforderung nicht ausgeschlossen werden kann (so Urk. 22 S. 10), genügt mithin nicht. Es liegen jedoch weder tatsächliche noch rechtliche Anhaltspunkte vor, welche annehmen lassen, dass die gültige Darlehensforderung getilgt wurde. Aufgrund der Akten ist nämlich nach einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage davon auszugehen, dass dem Gesuchsteller nebst der Darlehensforderung eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe von Fr. 150'000.– zusteht. Diese Summe wurde gestützt auf einen ungültigen Darlehensvertrag übergeben, und es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach den Parteien die Nichtigkeit des Vertrages bewusst war, womit von einem Irrtum über die Schuldpflicht gemäss Art. 63 OR nicht ausgegangen werden kann (BSK OR I-Schulin/Vogt, Art. 63 N 3). Der Gesuchsgegner rechnete offensichtlich damit, die Summe zurückerstatten zu müssen, andernfalls er nicht die Schuldanerkennung unterzeichnet hätte, weshalb auch Art. 64 OR der Rückerstattungspflicht nicht im Wege stehen dürfte. Ferner wurde das Geld nicht als Anstiftung oder Belohnung zu einer rechtswidrigen Tat (sog. Gaunerlohn) gegeben, sondern wurde zur Begehung der rechtswidrigen Tat verwendet. Damit ist eine Rückforderung nach Art. 66 OR ebenfalls nicht ausgeschlos-

sen (BGE 134 III 438, E. 3.2). Dies bedeutet, dass vom Bestehen zweier Forderungen auszugehen ist – einer Forderung aus dem Darlehensvertrag sowie einer Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung –, an welche die Zahlungen von Fr. 70'000.– hätten angerechnet werden können. Da keine Erklärung des Gesuchsgegners vorliegt, dass die Zahlungen an die Darlehensschuld von Fr. 50'000.– anzurechnen gewesen wären (Art. 86 Abs. 1 OR), kam die gesetzliche Ordnung nach Art. 87 Abs. 1 OR zum Zug, wonach die Teilzahlungen auf die früher verfallene Forderung anzurechnen waren. Dies ist die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, welche mit ihrer Entstehung fällig wird (BSK OR I-Huwiler, Art. 67 N 3), vorliegend also mit Übergabe des Geldes und damit vor der Darlehensforderung. Nach dem Gesagten kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass mit den Rückzahlungen von Fr. 70'000.– die gültige Darlehensforderung getilgt wurde, da die Zahlungen an die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung anzurechnen waren. Es erscheint daher nicht glaubhaft, dass die Vereinbarung vom 10. November 2011 vollständig auf einer nichtigen Vertragsgrundlage beruht, weshalb für den Betrag von Fr. 50'000.– die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen ist, zumal auch nicht glaubhaft gemacht wurde, dass die Schuld anderweitig getilgt wurde (siehe sogleich E. 8).

8. Der Gesuchsgegner machte geltend, dass die Restschuld Fr. 89'791.80 betragen habe und durch Ratenzahlungen an die staatliche Instanz beglichen sei, was die Akten zeigten (Urk. 12; Urk. 36). Welche der eingereichten Akten dies belegen sollten, konkretisierte der Gesuchsgegner aber nicht. Diese Beweisofferte genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht, da bezüglich der Tilgung der Forderung der Verhandlungsgrundsatz zum Tragen kommt und damit das Prinzip der Beweisverbindung greift (vgl. E. III.4.). Wie der Gesuchsteller zu Recht vorbringt (Urk. 21 Rz. 13), könnten die Akten des Strafverfahrens die Tilgung der Schuld aber ohnehin nicht nachweisen, wurde das Strafverfahren doch im Jahr 2008 abgeschlossen (vgl. Urk. 13/5-6), während die Vereinbarung, in welcher sich der Gesuchsgegner zur Rückzahlung von Fr. 130'000.– verpflichtete, vom 10. November 2011 datiert (Urk. 2/5). Im Übrigen lassen sich nicht einmal den Strafakten Zahlungen des Gesuchsgegners an den Gesuchsteller oder die

Staatskasse entnehmen. In der Einstellungsverfügung vom 2. Mai 2008 wurde der Gesuchsgegner lediglich *verpflichtet*, der Staatskasse den Betrag von Fr. 50'000.– zu bezahlen (Urk. 13/4 S. 8). Dass tatsächlich Zahlungen erfolgt sind, ist damit nicht belegt. Auch in der Verfügung vom 6. März 2007 sind keine Zahlungen an den Gesuchsteller oder die Staatskasse ersichtlich, sondern es wird bloss festgehalten, wofür der Gesuchsgegner die Fr. 200'000.– nach deren Erhalt verwendet hat (Urk. 13/6 S. 1).

9. Somit ist das Urteil der Vorinstanz teilweise aufzuheben und dem Gesuchsteller die provisorische Rechtsöffnung für Fr. 50'000.– zu erteilen. Der Gesuchsgegner ist darauf hinzuweisen, dass er innert 20 Tagen seit Zustellung des vorliegenden Entscheids auf dem Wege des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen kann. Unterlässt er dies, wird die Rechtsöffnung definitiv (Art. 83 Abs. 2 und 3 SchKG). Die Verfügung vom 27. Januar 2022 ist jedoch zu bestätigen, nachdem sich der Gesuchsteller nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzt, wonach für Betreibungskosten keine Rechtsöffnung zu erteilen sei (Urk. 22 S. 3). Diesbezüglich ist mangels einer Begründung auf die Beschwerde nicht einzutreten.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens

1.1 Fällt die Beschwerdeinstanz eine reformatorische Entscheidung, entscheidet sie in Analogie zu Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (BK ZPO II-Sterchi, Art. 327 N 23). Die Höhe der vorinstanzlichen Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– wurde nicht kritisiert und erscheint als angemessen (Art. 48 GebV SchKG). Der Gesuchsteller unterliegt neu zu rund 3/5 und der Gesuchsgegner zu 2/5; entsprechend hat der Gesuchsteller die Kosten in Höhe von Fr. 600.– und der Gesuchsgegner im Umfang von Fr. 400.– zu tragen. Die Kosten werden aus dem Vorschuss des Gesuchstellers bezogen, sind ihm aber im Umfang von Fr. 400.– durch den Gesuchsgegner zu ersetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, da der Gesuchsteller

überwiegend unterliegt und der Gesuchsgegner keine Parteientschädigung verlangt hat (Urk. 12).

1.2 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 3'000.– festzulegen und dem Gesuchsteller im Umfang seines Unterliegens von 3/5 bzw. Fr. 1'800.– und dem Gesuchsgegner im Umfang von 2/5 bzw. Fr. 1'200.– aufzuerlegen. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, da der Gesuchsteller überwiegend unterliegt und der Gesuchsgegner keine Parteientschädigung gefordert hat (Urk. 36).

2. Unentgeltliche Rechtspflege

2.1 Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.2 Der Gesuchsteller stellt für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und führt aus, er lebe mit seiner Ehefrau und seinem 12-jährigen Sohn in Sri Lanka. Das Einkommen der Familie bestehe aus seiner AHV-Rente von Fr. 1'577.– und der Kinderrente von Fr. 630.–. Der Grundbetrag für eine Ehepaar betrage umgerechnet Fr. 523.90. Seine Familie benötige jedoch die ganzen Einnahmen von Fr. 2'107.–, da Mobilitätskosten, ungedeckte Gesundheitskosten und Telekommunikationskosten anfallen würden. Über eine Krankenkasse verfügten sie nicht. Weiter fielen Schulkosten für den Sohn von Fr. 30.– monatlich an (Urk. 28 S. 2). Seiner Ehefrau gehöre die von ihnen bewohnte Liegenschaft mit einem Wert von geschätzt Fr. 70'000.–. Diese sei jedoch aufgrund von Unruhen sehr schwer verkäuflich bzw. nur zu einem tieferen Preis. Die Liegenschaft sei zwar unbelastet, aber es sei aufgrund der politischen Lage nicht möglich, einen Kredit aufzunehmen (Urk. 28 S. 3).

2.3 Nebst unbelegten Schulkosten von monatlich Fr. 30.– macht der Gesuchsteller Kosten für Mobilität, Gesundheit und Telekommunikation geltend, welche jedoch allesamt unsubstantiiert und unbelegt bleiben. Es ist damit nicht davon

auszugehen, dass der Gesuchsteller und seine Familie das Einkommen von Fr. 2'207.– (Urk. 30/1) vollumfänglich für ihren Lebensunterhalt aufwenden müssen, nachdem die einzigen glaubhaft gemachten Kosten der Grundbetrag von Fr. 523.90 sind. Selbst wenn der Grundbetrag für den Sohn hinzugerechnet würde, blieben dem Gesuchsteller noch genügend finanzielle Mittel, um die ihm auferlegten Kosten zu übernehmen. Hinzu kommt, dass die Ehefrau des Gesuchstellers über eine unbelastete Liegenschaft im Wert von Fr. 70'000.– verfügt (Urk. 28 S. 3; Urk. 30/7), welches Vermögen einen Notgroschen klar übersteigt. Dass der Gesuchsteller oder seine Ehefrau sich vergeblich um die Aufnahme eines Kredits oder einer Hypothek bemüht haben, wird von ihm weder geltend gemacht noch belegt. Inwiefern politische Unruhen dies verunmöglichen sollten, ist nicht verständlich. Damit hat der Gesuchsteller seine Mittellosigkeit nicht glaubhaft gemacht, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

2.4 Der Gesuchsgegner stellt ebenfalls ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und reicht zum Nachweis seiner Mittellosigkeit die Verfügung der Gemeinde Bubikon vom 9. Juni 2022 über die Ausrichtung von Zusatzleistungen ein (Urk. 36; Urk. 37/2). Aus dieser ist ersichtlich, dass der Gesuchsgegner und seine Ehefrau gesamthaft jährliche Einnahmen von Fr. 43'020.– erzielen, welchen Ausgaben von jährlich Fr. 58'464.– gegenüberstehen. Über wesentliches Vermögen verfügen sie nicht, weshalb sie Ergänzungsleistungen erhalten (Urk. 37/2). Die Mittellosigkeit des Gesuchsgegner ist damit ausgewiesen. Sein Standpunkt konnte nicht als aussichtslos bezeichnet werden, zumal er auch im Beschwerdeverfahren teilweise obsiegt. Daher ist dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Dem Gesuchsgegner wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffer 1, 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 27. Januar 2022 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. Dem Gesuchsteller wird in der Betreuung Nr. 187007 des Betreibungsamts Rüti (Zahlungsbefehl vom 6. April 2021) provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 50'000.–.
 2. (unverändert)
 3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller im Umfang von Fr. 600.– und dem Gesuchgegner im Umfang von Fr. 400.– auferlegt und aus dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers bezogen. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den für das erstinstanzliche Verfahren geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 400.– zu ersetzen.
 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 27. Januar 2022 bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller im Umfang von Fr. 1'800.– und dem Gesuchsgegner im Umfang von Fr. 1'200.– auferlegt. Der Anteil des Gesuchsgegners wird jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Im Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Der Gesuchsgegner kann innert 20 Tagen seit Zustellung des vorliegenden Entscheids beim Gericht des Betreibungsortes unter Beilage des Entscheids schriftlich und im Doppel auf Aberkennung der Forderung klagen. Unterlässt er dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** innert 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. 130'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Dezember 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:
ya