

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT220131-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber MLaw T. Gähwiler

Beschluss und Urteil vom 16. Januar 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 4. Juli 2022 (EB210583-C)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 4. Juli 2022 erteilte die Vorinstanz dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan: Gesuchsteller) in der gegen den Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan: Gesuchsgegner) angehobenen Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Bülach (Zahlungsbefehl vom 31. August 2021) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 52'400.–; die Kostenfolgen wurden zu Lasten des Gesuchsgegners geregelt (Urk. 33 S. 22 = Urk. 36 S. 22).

2. Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 22. Juli 2022 rechtzeitig (vgl. Urk. 34; Zustellung am 12. Juli 2022) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 35 S. 2):

- "1. Es sei der vorinstanzliche Entscheid des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 4. Juli 2022, Geschäfts-Nr. EB210583-C, vollumfänglich aufzuheben und das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

prozessualer Antrag:

Es sei das vorliegende Verfahren mit demjenigen betreffend die Beschwerde vom 22. Juli 2022 gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 4. Juli 2022, Geschäfts-Nr. EB210582-C, zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO).

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten des Beschwerdegegners."

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1 bis 34). Der mit Verfügung vom 18. August 2022 eingeforderte Kostenvorschuss von Fr. 750.– wurde innert Frist geleistet (Urk. 41 und 42). Sodann wurde mit Verfügung vom 7. Oktober 2022 auf eine Vereinigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit dem Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RT220130 verzichtet und dem Gesuchsteller Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 43). Am 27. Oktober 2022 erstattete der Gesuchsteller innert angesetzter Frist die Beschwerdeantwort und beantragte die Abweisung der Beschwerde (Urk. 45). Zudem ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (Urk. 44 und 48). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Auf die Ausführungen der Parteien ist nur so weit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

II.

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Das Beschwerdeverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret dagegen vorgebrachten Beanstandungen. Was nicht rechtsgenügend beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht (rechtzeitig) vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden.

III.

1. Auslegung Rechtsbegehren

1.1. Der Gesuchsteller reichte der Vorinstanz mit Eingabe vom 29. Oktober 2021 ein Rechtsöffnungsgesuch ein (Urk. 1), worauf ihm die Vorinstanz mit Verfügung vom 10. November 2021 in Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) Frist zur Nachbesserung desselben ansetzte (Urk. 4). Mit Eingabe vom 29. November 2021 reichte der Gesuchsteller innert Frist ein ergänztes Rechtsöffnungsgesuch ein (Urk. 9).

1.2. Die Vorinstanz erwog, dem Rechtsbegehren sei nicht zu entnehmen, für welche Forderung der Gesuchsteller Rechtsöffnung verlange, weshalb es nach Treu und Glauben auszulegen sei. Sie kam dabei zum Schluss, aus den Eingaben des Gesuchstellers ergebe sich, dass er einen Betrag von Fr. 52'400.– ohne MwSt. fordere. Weiter entnahm sie dem ergänzten Rechtsöffnungsgesuch vom

29. November 2021, dass sich die Forderung von Fr. 52'400.– inkl. Zins und Verzugszins ab 16. September 2013 verstehe und der Gesuchsteller auf den in der Betreuung geforderten Verzugszins von 10% verzichte. Die Vorinstanz folgerte, auch wenn der Zins und Verzugszins gemäss Wortlaut "inkl." seien, sei davon auszugehen, dass der Gesuchsteller damit einen Verzugszins fordere, da er ansonsten nicht explizit hätte festhalten müssen, auf den in der Betreuung geforderten Verzugszins zu verzichten. Weiter befinde sich der Gesuchsgegner gemäss der Eingabe des Gesuchstellers vom 29. November 2021 seit dem 16. September 2013 im Verzug, weshalb davon auszugehen sei, dass er Zins ab dem 16. September 2013 fordere. Da er gleichzeitig jedoch auf den in der Betreuung geforderten Verzugszins und damit auf Verzugszins ab dem 17. Dezember 2018 verzichte, sei nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass er Verzugszinsen bis zum 16. Dezember 2018 fordere, wobei mangels anderweitiger Angaben vom gesetzlichen Verzugszins von 5% auszugehen sei (Urk. 36 S. 5 f.). Entsprechend ging die Vorinstanz zusammengefasst davon aus, dass der Gesuchsteller provisorische Rechtsöffnung für Fr. 52'400.– samt Zins zu 5% seit 16. September 2013 bis 16. Dezember 2018 verlange (Urk. 36 S. 2).

1.3. Der Gesuchsgegner hält dem in seiner Beschwerdeschrift im Wesentlichen entgegen, dass die Vorinstanz mit vorstehendem Vorgehen nicht ein unklares Rechtsbegehren ausgelegt, sondern vielmehr unzulässigerweise ein mangelhaftes Rechtsbegehren grundlegend überarbeitet habe. Das Rechtsbegehren sei auch nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht noch immer mangelhaft gewesen: So habe insbesondere das Datum des Zahlungsbefehls nicht gestimmt und das Rechtsbegehren sei unbeziffert gewesen. Auf Gesuche, die auch nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht mangelhafte Rechtsbegehren enthielten, sei nicht einzutreten. Indem die Vorinstanz das Rechtsbegehren eigenmächtig beziffert, um Verzugszinsen ergänzt und abgeändert habe, habe sie das Recht falsch angewendet (Urk. 35 S. 7 f.).

1.4. Wird die Bezahlung eines Geldbetrages verlangt, so ist dieser zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Gesuchsteller seine Rechtsbegehren beziffert hat. Sowohl in der Eingabe vom

29. Oktober 2021 als auch in der Eingabe vom 29. November 2021 formuliert er jeweils eingangs seine Rechtsbegehren, bevor er diese im Anschluss begründet. Wenn auch die Rechtsbegehren nicht *lege artis* formuliert sind – anstatt wie üblich das Rechtsbegehren zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen am Ende aufzuführen, äussert er sich im ergänzten Rechtsbegehren vom 29. November 2022 im zweitletzten Absatz dazu – ergibt sich ohne Weiteres, dass er Fr. 52'400.– ohne MwSt. fordert (vgl. Urk. 1 S. 1 und Urk. 9 S. 1).

Mit Blick auf das Datum des Zahlungsbefehls ist es in der Tat so, dass der Gesuchsteller Rechtsöffnung für den Zahlungsbefehl vom 6. September 2021 verlangt, er aber einen am 31. August 2021 ausgestellten Zahlungsbefehl ins Recht legte (Urk. 2). Es dürfte sich dabei jedoch um ein Versehen handeln. Denn erstens liegt der Schluss nahe, dass der Gesuchsteller auf denjenigen Zahlungsbefehl verweisen wollte, welchen er zusammen mit dem Rechtsöffnungsgesuch einreichte. Zweitens ist auf diesem Zahlungsbefehl auf der Rückseite zwei Mal der 6. September 2021 aufgeführt – einmal in der Seitenmitte bezüglich des Datums der Zustellung und einmal am Seitenende. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesuchsteller den von ihm zusammen mit dem Rechtsöffnungsgesuch eingereichten Zahlungsbefehl meinte, versehentlich aber davon ausging, dass dieser vom 6. September 2021 statt vom 31. August 2021 datiert.

Nicht zu folgen ist hingegen den vorinstanzlichen Erwägungen zu den Zinsen. Wie vorstehend ausgeführt verlangte der Gesuchsteller die provisorische Rechtsöffnung für Fr. 52'400.– ohne Mehrwertsteuer. Zinsen machte er in seinen Rechtsbegehren keine geltend (Urk. 1 S. 1 und Urk. 9 S. 1). Im ergänzten Rechtsöffnungsgesuch vom 29. November 2021, in welchem er die Forderung näher erläuterte, führte er in Übereinstimmung dazu aus, die Forderung sei "inkl. Zins und Verzugszins ab 16. September 2013" (Urk. 9 S. 3). Im Widerspruch zu diesem an sich klaren Wortlaut ergänzte er im nächsten Abschnitt dann aber, auf den in der Betreibung geforderten Verzugszins von 10% verzichten zu wollen (Urk. 9 S. 3), was mit der Vorinstanz nur dann Sinn ergibt, wenn er entgegen dem Wortlaut doch Zinsen ab dem 16. September 2013 geltend machen wollte. Dies allein reicht indes nicht aus, um vom klaren Wortlaut abzuweichen, weshalb zu

seinen Ungunsten davon auszugehen ist, dass er keinen Zins forderte. Dass seine diesbezüglichen Ausführungen ungenau und widersprüchlich sind, zeigt sich überdies darin, dass er von Verzugszinsen von 10% sprach, er aber gemäss dem Zahlungsbefehl lediglich Zinsen von 5% in Betreuung setzte (Urk. 2).

2. Identität der Forderungen

2.1. Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller habe den Gesuchsgegner gemäss dem Zahlungsbefehl vom 31. August 2021 auf einen Betrag von Fr. 72'461.– basierend auf einer ausstehenden Honorarrechnung (1. Rechnung dat. 06.12.2018) betrieben. Rechtsöffnung habe er schlussendlich aber lediglich für Fr. 52'400.– verlangt, wobei diese Forderung gemäss seinen Angaben die Honorarrechnungen vom 14. August 2021 sowie 6. Dezember 2018 bzw. die früheren Honorarrechnungen ersetze. Trotz divergierenden Beträgen im Zahlungsbefehl und im Rechtsöffnungsbegehren bejahte die Vorinstanz die Identität der Forderungen. So sei es dem Gläubiger freigestellt, im Rechtsöffnungsbegehren einen tieferen Betrag als denjenigen zu fordern, der ursprünglich in Betreuung gesetzt worden sei. Zudem habe der Gesuchsteller die im Zahlungsbefehl als Forderungsgrund angegebene Rechnung vom 6. Dezember 2018 gemäss seinen Ausführungen durch die nunmehr geforderte Summe ersetzt, weshalb Identität der betriebenen mit der ausgewiesenen Schuld vorliege (Urk. 36 S. 9).

2.2. Der Gesuchsgegner moniert diesbezüglich eine offensichtlich falsche Feststellung des Sachverhalts. Er wendet zusammengefasst ein, die im Zahlungsbefehl aufgeführte Rechnung vom 6. Dezember 2018 sei vom Gesuchsteller nie ins Recht gelegt worden. Entsprechend sei der Vorinstanz die im Zahlungsbefehl bezeichnete Forderung unbekannt und sei es ihr somit unmöglich gewesen festzustellen, ob diese Forderung zweifelsfrei identisch sei mit derjenigen, die durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesen sei. Daran ändere auch die Rechnung vom 29. Oktober 2021 (Urk. 10), welche gemäss den Angaben des Gesuchstellers diejenigen vom 18. Oktober, 14. August 2021 / 06. Dezember 2018 ersetze, nichts. Diese sei vom Gesuchsteller erst nach Ausstellung des Zahlungsbefehls erstellt worden und sage daher nichts über die im Zahlungsbefehl bezeichnete Forderung aus. Weiter führe die Vorinstanz mit keinem Wort aus, worum es sich bei der

"ausgewiesenen" Schuld handeln soll. Überdies habe die Vorinstanz geprüft, ob Identität zwischen der betriebenen und der ausgewiesenen Schuld bestehe. Dabei verkenne sie, dass nicht die betriebene Forderung und die im Rechtsöffnungsbegehren geltend gemachte Schuld, sondern die betriebene und die durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesene Schuld zweifelsfrei identisch sein müssten. Diese Identität habe die Vorinstanz nicht geprüft und auch nicht prüfen können (Urk. 35 S. 10 ff.).

2.3. Die Einwendungen des Gesuchsgegners richten sich gegen die im Zahlungsbefehl als Forderungsurkunde genannte Rechnung vom 6. Dezember 2018. Damit macht der Gesuchsgegner letztlich jedoch nicht eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend, sondern moniert er vielmehr eine Verletzung von Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG im Zusammenhang mit der Ausstellung des Zahlungsbefehls, sind doch nach dieser Bestimmung im Betreibungsbegehren die Forderungsurkunde und subsidiär der Grund der Forderung anzugeben. Hierfür hätte der Gesuchsgegner aber innert der dafür massgeblichen Frist Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl gemäss Art. 17 SchKG erheben müssen (BGer 5A_586/2008 vom 22. Oktober 2008, E. 3, m.w.H.).

In diesem Zusammenhang ist weiter zu erwähnen, dass die in Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG erwähnte Forderungsurkunde nicht mit dem Rechtsöffnungstitel gleichgesetzt werden kann, kann doch für beliebige Forderungen die Betreibung eingeleitet werden. Verfügt der Schuldner über einen Rechtsöffnungstitel, versetzt ihn dies einzig in die vorteilhafte Lage, dass er die Beseitigung des Rechtsvorschlages in einem raschen (summarischen) Verfahren verlangen kann und nicht den ordentlichen Prozessweg beschreiten muss. Bei Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG geht es aber nicht um die prozessuale Art der Beseitigung des Rechtsvorschlages; das Gesetz stellt die erwähnte Forderungsurkunde vielmehr in Zusammenhang mit dem Forderungsgrund. Art. 67 SchKG zielt darauf, dass sich der Schuldner über die Person des Gläubigers, die Natur der Forderung, den Anlass der Betreibung und die Art des Zwangsvollstreckungsverfahrens im Klaren und damit zur Entscheidung befähigt ist, ob er Rechtsvorschlag erheben will; es soll mit anderen Worten sichergestellt werden, dass der Schuldner aufgrund der An-

gaben im Zahlungsbefehl aus dem Sachzusammenhang heraus namentlich erkennen kann, was für eine Forderung in Betreuung gesetzt worden ist (vgl. BGE 121 III 18). Aus diesem Grund ist die Nennung eines eigentlichen bzw. des späteren Rechtsöffnungstitels im Zahlungsbefehl nicht zwingend erforderlich (BGer 5A_586/2008 vom 22. Oktober 2008, E. 3, m.w.H.). Entsprechend sind die vorstehend aufgeführten Einwendungen des Gesuchsgegners im Rechtsöffnungsverfahren nicht zu hören (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 40).

2.4. Richtigerweise hat das Rechtsöffnungsgericht einzig die Identität der Forderungen zu prüfen. Wie der Gesuchsgegner zutreffend geltend macht, ist im Rechtsöffnungsverfahren entgegen der Vorinstanz nicht zu klären, ob Identität zwischen der im Zahlungsbefehl und der im Rechtsöffnungsbegehren genannten Forderung besteht, sondern vielmehr ob die betriebene und die durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesene Forderung identisch sind. Dabei hat das Rechtsöffnungsgericht jedoch nicht zu prüfen, ob die Forderungen zweifelsfrei identisch sind. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist lediglich zu prüfen, ob *offensichtlich keine Identität besteht* zwischen der auf dem Zahlungsbefehl genannten und der in der Schuldanerkennung enthaltenen Forderung (BGer 5A_169/2009 vom 3. November 2009, E. 2.1; BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 40).

Unbestritten ist, dass der Gesuchsteller am 20. September 2013 mit dem Gesuchsgegner und dessen Ehefrau einen als Generalunternehmer-Werkvertrag (fortan: GU-Werkvertrag) bezeichneten Vertrag abgeschlossen hat, der das Erbringen von Architekturleistungen im Zusammenhang mit dem Neubau eines Einfamilienhauses zum Gegenstand hatte (Urk. 3/2). Aus dem Zahlungsbefehl vom 31. August 2021 ergibt sich sodann, dass der Gesuchsteller eine Honorarrechnung gegen den Gesuchsgegner in Betreuung setzte, wobei er im Zahlungsbefehl zusätzlich angab, dass der Gesuchsgegner solidarisch mit dessen Ehefrau hafte (Urk. 2). Allein der Umstand, dass ein Unternehmer einige Jahre nach Abschluss eines Werkvertrages eine Honorarrechnung gegen die beiden Besteller in Betreuung setzte, legt den Schluss nahe, dass dem im Zahlungsbefehl angegebenen Grund der Forderung – eine Honorarrechnung – und dem als Schuldaner-

kennung fungierenden Werkvertrag der gleiche Lebensvorgang – die Erbringung von Architekturleistungen – zu Grunde liegt. Zumindest kann aber nicht gesagt werden, dass zwischen den beiden Forderungen *offensichtlich keine Identität* besteht, weshalb mit Blick auf die oben zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung gestützt darauf die Rechtsöffnung nicht verweigert werden kann.

3. Schuldanererkennung

3.1. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, der GU-Werkvertrag (Urk. 3/2) stelle eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanererkennung dar. Der GU-Werkvertrag führe in Ziff. 6.2 aus, dass Mehrkosten infolge von der Bauherrschaft gewünschten Änderungen nicht im Werkpreis inbegriffen seien. Für diese seien gemäss Ziff. 9 ein Zusatzhonorar sowie Abgaben geschuldet, wobei Ziff. 9.1 und 9.2 explizit die Berechnungsweise dazu festhalten würden (Urk. 36 S. 11).

In Bezug auf die vom Gesuchsteller eingereichte Mehr- und Minderkostenaufstellung (Urk. 3/4) führte die Vorinstanz sodann aus, diese liste die mit der Nutzungsänderung des Kellers und des Dachgeschosses anfallenden Mehr- und Minderkosten auf. Gemäss Ziff. 2 und 2.1 dieser Kostenaufstellung würden betreffend die Variante Einbau WC, Dusche, Sauna, Whirlpool und Pool Mehrkosten von Fr. 300'049.– und Minderkosten von Fr. 59'875.10 und damit ein Differenzbetrag von Fr. 240'173.– veranschlagt (Urk. 36 S. 11).

Sodann erwog die Vorinstanz, dass das als Budgetposten-Katalog bezeichnete Dokument (Urk. 3/3) von beiden Parteien unterzeichnet worden sei und dass darin auf Seite 15 in der Rubrik "Kücheneinrichtungen" direkt auf die erwähnte Mehr- und Minderkostenaufstellung verwiesen werde. Aufgrund dieses Direktverweises könne davon ausgegangen werden, dass die Parteien die Umsetzung der Nutzungsänderung gemäss Ziff. 2 und 2.1 der Mehr- und Minderkostenaufstellung vereinbart hätten. Letztere sei somit als integraler Bestandteil des Budgetposten-Katalogs zu qualifizieren. Dieser wiederum bilde gemäss Ziff. 2.1.1 und S. 10 des GU-Werkvertrags integraler Bestandteil des GU-Werkvertrags. Weiter sei die Mehr- und Minderkostenaufstellung verschriftlicht und sei daher das Schrifterfordernis gemäss Ziff. 8.3 GU-Werkvertrag erfüllt, womit auch die Mehr- und Minder-

kostenaufstellung integraler Bestandteil des GU-Werkvertrags sei. Da der GU-Werkvertrag eine Schuldanererkennung darstelle, seien auch dessen integrale Bestandteile – der Budgetposten-Katalog sowie Ziff. 2 und 2.1 der Mehr- und Minderkostenaufstellung – als Schuldanererkennungen zu qualifizieren (Urk. 36 S. 12).

3.2. Der Gesuchsgegner macht im Wesentlichen geltend, der GU-Werkvertrag, der Budgetposten-Katalog und die Mehr- und Minderkostenaufstellung stellten keine Schuldanererkennungen dar. Weiter sei die Mehr- und Minderkostenaufstellung kein integraler Bestandteil des GU-Werkvertrags. Dies gehe weder aus dem Werkvertrag noch aus dem Budgetposten-Katalog hervor. Die in der Mehr- und Minderkostenaufstellung auf Seite 7 gelisteten Preise würden bezeichnenderweise nicht einmal mit den im Budgetposten-Katalog aufgelisteten Preisen übereinstimmen (Urk. 35 S. 13 f.).

Überdies sei die Vorinstanz in Willkür verfallen, indem sie angenommen habe, dass die Zahlen aus dem Budgetposten-Katalog zusätzlich zum Werkpreis geschuldet seien, d.h. dass es sich um Mehrkosten handle, für welche der Gestuhsteller Anspruch auf zusätzliches Honorar habe. Grundlage für den vereinbarten Pauschalwerkpreis sei unter anderem die Baubewilligung vom 16. September 2013 gewesen. Diese habe die Projektänderung betreffend dem Erstellen des Schwimmbades bereits enthalten. Damit stehe fest, dass diese Budgetpositionen im Pauschalwerkpreis inbegriffen seien und gerade keine Mehraufwendungen darstellen würden (Urk. 35 S. 14).

3.3. Die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung setzt das Vorliegen einer Schuldanererkennung voraus (Art. 82 Abs. 1 SchKG), d.h. einer Urkunde, in welcher der Schuldner vorbehalts- und bedingungslos anerkennt, eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen (BGE 136 III 627 E. 2). Der auf Zahlung eines zumindest bestimmbaren Betrags gerichtete Wille des Schuldners muss dabei deutlich aus den vorgelegten Urkunden hervorgehen; bei unklarem Auslegungsergebnis darf keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden (BGer 5A_282/2020 vom 15. April 2021, E. 3.1). Eine Schuldanererkennung kann sich auch aus einer Gesamtheit von Urkunden ergeben, sofern die notwendigen Elemente daraus hervorgehen. Dies bedeutet, dass das unterzeichnete Dokument

auf die Schriftstücke, welche die Schuld betragsmässig ausweisen, klar und unmittelbar Bezug nehmen bzw. verweisen muss (unter vielen: BGE 136 III 627 E. 2 und 3.3 S. 629; 132 III 480 E. 4.1 S. 480 f. m.w.H.).

3.4. Vorliegend verweist der GU-Werkvertrag zwar auf den Budgetposten-Katalog und wird darin auf Seite 15 auf die Mehr- und Minderkostenaufstellung Bezug genommen, wie dies die Vorinstanz richtig erkannte. Zutreffend ist sodann, dass die Mehr- und Minderkostenaufstellung vereinzelt dieselben Kostenposten zu denselben Preisen enthält wie der Budgetposten-Katalog. So finden sich die beiden Posten "Whirlpool" und "Sanitäre Einrichtungsgegenstände" in beiden Urkunden zum identischen Preis von CHF 26'000.– für den Whirlpool bzw. von EUR 65'360.20 für die sanitären Einrichtungsgegenstände (Urk. 3/3 S. 15 und Urk. 3/4 S. 4 und 6).

Entgegen der Vorinstanz kann allein daraus aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die Parteien die Umsetzung und damit die verbindliche Geltung der Ziffern 2. und 2.1 der Mehr- und Minderkostenaufstellung vereinbart haben. Wie der Gesuchsgegner richtig einwendet, geht aus keinem der genannten Dokumente der Wille hervor, dass die Mehr- und Minderkostenaufstellung integraler Bestandteil des Budgetposten-Kataloges sein soll: Eine einmalige Nennung und vereinzelt übereinstimmende Kostenposten reichen hierfür nicht aus. Ebenfalls unklar ist, warum lediglich die beiden Ziffern 2. und 2.1 verbindlich vereinbart worden sein sollen und nicht auch die in den Ziffern 1. und 1.1 aufgeführten Mehr- und Minderkosten.

Des Weiteren steht nicht mit Sicherheit fest, ob für den zusätzlichen Aufwand im Zusammenhang mit der Erstellung des Schwimmbads ein Zusatzhonorar vereinbart worden ist oder ob dieses vielmehr im Pauschalwerkpreis inbegriffen war, wie dies der Gesuchsgegner bereits vor Vorinstanz sinngemäss geltend machte (Urk. 13 S. 5 f). Weder der GU-Werkvertrag noch der Budgetposten-Katalog noch die Mehr- und Minderkostenaufstellung äussern sich eindeutig dazu. Auch ein Blick auf die zeitliche Abfolge bringt keine Klärung: Unstrittig ist, dass die Parteien den GU-Werkvertrag am 20. September 2013 unterschrieben haben. Im damaligen Zeitpunkt waren sie bereits im Besitz der Baubewilligung für das Er-

stellen des Schwimmbades, welche vom 13. September 2013 datiert. Diese wurde denn auch im GU-Werkvertrag explizit zum Vertragsbestandteil erklärt (vgl. Urk. 3/2 Ziff. 2.1.3). Der Einwand des Gesuchsgegners, wonach der mit Abschluss des GU-Werkvertrags vereinbarte Pauschalwerkpreis auch den im damaligen Zeitpunkt bereits feststehenden Bau des Schwimmbades umfasst, erscheint daher nicht per se unplausibel.

Zusammengefasst kann den genannten Urkunden damit kein eindeutiger Wille entnommen werden, wonach der Gesuchsgegner anerkennt, dem Gesuchsteller die in Betreuung gesetzte Forderung zu schulden. Damit liegt keine rechtsgenügende Schuldanererkennung vor. Ob die in Betreuung gesetzte Forderung besteht oder nicht, wäre vielmehr im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses, welcher den Parteien unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Rechtsöffnungsverfahrens offen steht, zu klären.

4. Bezifferung der Forderung

4.1. Selbst für den Fall, dass eine Anerkennungserklärung vorliegen würde, bezieht sich diese entgegen der Vorinstanz auf keine bezifferte bzw. bestimmbare Forderung. Wie der Gesuchsgegner zutreffend einwendet (Urk. 35 S. 15) – und bereits vor Vorinstanz sinngemäss geltend gemacht hat (Urk. 13 S. 14) –, handelt es sich bei den in der Mehr- und Minderkostenaufstellung aufgeführten Preisen lediglich um eine Kostenschätzung: Auf dem Deckblatt ist explizit festgehalten, dass die darin aufgeführten Preise lediglich eine Annäherung darstellen und um plus/minus 10% variieren können (Urk. 3/4 S. 1). Die Bandbreite für die Bestimmung der Mehr- und Minderkosten beträgt damit beachtliche 20%. Entsprechend sind die darin genannten Preise nicht geeignet, daraus eine genau bezifferte bzw. bestimmbare Forderung abzuleiten.

4.2. Doch nicht nur die Mehr- und Minderkosten, auch das gestützt darauf berechnete Zusatzhonorar ist unbestimmt: Gemäss Ziff. 9.1 des GU-Werkvertrages beträgt das Honorar für zusätzliche Arbeiten entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen nicht "20% der Mehrkosten" (vgl. Urk. 36 S. 13), sondern richtigerweise "ca. 20% der beauftragten Summe" (Urk. 3/2 Ziff. 9.1).

4.3. Damit sind die Grundlagen der Forderung in doppelter Hinsicht ungefähr. Entsprechend kann klarerweise nicht von einer genau bestimmbaren Forderung ausgegangen werden, da rechtsprechungsgemäss bereits die Anerkennung "ungefähr 60'000.–" bzw. "ca. CHF 60'000.–" zu schulden, ungenügend ist (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 25 m.w.H.).

4.4. Dass es sich bei den darin aufgeführten Beträgen lediglich um eine Schätzung handelt, ist im Übrigen auch dem Gesuchsteller klar. So hat er in seinem Rechtsöffnungsbegehren ebenfalls festgehalten, die von ihm geltend gemachten Mehrkosten von Fr. 240'173.– seien "geschätzt" (Urk. 9 Ziff. 9.1).

4.5. Da sich damit bereits die Grundlagen, auf welche die Vorinstanz für die Berechnung des Forderungsbetrages abstellte, als ungenau erweisen, kann offen bleiben, ob die vorinstanzliche Berechnung, gegen welche der Gesuchsgegner ebenfalls Einwände vorbrachte (Urk. 35 S. 8 f.), an sich nachvollziehbar gewesen wäre.

5. Fazit

Zusammengefasst liegt damit kein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Gesuchsgegners, insbesondere betreffend die Verletzung der Verhandlungsmaxime (Urk. 35 S. 9 f.), einzugehen.

IV.

1. Da die Beschwerde gutzuheissen ist und sich das Verfahren als spruchreif erweist, kann die Beschwerdeinstanz einen neuen Entscheid fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Demgemäss ist in Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen.

2.1. Sodann ist Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben und sind die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Der Gesuchsteller stellte vor Vorinstanz ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, welches diese infolge seines vollumfänglichen Obsiegens als gegenstandslos abschrieb (Urk. 36 S. 20 und 22). Nachdem ihm die vorinstanzlichen Gerichtskosten nunmehr aufzuerlegen sind, ist seine Bedürftigkeit zu prüfen. Auch wenn der Gesuchsteller seine finanzielle Situation vor der Vorinstanz nicht lückenlos nachgewiesen hat, erscheint seine Bedürftigkeit mit Blick auf die von ihm vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen (vgl. Urk. 15, Urk. 22 und Urk. 23/4-12) glaubhaft dargetan. Aufgrund der eingereichten Steuererklärung für das Jahr 2020 sowie der Kontoauszüge seines Privatkontos bei der Raiffeisenbank ist davon auszugehen, dass er nebst einer AHV-Rente von monatlich Fr. 2'370.– über keine weiteren Einkünfte verfügt (Urk. 23/11 f.), womit er ausserstande ist, nebst der Bestreitung seines Lebensunterhalts zusätzlich für Gerichtskosten aufzukommen, mögen diese im vorliegenden Fall auch sehr tief sein. In Bezug auf sein Vermögen ergibt sich, dass er im Jahr 2020 aus der Versteigerung einer Liegenschaft rund Fr. 21'500.– erhalten hat (Urk. 23/4). Diesem Vermögen stehen indes beträchtliche Steuerschulden (vgl. Urk. 23/6 ff.) sowie Verbindlichkeiten gegenüber der Ausgleichskasse (vgl. Urk. 23/5) gegenüber, sodass seine Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu bejahen ist. Da sein Standpunkt nicht aussichtslos war – die Vorinstanz gab seinem Gesuch statt –, ist ihm für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, wobei die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO vorbehalten bleibt.

2.3. Schliesslich ist die dem Gesuchsteller von der Vorinstanz in Dispositivziffer 4 zugesprochene Parteientschädigung aufzuheben und sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Gesuchsteller unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und der vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertretene Gesuchsgegner hat vor Vorinstanz zwar eine Parteientschädigung verlangt (Urk. 13 S. 1 und S. 15), indes keine zu entschädigenden Auslagen bzw. Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO) geltend gemacht (vgl. BGer 5D_229/2011 vom 16. April 2012, E. 3.3).

3.1. Für das Beschwerdeverfahren beträgt der Streitwert Fr. 52'400.–. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG und berücksichtigend, dass im parallel laufenden Rechtsöffnungs-

verfahren gegen die Ehefrau des Gesuchsgegners (Geschäfts-Nr. RT220130) ein weitestgehend identischer Entscheid ergeht, auf Fr. 500.– festzusetzen.

3.2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.3. Der Gesuchsteller ersucht auch für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Nachdem seine Mittellosigkeit in Bezug auf das vorinstanzliche Verfahren gegeben ist und mit Blick auf die im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen (vgl. Urk. 44, Urk. 48, Urk. 49 und Urk. 50/4-12) glaubhaft erscheint, dass sich nichts an seiner finanziellen Situation geändert hat, ist seine Mittellosigkeit auch im Beschwerdeverfahren glaubhaft dargetan. Da sein Standpunkt nicht aussichtslos ist – die Vorinstanz gab seinem Gesuch statt –, ist ihm auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

3.4. Entsprechend sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO vorbehalten bleibt.

3.5. Sodann ist dem Gesuchsgegner der von ihm geleistete Kostenvorschuss von Fr. 750.– (Urk. 42) gestützt auf Art. 122 Abs. 1 lit. c ZPO zurückzuerstatten.

3.6. Schliesslich ist der Gesuchsteller zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9, § 12 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV sowie berücksichtigend, dass im parallel hängigen Rechtsöffnungsverfahren gegen die Ehefrau des Gesuchsgegners weitestgehend identische Rechtsschriften eingereicht wurden, ist die Parteientschädigung auf Fr. 1'500.– (7.7 % Mehrwertsteuer inbegriffen) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Gesuchsteller wird für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltlichen Rechtspflege gewährt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 4. Juli 2022 aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:
 - "1. Das Rechtsöffnungsgesuch des Gesuchstellers in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Bülach (Zahlungsbefehl vom 31. August 2021) wird abgewiesen.
 3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt, zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt, zufolge der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der vom Gesuchsgegner geleistete Kostenvorschuss von Fr. 750.– wird diesem zurückerstattet. Vorbehalten bleibt die Verrechnung mit allfälligen anderen vom Gesuchsgegner geschuldeten Gerichtskosten.
5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 45 und 46 sowie Kopien von Urk. 47/1-8, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 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. 52'400.–

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Januar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw T. Gähwiler

versandt am:
ya