

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE130004-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

## Urteil vom 28. Juni 2013

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Aufhebungsklage nach Art. 85a SchKG (Einstellung Betreuung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 8. April 2013 (FO130003-M)**

**Rechtsbegehren:**  
(VI-Urk. 1)

- "1. Es sei festzustellen, dass keine Schuld gegenüber der Beklagten besteht;
2. Die Betreuung Nr. ... sei vorläufig einzustellen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

**Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren**  
**am Bezirksgericht Dietikon vom 8. April 2013:**

1. Das Gesuch des Klägers um vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ wird abgewiesen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit dem Endentscheid entschieden.
3. (Mitteilung)
4. (Rechtsmittel)

**Berufungsanträge:**

**Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1):**

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 8. April 2013 aufzuheben und die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ vorläufig einzustellen;
2. Alles und Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 30. März 2012 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ provisorische Rechtsöffnung für Fr. 115'310.– nebst 5% Zins seit 1. Januar 2012 (Urk. 5/2).

Mit Eingang vom 26. Februar 2013 erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) bei der Vorinstanz gestützt auf Art. 85a Abs. 1 SchKG Klage auf Feststellung, dass gegenüber der Beklagten keine Schuld bestehe. Gleichzeitig beantragte er die vorläufige Einstellung der obgenannten Betreuung. Nach erfolgter Stellungnahme der Beklagten vom 25. März 2013 samt Beilagen (VI-Urk. 10 und 11/1-9) wies die Vorinstanz das klägerische Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreuung mit Urteil vom 8. April 2013 ab (Urk. 2).

Hiergegen hat der Kläger unterm 22. April 2013 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 1). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden.

2. Die Vorinstanz hat es versäumt, dem Kläger die beklagtische Stellungnahme vom 25. März 2013 vor der Urteilseröffnung zuzustellen. Aus den Akten geht eine solche vorgängige Zustellung zumindest nicht hervor. Vor dem Hintergrund, dass in der Folge gestützt auf diese beklagtische Stellungnahme und die damit eingereichten Unterlagen ein Entscheid zu Ungunsten des Klägers gefällt wurde, ohne dem Kläger vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen, wurde sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruch, unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A., Basel 2013, N 26 zu Art. 53).

Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 27 zu Art. 53). Da die urteilende Kammer im vorliegenden Berufungsverfahren den angefochtenen Entscheid sowohl auf unrichtige Rechtsanwendung wie auch auf unrichtige Sachverhaltsfeststellung überprüfen kann (vgl. Art. 310 lit. a und b ZPO), weist sie dieselbe umfassende Kognition wie die Vorinstanz auf. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich nicht um eine gravierende Gehörsverletzung handelt und der Kläger sich im Rahmen seiner Berufungsschrift umfassend zur entsprechenden beklagti-schen Stellungnahme vom 25. März 2013 und den damit eingereichten Beilagen äussert, ist die Gehörsverletzung als geheilt zu betrachten und von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen. Die durch die beklagti-sche Stellungnahme vom 25. März 2013 veranlassten neuen Behauptungen des Klägers sind im Berufungsverfahren entsprechend umfassend zuzulassen.

3. Gemäss Art. 85a SchKG kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist (Abs. 1). Erscheint dem Gericht die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, so stellt es die Betreibung vorläufig ein (Abs. 2). Dies bedeutet, dass die Prozesschance des Schuldners als deutlich besser erscheinen muss als jene des Gläubigers (vgl. BGer vom 23. August 2010, 4A\_176/2010 Erw. 3.2. mit Hinweis auf Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 20 Rz. 25 S. 169). Zwar verlangt das Gesetz keine "offensichtliche Begründetheit". Immerhin ging der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der "sehr wahrscheinlichen Begründetheit" aber über die im Rahmen vorsorglicher Massnahmen normalerweise verlangte "überwiegende Wahrscheinlichkeit" hinaus, weshalb eine gewisse Zurückhaltung bei der Annahme der "sehr wahrscheinlichen Begründetheit" der Klage angezeigt ist (BSK SchKG I-Bodmer/Bangert, Art. 85a N 21).

4. Die Aktenlage präsentiert sich folgendermassen:

Im Recht liegen zwei Darlehensverträge vom 2. März 2009 bzw. 10. August 2010, in welchen sich der Kläger als Darlehensnehmer verpflichtet, der Beklagten als Darlehensgeberin die gewährte Darlehenssumme von Fr. 70'000.– bzw. Fr. 81'190.– bis 31. Dezember 2011 ohne Zins zurückzuzahlen (VI-Urk. 11/1 und 2). Die beiden Verträge sind von den Parteien unterschriftlich bekräftigt. Weiter liegen fünf von der Beklagten verfasste Quittungen über Zahlungen an sie im Recht, welche von Letzterer als Teilrückzahlungen der Darlehenssumme dargestellt werden, weshalb sich ihre Darlehensforderung entsprechend reduziert (VI-Urk. 11/3-7). Zumindest eine dieser Quittungen nimmt ausdrücklich Bezug auf die Darlehensverträge (VI-Urk. 11/4). Sämtliche dieser Quittungen nennen nicht den Kläger selber als unmittelbaren Zahlungserbringer, sondern bescheinigen vom Kläger in Auftrag gegebene Zahlungen an die Beklagte durch Drittpersonen.

Der Kläger macht geltend, er sei mit der Beklagten nie eine Darlehensschuld eingegangen und habe entsprechend auch nie ein Darlehen erhalten. Die von der Beklagten ins Recht gereichten Darlehensverträge - welche bis anhin den einzigen Beleg darstellten, dass effektiv ein Darlehen ausbezahlt worden sei (Urk. 1 S. 4) - seien offenbar gefälscht (VI-Urk. 1 S. 3 und Urk. 1 S. 3). Damit sei der Beweis der tatsächlichen Darlehenshingabe durch die Beklagte bis anhin nicht erbracht worden (Urk. 1 S. 4). Die eingereichten Quittungen änderten an dieser Sachlage nichts, da keine dieser Quittungen vom Kläger unterzeichnet worden sei. Er habe niemals einer Drittperson den Auftrag erteilt, gegenüber der Berufungsbeklagten eine Darlehensschuld zu tilgen, oder jemandem zu diesem Zweck Geld übergeben (Urk. 1 S. 4).

5. Wie der Kläger zutreffend ausführt, ist die Beklagte für den Bestand der Darlehensforderung sowie die tatsächliche Darlehenshingabe beweispflichtig. Unter Berücksichtigung des bis anhin Aktenkundigen spricht einiges dafür, dass der Beklagten dieser Beweis gelingen wird. Der Kläger hat den im Recht liegenden, unterschriftlich bekräftigten Darlehensverträgen der Beklagten - welche auch die Auszahlung der Darlehenssumme bestätigen - bis anhin nämlich lediglich blasse

Parteiaussagen entgegengehalten, welche überdies bis zum jetzigen Zeitpunkt nur sehr rudimentär vorgetragen wurden. Abgesehen von der eigenen Parteiaussage bzw. Beweisaussage bezeichnet der Kläger keine Beweismittel für die Untermauerung seiner Behauptung, seine Unterschrift auf den Darlehensverträgen sei gefälscht und die Quittungen würden einen unwahren Sachverhalt wiedergeben. Im Lichte dieser Aktenlage erscheinen die Prozesschancen des Klägers nicht als bedeutend besser als diejenigen der Beklagten und die Klage kann daher nicht als "sehr wahrscheinlich begründet" qualifiziert werden. Die vorläufige Einstellung der Betreuung im Sinne von Art. 85a Abs. 2 SchKG fällt daher - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - ausser Betracht. Die Berufung erweist sich mithin als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens, welche in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d i.V.m 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 4'000.- festzusetzen sind, dem Kläger aufzuerlegen. Mangels relevanter Umtriebe ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Das Gesuch des Klägers um vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'000.- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 1 und 5/2-4, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 97 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 115'310.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:  
mc