

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT120045-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

## Urteil vom 23. Oktober 2012

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

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

gegen

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

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

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

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 11. Januar 2012 (EB110315)**

**Erwägungen:**

**I.**

1. a) Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 15. August 2008 veräusserte der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend: Gesuchsteller) die Liegenschaft Grundbuch C. \_\_\_\_\_ Blatt ..., Kataster Nr. ..., Oberdorf, an den Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsgegner) und D. \_\_\_\_\_. Der Kaufpreis wurde auf Fr. 460'000.– festgesetzt und war laut Vertrag durch Übernahme der auf der Liegenschaft lastenden Grundpfandschulden von Fr. 265'000.–, durch eine sofortige Anzahlung von Fr. 90'000.– sowie eine anlässlich der Eigentumsübertragung zu leistende Restzahlung von Fr. 105'000.– zu tilgen (Urk. 2/3).

b) Ebenfalls am 15. August 2008 unterzeichneten der Gesuchsteller als Darlehensgeber sowie der Gesuchsgegner und D. \_\_\_\_\_ als Darlehensnehmer einen Darlehensvertrag über Fr. 90'000.– (Urk. 2/2). Damit wurde die Pflicht zur Leistung der Anzahlung in eine Rückzahlungspflicht aus Darlehen umgewandelt. Vereinbarung wurde, dass das Darlehen marktüblich zu verzinsen und jährlich mit Fr. 9'000.– zu amortisieren sei. Die ersten beiden Rückzahlungsraten wurden vertragsgemäss beglichen. In der Folge kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien. Die Darlehensnehmer machten Gewährleistungsansprüche aus dem Kauf der genannten Liegenschaft in C1. \_\_\_\_\_ geltend und verweigerten die weitere Amortisation des Darlehens.

2. Mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ vom 11. November 2011 betrieb der Gesuchsteller den Gesuchsgegner für die am 30. September 2011 fällig gewordene Rückzahlungsrate von Fr. 9'000.– nebst Zinsen (Urk. 2/5). Gegen D. \_\_\_\_\_ läuft ein separates Betreibungsverfahren. Der Gesuchsgegner erhob in der gegen ihn gerichteten Betreibung Rechtsvorschlag. Mit Eingabe vom 25. November 2011 ersuchte der Gesuchsteller beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil um provisorische Rechtsöffnung (Urk. 1). Mit Urteil vom 11. Januar 2012 erteilte dieses provisorische

Rechtsöffnung für Fr. 9'000.– nebst Zinsen, Betreuungskosten sowie Kosten und Entschädigung (Urk. 11 = 17 = 20).

3. a) Hiergegen hat der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 6. März 2012 fristgerecht Beschwerde erhoben, mit folgendem Antrag (Urk. 19 S. 2):

"1.

In Aufhebung von Ziff. 1, 3 und 4 des Urteils vom 11. Januar 2012 des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Hinwil sei das Rechtsöffnungsgesuch in der Betreuung Nr. ... abzuweisen, die Gerichtskosten seien dem Gesuchsteller aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zu bezahlen.

2.

Die Vollstreckbarkeit des oben erwähnten Urteils vom 11. Januar 2012 sei vorsorglich aufzuschieben.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten des Gesuchstellers."

b) Mit Verfügung vom 14. März 2012 schob der Kammerpräsident die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids auf (Urk. 21). Die Beschwerdeantwort datiert vom 18. Mai 2012 und wurde dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 25). Der Gesuchsteller beantragt darin, die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchsgegners (S. 2).

## II.

1. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung, so kann der Gläubiger provisorische Rechtsöffnung verlangen. Der Richter spricht diese aus, sofern der Schuldner nicht sofort Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanererkennung entkräften (Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG).

2. a) Die Qualität des Darlehensvertrags vom 15. August 2008 (Urk. 2/2) als provisorischer Rechtsöffnungstitel ist unbestritten. Der Gesuchsgegner und D.\_\_\_\_\_ verpflichteten sich darin als Solidarschuldner. Ebenfalls unbestritten ist

die Fälligkeit der betriebenen Amortisationsrate von Fr. 9'000.–. Der Gesuchsgegner wendet sich nicht gegen die Darlehensforderung an sich, sondern macht deren Tilgung durch Verrechnung geltend. Es geht um angebliche Gewährleistungsansprüche aus dem Kauf der Liegenschaft in C1.\_\_\_\_\_. Der Gesuchsteller bestreitet die Verrechnungsforderung.

b) Gemäss Kaufvertrag vom 15. August 2008 wurde jegliche Gewährleistungspflicht des Gesuchstellers wegbedungen. Rund drei Jahre nach dem Kauf der Liegenschaft stellte die Käuferschaft Feuchteschäden am Haus fest. Sie führt diese auf den Umbau in den Jahren 2002 und 2003 zurück. Es ist unbestritten, dass der Gesuchsteller als damaliger Bauherr darauf verzichtete, die baurechtlich vorgeschriebene Wärme- und Schalldämmung einzubauen (Prot. I S. 4 f.). Er wurde deswegen vom Statthalteramt des Bezirks F.\_\_\_\_\_ gebüsst. Der Gesuchsgegner macht geltend, dass aus der mangelhaften Wärmedämmung an Wänden und Decken Feuchteschäden in Form von Fäulnis, Wurm- und Schimmelpilzbefall resultiert hätten. Die Sanierungskosten würden Fr. 150'000.– bis Fr. 200'000.– betragen. Der Gesuchsteller habe die Mängel arglistig verschwiegen, weshalb die Aufhebung der Gewährleistungspflicht nach Art. 199 OR ungültig sei.

3. a) Ein Mangel ist dann arglistig verschwiegen, wenn der Verkäufer das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft vorspiegelt oder unter Verletzung einer Aufklärungspflicht dem Käufer einen Mangel verheimlicht (vgl. BGE 116 II 434 E. 3a). Strittig ist vorliegend insbesondere, ob der Gesuchsteller den Gesuchsgegner und D.\_\_\_\_\_ vor dem Kauf der Liegenschaft auf die mangelhafte Isolation hingewiesen hat. Klar ist, dass der Gesuchsteller wusste, dass die Isolation nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprach, wurde er doch vom Statthalteramt des Bezirks F.\_\_\_\_\_ deswegen gebüsst. Vor der Vorinstanz gab er zu Protokoll, dass er die Käuferschaft über den gesamten Vorfall informiert habe (Prot. I S. 5). Zudem habe er sie mit einer Dokumentation über den Umbau bedient (Prot. I S. 4). Er machte mithin geltend, seiner Aufklärungspflicht nachgekommen zu sein. Der Gesuchsgegner bestritt demgegenüber, dass D.\_\_\_\_\_ und er Einblick in die Dokumentation des Umbaus erhalten hätten, und behauptete, dass sie von der Busse erst nach und nach Kenntnis erhalten hätten (Prot. I S. 7).

b) Die Vorinstanz erwog dazu, dass der Gesuchsgegner nicht im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft habe darzutun vermöge, dass der Gesuchsteller D.\_\_\_\_\_ und ihm allfällige Mängel arglistig verschwiegen habe. Die Behauptung, der Gesuchsteller sei seiner Aufklärungspflicht bezüglich der nicht vorschriftsgemässen Isolierung sowie bezüglich der deswegen erfolgten Verzeigung mit Busenfolge nicht nachgekommen, entbehre jeglicher Indiziengrundlage (Urk. 20 S. 6).

4. a) Der Gesuchsgegner rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 8 ZGB. Die Vorinstanz habe die Beweislast falsch verteilt. Es sei am Gesuchsteller, glaubhaft zu machen und nicht nur zu behaupten, dass er seiner Aufklärungspflicht nachgekommen sei. Es gehe nicht an, dem Gesuchsgegner den Beweis einer negativen Tatsache aufzuerlegen (Urk. 19 S. 6).

b) Nach Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet, sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt. Lässt sich nicht feststellen, ob sich eine rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat oder nicht, so ist zu Ungunsten derjenigen Partei zu entscheiden, die aus ihrem Vorhandensein einen Anspruch abgeleitet hätte. Dieser Grundsatz gelangt im Allgemeinen auch dann zur Anwendung, wenn ein rechtserhebliches Negativum beweislos geblieben ist: Ist Entstehung oder Untergang eines Rechtes an das Nichtvorhandensein einer Tatsache geknüpft, so trägt derjenige, der aus ihrem Nichtvorhandensein die Entstehung oder den Untergang eines Rechtes herleitet, die Beweislast für ihr Nichtvorhandensein (Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 51). Eine allgemeine Regel, wonach nur positive Tatsachen, nicht aber Negative beweisbar und zu beweisen seien ("negativa non sunt probanda") ist nicht vertretbar (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 323; BGE 133 V 205 E. 5.5). Negative Tatsachen können zwar nicht unmittelbar bewiesen werden, lassen sich aber oft aus positiven Sachumständen erschliessen (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 326 ff.; BSK-Schmid/Lardelli, Art. 8 ZGB N 72).

c) Werden vom Käufer trotz Wegbedingung der Gewährleistungspflicht Gewährleistungsansprüche geltend gemacht, weil ihm der Verkäufer arglistig Mängel

verschwiegen habe (Art. 199 OR), so hat der Käufer das arglistige Verschweigen nachzuweisen. Behauptet nun der Verkäufer, er habe den Käufer auf die Mängel aufmerksam gemacht, so hat der Käufer insbesondere auch zu beweisen, dass die Bekanntgabe nicht erfolgt sei (Guldener, a.a.O., S. 54). Möglich und zumutbar ist es dem Käufer beispielsweise darzutun und zu beweisen, dass der vereinbarte Kaufpreis demjenigen für ein vollwertiges Kaufobjekt entspricht und infolge der Mängel ein erheblicher Minderwert besteht. Gelingt ihm dies, kann die tatsächliche Vermutung begründet sein, dass die Mängel verschwiegen wurden (Guldener, a.a.O., Fn. 69).

d) Im Rechtsöffnungsverfahren hat der verrechnungswillige Betriebene Bestand, Höhe und Fälligkeit der Gegenforderung glaubhaft zu machen (BSK-Staehelin, Art. 82 SchKG N 93). Dazu gehört im vorliegenden Fall auch, glaubhaft zu machen, dass der Gesuchsteller nicht auf die mangelhafte Isolation aufmerksam gemacht habe. Der Umstand, dass weder der Kaufvertrag noch die Objektbeschreibung einen Hinweis auf die mangelhafte Isolation enthalten, genügt dafür – entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners – nicht. Unter Hinweis auf das zuvor Gesagte ist sodann festzuhalten, dass der Gesuchsgegner nicht einmal versucht hat, glaubhaft zu machen, dass der vereinbarte Kaufpreis demjenigen für ein vollwertiges Kaufobjekt entspreche.

e) Was der Gesuchsgegner mit der Bemerkung, dass Art. 3 ZGB auch bei arglistiger Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 2 OR anwendbar sei (Urk. 19 S. 6), aufzeigen will, erhellt nicht; es steht schliesslich keine Täuschung durch einen Dritten zur Diskussion. Der Gesuchsgegner kann aus Art. 3 ZGB nichts zu seinen Gunsten ableiten.

5. a) Der Gesuchsgegner machte vor Vorinstanz weiter geltend, dass der Gesuchsteller Kenntnis vom Wurmbefall gehabt habe, da er selbst im fraglichen Haus gewohnt habe. Die sich bildenden Holzmehlhäufchen könne ein Bewohner nicht übersehen. Vor der Besichtigung des Hauses durch die Käuferschaft habe der Gesuchsteller dieses gereinigt und alles Holzmehl entfernt (Urk. 9 S. 5). Mit anderen Worten wirft der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller vor, sogar über die Folgen der mangelhaften Isolation im Bilde gewesen zu sein und diese arglistig

verschwiegen zu haben. Der Gesuchsteller bestritt, dass das Haus im Zeitpunkt der Veräusserung von Würmern befallen gewesen sei (Prot. I S. 4).

b) Die Vorinstanz sah in den Ausführungen des Gesuchsgegners zum Wurmbefall blosser Behauptungen. Sie hielt fest, dass der Gesuchsgegner und D. \_\_\_\_\_ während dreier Jahre im Haus gelebt und auch bauliche Veränderungen daran vorgenommen hätten, ohne die behaupteten Feuchteschäden zu bemerken (Urk. 20 S. 6). Mit der Vorinstanz lässt sich sagen, dass der Gesuchsgegner nicht glaubhaft machen konnte, dass das Haus bereits im Zeitpunkt der Veräusserung von Würmern befallen gewesen sei und der Gesuchsteller dies auch gewusst habe.

c) Im Übrigen erklärt der Gesuchsgegner im Beschwerdeverfahren ohnehin, dass die Frage, wie weit die "Mangelfolgeschäden" im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft fortgeschritten gewesen seien, nicht relevant sei (Urk. 19 S. 4). Relevant scheint für ihn einzig zu sein, dass die Isolation mangelhaft war und der Gesuchsteller dies wusste, was unbestritten ist. Wie bereits aufgezeigt, genügt dies jedoch nicht zur Begründung eines Gewährleistungsanspruchs.

6. Soweit der Gesuchsgegner ferner ausführte, dass Fäulnis und Ungeziefer auch durch vorschriftswidrig eingebaute Sanitärabläufe entstanden seien (Urk. 9 S. 4), machte er nicht geltend, dass der Gesuchsteller im Zeitpunkt der Veräusserung von diesem angeblichen Mangel gewusst habe. Es kann somit auch nicht gesagt werden, dass er diesen arglistig verschwiegen habe.

7. Schliesslich ist ein täuschendes Verhalten auch nicht darin zu sehen, dass der Gesuchsteller das Haus in der Objektbeschreibung als vollständig renoviert und mit hochwertigen Materialien wunderschön ausgebaut anpries (Urk. 10/1). Dies allein schon deshalb, weil der Gesuchsgegner nicht glaubhaft machen konnte, dass der Gesuchsteller nicht auf die mangelhafte Isolation aufmerksam gemacht habe. Überdies lässt sich der genannten Anpreisung kaum ein sachlicher Gehalt beimessen, zumindest nicht in Bezug auf die Isolation (vgl. BSK-Schwenzer, Art. 28 OR N 4).

8. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die zur Verrechnung gestellte Gewährleistungsforderung nicht genügend glaubhaft gemacht wurde. Die Rechtsöffnung wurde daher zu Recht gewährt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

### III.

Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110 Nr. 28) auf Fr. 450.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ferner hat er dem Gesuchsteller eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 4 Abs. 1 und 9 AnwGebV auf Fr. 500.– zu veranschlagen. Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 40.–.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 540.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

6. Wird provisorische Rechtsöffnung erteilt, kann der Gesuchsgegner innert 20 Tagen nach Zustellung dieses Entscheids beim zuständigen Gericht unter Beilage dieses Entscheids schriftlich und im Doppel auf Aberkennung der Forderung klagen; unterlässt er dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.
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. 9'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:

ss