

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT110134-O/U01.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny.

Urteil vom 20. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Fürsprecherin Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 30. August 2011 (EB110780)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 30. August 2011 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren des Klägers und Beschwerdeführers (fortan Kläger) in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 15. Februar 2011) für ausstehende Darlehensschulden ab (Urk. 25). Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 12. September 2011 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 24 S. 2):

"Es sei das vom Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, Bezirksrichter lic.iur. D._____, am 30. August 2011 gefällte Urteil aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

2. Nach rechtzeitiger Leistung des Kostenvorschusses (Urk. 26 - 28) erstattete der Beklagte und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 10. Februar 2012 fristgerecht die Beschwerdeantwort, mit welcher er auf Abweisung der Beschwerde schloss (Urk. 30).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 15 zu Art. 321 ZPO); was nicht gerügt wird, hat Bestand. Sodann herrscht ein umfassendes Novenverbot (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO, BGE 5A_405/2011, Erw. 4.5.3).

2. Die Vorinstanz schloss mangels Vorliegens eines hinreichenden Rechtsöffnungstitels auf Abweisung des klägerischen Rechtsöffnungsbegehrens. Sie erachtete die nach Abschluss des einfachen Schriftenwechsels vorgebrachten Be-

hauptungen und Beweismittel des Klägers zur behaupteten Darlehensauszahlung (Urk. 21, 22/1-2) als verspätet (Art. 229 ZPO) und berücksichtigte sie für ihre Entscheidungsfindung nicht. In der Folge hielt sie fest, der Darlehensvertrag reiche ohne Vorliegen einer Auszahlungsbestätigung als Titel für die Rechtsöffnung nicht aus, zumal der Beklagte die Auszahlung bestritten habe (Urk. 25 S. 2ff).

3.a) Der Kläger rügt mit seiner Beschwerde, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet, indem sie einen Darlehensvertrag nur zusammen mit einer Auszahlungsbestätigung als hinreichenden Rechtsöffnungstitel erachtete und dem Kläger zudem vorgehalten habe, er hätte diese bereits zusammen mit dem Rechtsöffnungsbegehren einreichen müssen (Urk. 24 S. 3).

b) Inwiefern die vom Kläger nachgereichten Belege und neuen Sachvorbringen für die Entscheidungsfindung beachtlich sind, ist eine Frage des Novenrechts, für dessen rechtlichen Voraussetzungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen ist (Urk. 25 S. 2). Unangefochten blieb deren Feststellung, wonach es nicht zutrefte, dass die fraglichen Unterlagen bei der Klageeinleitung objektiv nicht greifbar waren (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO; Urk. 25 S. 2/3, 24 S. 3 f.). Es bleibt daher vorliegend zu prüfen, ob deren verspätete Einreichung entschuldbar war, weil sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten, wobei auf ein durchschnittliches Mass an Sorgfalt und Umsicht abzustellen ist (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO, vgl. Pahud, DIKE-Kommentar-ZPO, N 11 und 12 zu Art. 229 ZPO).

c) Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts taugt ein Darlehensvertrag über eine bestimmte Summe grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel für die Rückzahlung des Darlehens, solange der Schuldner die Auszahlung nicht bestreitet. Tut er dies, hat der Gläubiger überdies die Auszahlung nachzuweisen (BGE 132 III 481 E. 4.2, 136 III 629 E. 2, 5A_326/2011 E. 3.2). Dies entspricht der "Basler Rechtsöffnungspraxis", wonach die Einwendung des nicht erfüllten Vertrages materiellrechtlich eine Einrede darstellt und somit auch im Rechtsöffnungsverfahren - trotz von Amtes wegen zu prüfenden Bestandes eines Rechtsöffnungstitels - nur auf entsprechendes Vorbringen des Beklagten hin zu berücksichtigen ist. Diese Ansicht wird denn auch (mit geringfügigen, hier irrelevanten Abweichungen) vom

überwiegenden Teil der Lehre vertreten (vgl. statt vieler Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 370, 341; BSK SchKG I- Staehelin, N 99 und N 119 f. zu Art. 82 SchKG mit weiteren Hinweisen). Selbstredend ist ein erkennendes Gericht nicht an höchstrichterliche Entscheide gebunden, zumal sich bei der Beurteilung des Einzelfalles eine abweichende Betrachtungsweise durchaus als sachgerecht erweisen kann. Dies hat eine Partei bei ihrer prozessualen Vorgehensweise und ihren Prozessvorbringen im Auge zu behalten. Zudem ist dem Vorderrichter insofern beizupflichten, als im Rechtsöffnungsverfahren als Urkundenprozess grundsätzlich alle massgeblichen Dokumente von den Parteien von Anfang an einzureichen sind (Urk. 25 S. 3). Indes entspricht die erläuterte Rechtsprechung, wonach ein Darlehensvertrag bei unbestritten gebliebener Erfüllung als Rechtsöffnungstitel ausreicht und die Auszahlung erst auf Bestreitung hin nachzuweisen ist, einer als konstant zu bezeichnenden höchstrichterlichen Praxis sowie nunmehr herrschender Lehre. Vor diesem Hintergrund durfte der anwaltlich vertretene Kläger selbst unter Anwendung eines höheren Sorgfaltsmassstabes für Rechtskundige annehmen, dass ihm entsprechend dieser Praxis nach einer Bestreitung der Gegenpartei Gelegenheit zum Nachweis der Auszahlung gegeben werde. Nachdem diese Bestreitung aktenkundig erst mit der Stellungnahme des Beklagten im Rechtsöffnungsverfahren erfolgte (Urk. 18 S. 4), liegt auf der Hand, dass der Nachweis einzig mit einer weiteren Eingabe zu erbringen war. Dass der Kläger bei der Begründung des Rechtsöffnungsgesuchs auf den Zahlungsnachweis verzichtete, ist somit unter Beachtung der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt entschuldbar. Daran ändert nichts, dass in solchen Fällen regelmässig ein der gesetzlichen Konstellation des Rechtsöffnungsverfahrens widersprechender zweiter Schriftenwechsel anzuordnen ist, zumal dieser entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht vollständig zu sein hat (Urk. 25 S. 3). Vielmehr ist er auf die Stellungnahmen zur Frage der tatsächlichen Erfüllung der Darlehensverpflichtung zu beschränken. In der fehlenden Berücksichtigung der nach dem einfachen Schriftenwechsel eingereichten Beweismittel liegt demnach eine unrichtige Rechtsanwendung. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als begründet.

4.a) Ferner rügt der Kläger, der Vorderrichter habe ihm das rechtliche Gehör verweigert, indem er ihm eine Stellungnahme zu den massgeblichen Einwendun-

gen des Beklagten betreffend fehlende Erfüllung des Darlehensvertrages verunmöglicht habe. Zudem sei dem Kläger die Stellungnahme des Beklagten erst zusammen mit dem Urteil zugestellt worden und die - unerbetene - Stellungnahme des Klägers, welche dank direkter Übermittlung durch die Vertreterin der Gegenpartei erfolgt sei, sei unberücksichtigt geblieben (Urk. 24 S. 3 f.).

b) Hinsichtlich der behaupteten Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgrund verwehrter Stellungnahme zur Erfüllungsbestreitung ist auf die vorstehenden Erwägungen (Ziff. II.3.c) zu verweisen. Die fraglichen neuen Behauptungen und Beweismittel des Klägers hätten nach Auffassung der erkennenden Kammer berücksichtigt werden müssen. Indem der Vorderrichter diese ungehört liess, verletzte er den klägerischen Anspruch auf rechtliches Gehör, was aufgrund dessen formeller Natur zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGE 137 I 196 E. 2.2). Die unterbliebene Zustellung der Stellungnahme des Beklagten vom 24. August 2011 (Urk. 18) ist sodann ebenfalls als Gehörsverletzung zu qualifizieren, hat das Bundesgericht doch wiederholt festgehalten, dass der Gegenpartei die letzte offizielle Rechtsschrift vor Erlass des Urteils zumindest formlos zuzustellen sei, damit sich diese über eine allfällige Stellungnahme schlüssig werden kann (BGE 137 I 197 E. 2.3.1 mit weiteren Hinweisen). Allerdings erhielt der Kläger vorliegend durch die Gegenpartei Kenntnis von der fraglichen Eingabe und liess sich rechtzeitig dazu vernehmen (Urk. 21, 22/1-2), worauf sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid einlässlich zu den neuen Vorbringen des Klägers äusserte (Urk. 25 S. 2ff). Der formelle Mangel der nicht direkten und zeitigen Zustellung der Stellungnahme des Beklagten wurde damit bereits vor Vorinstanz geheilt, weshalb diesbezüglich keine durch die Beschwerdeinstanz zu beurteilende Gehörsverletzung vorliegt.

5.a) Insgesamt erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb sie gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben ist.

b) Angesichts des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren (vgl. vorstehend Ziff. II.1.) können die neuen Vorbringen des Beklagten zur behaupteten Erfüllung des Darlehensvertrages (Urk. 30 S. 3 ff.) nicht gehört werden. Dieser Umstand sowie die beschränkte Kognition steht denn auch einer Heilung der Ge-

hörverletzung im Beschwerdeverfahren entgegen (vgl. statt vieler BGE 133 I 204 E. 2.2). Die Sache ist daher zur Ergänzung des Sachverhalts, namentlich zur Einholung einer Stellungnahme des Beklagten zu den neuen Vorbringen des Klägers in dessen Eingabe vom 26. August 2011 (Urk. 21, 22/1-2) und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.a) Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 386'730.– ist die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

b) Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es ist vorzumerken, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 30. August 2011 wird aufgehoben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger im Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 386'730.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 20. Juni 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. G. Ramer Jenny

versandt am: js