

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT120151-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und  
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

## Urteil vom 12. Dezember 2012

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts Audi-  
enz am Bezirksgericht Zürich vom 29. August 2012 (EB120933)**

### **Erwägungen:**

1. Am 28. Juni 2012 ging bei der Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) betreffend die ihr mit Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Februar 2012 zugesprochene Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'100.– zuzüglich 8% MwSt. ein (Urk. 1).

2. Mit Verfügung und Urteil vom 29. August 2012 entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 20 S. 10 f.):

#### **"Verfügung:**

1. Auf das Ausstandsbegehren der beklagten Partei wird nicht eingetreten.
2. Der Antrag der beklagten Partei auf unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die weiteren prozessualen Anträge der beklagten Partei (Beizug Vorakten, Akteneinsicht) werden abgewiesen.
4. (Rechtsmittel: Beschwerde, 10 Tage, kein Fristenstillstand).

#### **Erkenntnis:**

1. Der klagenden Partei wird *definitive* Rechtsöffnung erteilt in Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt C. \_\_\_\_\_  
Zahlungsbefehl vom 4. April 2012, für  
Fr. 2'268.– nebst Zins zu 5 % seit 3. April 2012.  
Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr von Fr. 300.– wird der beklagten Partei auferlegt. Sie wird von der klagenden Partei bezogen, ist ihr aber von der beklagten Partei zu ersetzen.
3. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 378.– zu bezahlen.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Rechtsmittel: Beschwerde, 10 Tage, kein Fristenstillstand)."

3. Hiergegen hat der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) am 24. September 2012 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde erhoben und stellt folgende Beschwerdeanträge (Urk. 19 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung in den Punkten 2 und 3, das Urteil in den Punkten 1-3, aufzuheben.
2. Es sei auf die Rechtsöffnung wegen rechtsgenügend nachgewiesener mehrfacher Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründe nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.
3. Es sei auf die Rechtsöffnung wegen rechtsgenügend nachgewiesener Unvollstreckbarkeit und rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.
4. Es sei die Klage im Umfang der Eventualverrechnung abzuweisen.
5. Es sei das Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid im an der Schlichtungsbehörde D. \_\_\_\_\_ als MN120018 hängigen Verfahren betreffend Feststellung der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung zu sistieren.
6. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung gemäss Art. 117 ff. ZPO zu gewähren und das Verfahren bis zur Bestellung und gehörigen Einarbeitung des vom Beschwerdeführer zu wählenden Vertreters zu sistieren, wobei bei Abweisung des Gesuches dem Beschwerdeführer eine gehörige Frist zur vollständigen Begründung der Beschwerde anzusetzen sei.
7. Es sei von der Verhandlungsunfähigkeit (Arbeitsunfähigkeit) bis einstweilen am 12.10.2012 und der Landesabwesenheit des Beschwerdeführers vom 25.9. bis und mit 3.10.2012 Vormerk zu nehmen und das Verfahren bis zur Wiedererlangung der Verhandlungsfähigkeit des Beschwerdeführers zu sistieren, eventualiter die Frist wiederherzustellen.
8. Es sei dem Beschwerdeführer neben den notwendigen Auslagen eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c. ZPO nach Ermessen des Gerichtes zu entrichten, wobei der über fünfjährige unverhältnismässige Aufwand in der Sache gehörig zu würdigen sei.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

*Eventualiter* sei der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b und lit. f sowie Art. 108 ZPO keine Prozessentschädigung zuzusprechen und es seien ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen, allenfalls sei sie wegen bös- und mutwilliger Prozessführung gemäss Art. 128 Abs. 3 ZPO mit einer Ordnungsbusse nach Ermessen des Gerichtes zu belegen. *Subeventualiter* seien sie gemäss Art. 108 Abs. 2 ZPO vom Kanton zu tragen."

4. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2012 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 15. Oktober 2012) stellte der Gesuchsgegner weitere, folgende Anträge (Urk. 21 S. 2):

- "10. Es sei die Vollstreckung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO umgehend aufzuschieben und das BA C.\_\_\_\_\_ anzuweisen, die Betreibungshandlungen einstweilen einzustellen. Eventualiter sei die Aufschiebung superprovisorisch anzuordnen.
11. Es sei dem beantragten unentgeltlichen Rechtsvertreter Gelegenheit zu geben, die Eingabe in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu ergänzen und zu vervollständigen.
12. Es sei dem Beschwerdeführer wiederum neben den notwendigen Auslagen eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nach Ermessen des Gerichts zu entrichten, wobei der über fünfjährige, unverhältnismässige Aufwand in der Sache sowie die voreilige Betreibungshandlung der Beschwerdegegnerin gehörig zu würdigen sei.
13. Alles ebenfalls unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

*Eventualiter* sei der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b und lit. f sowie Art. 108 ZPO keine Prozessentschädigung zuzusprechen und es seien ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen, allenfalls sei sie wegen bös- und mutwilliger Prozessführung gemäss Art. 128 Abs. 3 ZPO mit einer Ordnungsbusse nach Ermessen des Gerichtes zu belegen. *Subeventualiter* seien sie gemäss Art. 108 Abs. 2 ZPO vom Kanton zu tragen."

5. Mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2012 wurde diesbezüglich wie folgt entschieden (Urk. 23 S. 5 f.):

- "1. Auf den prozessualen Antrag des Gesuchsgegners, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird nicht eingetreten.
2. Auf das Gesuch des Gesuchsgegners um superprovisorische Anordnung des Aufschubs der Vollstreckung wird nicht eingetreten.
3. Der prozessuale Antrag des Gesuchsgegners, es sei ihm Möglichkeit einzuräumen, seine Rechtsmittelbegründung zu ergänzen und zu vervollständigen, wird abgewiesen.
4. (Schriftliche Mitteilung)."

6.1 Mit Schreiben vom 21. Oktober 2012 stellte der Gesuchsgegner den Antrag, es sei die Verfügung vom 18. Oktober 2012 vollumfänglich aufzuheben und antragsgemäss (neu) zu verfügen. Angesichts des laufenden Vollstreckungsverfahrens ersuchte er um umgehende Erledigung und sofortige Anzeige an das BA C.\_\_\_\_\_ (Urk. 24 S. 2).

6.2 Mit dem vorliegenden Endentscheid wird dieses Wiedererwägungsgesuch gegenstandslos.

7.1 Der Gesuchsgegner beantragt die Sistierung des vorliegenden Verfahrens aus prozessökonomischen Gründen, da derzeit am Obergericht eine Beschwerde bezüglich unentgeltlicher Verbeiständung für das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde D.\_\_\_\_\_ betreffend Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung hängig sei. Damit würden widersprechende Entscheide und/oder der Anschein der Befangenheit vermieden werden können. Sodann beantragt er die Sistierung, bis sich der ihm zu bestellende unentgeltliche Rechtsvertreter gehörig eingearbeitet habe (Urk. 19 S. 3).

7.2 Gestützt auf Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Verfahren sistiert werden, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Unter Zweckmässigkeit versteht sich etwa die Vermeidung sich widersprechender Entscheide und mehrfacher Beweiserhebungen, Verminderung der Prozesskosten und des Zeitaufwandes. Sodann erfordert die Sistierung in der Regel eine Interessenabwägung, indem das Gericht das Interesse an der Sistierung dem gegenteiligen Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens gegenüberstellt und den Grad der Abhängigkeit vom Ausgang des anderen Verfahrens berücksichtigt (A. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 126 N 3).

7.3.1 Vorliegend ist fraglich, ob dem Gesuchsgegner an seiner Feststellungsklage überhaupt ein Rechtsschutzinteresse zugesprochen werden wird: Kann nämlich der entsprechende Nichtigkeitsgrund mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel vorgebracht werden, besteht an sich kein Interesse an einer ent-

sprechenden selbständigen Feststellungsklage (F. Walther in: SZPP 2/2005 S. 207 ff., Die Nichtigkeit im Schweizerischen Zivilprozessrecht). Im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Februar 2012 war genau diese Frage Kern des Verfahrens, nämlich ob die vom Gesuchsgegner vorgebrachte Nichtigkeit der Kündigung für eine Revision spricht oder eben nicht. Dies wurde abschliessend entschieden und das Bundesgericht ist auf die dagegen gerichtete Beschwerde mit Urteil vom 1. Mai 2012 nicht eingetreten (Urk. 4/2). Schliesslich ist nicht einzusehen, inwiefern eine Beschwerde hinsichtlich Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege das vorliegende Verfahren tangieren könnte. Sodann lässt auch eine mögliche nachträgliche Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes keine Sistierung des Verfahrens zu, da auch in einem solchen Falle eine Ergänzung der Beschwerde infolge der nicht erstreckbaren gesetzlichen Rechtsmittelfrist (Art. 321 ZPO in Verbindung mit Art. 144 Abs. 1 ZPO) – wie bereits mit Verfügung vom 18. Oktober 2012 entschieden – ausgeschlossen ist. Im Übrigen ist nicht einzusehen, inwiefern ein Nichtsistieren des Verfahrens den Anschein der Befangenheit erwecken könnte. Der Gesuchsgegner führt solche denn auch nicht substantiiert aus.

7.3.2 Damit aber ist vorliegend dem Beschleunigungsgebot des vorliegenden Verfahrens der Vorrang einzuräumen. Entsprechend ist der Antrag auf Sistierung abzuweisen.

8.1 Im Wesentlichen beantragt der Gesuchsgegner in der Sache erneut, dass die Nichtigkeit der Kündigung festzustellen und gestützt darauf das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen sei. Ein auf einem "Nullum" basierender Entscheid könne per definitionem nicht vollstreckt werden. Entsprechend habe die Vorinstanz ihre Begründungspflicht verletzt, da sie weder auf die Argumentation noch auf die ihr form- und fristgerecht eingereichten Beweismittel eingehe. Vielmehr gehe sie von aktenwidrigen Tatsachen aus, indem sie festhalte, dass die Nichtigkeit der Kündigung schon mehrere Male gerichtlich überprüft und durchwegs als gültig bezeichnet worden sei. Dies treffe nicht zu. Sämtliche Entscheide hätten sich lediglich über die Frage der Missbräuchlichkeit bzw. der Anfechtbarkeit der Kündigung geäussert, nicht aber über die Frage der Nichtigkeit. Schliesslich un-

terlasse es die Vorinstanz, die gesetzlichen Grundlagen ihrer Begründung zu benennen (Urk. 19 S. 3 f.).

8.2 Bei dieser Argumentation übersieht der Gesuchsgegner, dass in Verfahren betreffend Anfechtung einer Kündigung, in welchen es regelmässig gerade um die Frage der Gültigkeit der Kündigung geht, auch immer die Frage nach einer möglichen Nichtigkeit – dies von Amtes wegen – zu prüfen ist. In der Tat wurde denn auch die Gültigkeit der Kündigung vom 27. Dezember 2005 von sämtlichen Instanzen bejaht (OGer vom 25. Februar 2009, KassGer vom 16. September 2009 und BGer vom 15. März 2010, 4A\_525/2009; vgl. Urk. 4/2 S. 2). Im Übrigen hat der Gesuchsgegner entgegen seiner aktenwidrigen Behauptung bereits im damaligen bundesgerichtlichen Verfahren beantragt, die Kündigung sei für nichtig zu erklären (BGer 4A\_525/2009 Erw. C). Damit aber hat die Vorinstanz den Sachverhalt nicht unrichtig festgestellt.

9.1 Weiter beanstandet der Gesuchsgegner, die Vorinstanz habe sich geweigert, die nachgewiesene fehlende Legitimation der Gesuchstellerin zu würdigen. Die Legitimation der Gesuchstellerin sei in keinem Entscheid geprüft worden. Die Vorinstanz bediene sich diesbezüglich eines auf Aktenwidrigkeit beruhenden Zirkelschlusses und begehe damit einen schwerwiegenden Begründungsfehler (Urk.19 S. 4).

9.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat sich diesbezüglich in Erwägung 4.3 geäussert. Inwiefern diese Erwägung nicht zutreffen sollte, rügt der Gesuchsgegner lediglich pauschal. Dadurch aber verletzt er seine Rügepflicht, weshalb es damit sein Bewenden hat. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass überdies aus dem Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Februar 2012, mit welchem das Revisionsbegehren des Gesuchsgegners abgewiesen worden ist, hervorgeht, dass die Frage des Parteistatus geprüft worden ist. Es wurde festgehalten, dass die vom Gesuchsgegner mit seinem Revisionsbegehren anvisierten Entscheide vom 25. Februar 2009 und 12. November 2010 gegen die Gesuchstellerin ergangen seien. Eine Aufhebung könne nur gegen die seinerzeitige Partei erfolgen, unabhängig davon, ob sie die richtige gewesen sei (Urk. 4/1 S. 4 Erw. 1.5).

10.1 In Bezug auf seinen Verrechnungsanspruch rügt der Gesuchsgegner, dass ihm die Vorinstanz – trotz des von ihm angebrachten Vorbehaltes und seines Antrages auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes – keine Gelegenheit gegeben habe, diesen eingehend zu begründen oder zu belegen. Sodann bringt er vor, die Vorinstanz hätte ihm auch – vor Abweisen seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund von Aussichtslosigkeit – das rechtliche Gehör gewähren müssen (Urk. 19 S. 4).

10.2 Hinsichtlich dieses letzten Einwandes ist dem Gesuchsgegner folgendes entgegenzuhalten: Der Gesuchsgegner verfügt über ein abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften. Entsprechend kann von ihm erwartet werden, dass er das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu begründen weiss, zumal dies ausdrücklich gesetzlich verankert ist (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Damit war die Vorinstanz nicht gehalten, den Gesuchsgegner erneut anzuhören. Weiter ist der Gesuchsgegner darauf hinzuweisen, dass allein das Kriterium der Waffengleichheit hinsichtlich seines Antrages auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung nicht greift, wenn nicht gleichzeitig auch die beiden Voraussetzungen der Mittellosigkeit und der fehlenden Aussichtslosigkeit gegeben sind (Art. 117 lit. a und b und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Nachdem die Vorinstanz die Position des Gesuchsgegners – wie aufgezeigt – zu Recht als aussichtslos qualifiziert hatte, erübrigte sich die Frage nach der Waffengleichheit.

10.3 In Bezug auf den Einwand des Gesuchsgegners, er habe Ergänzungen zur Verrechnungseinrede vorbehalten, ist er darauf hinzuweisen, dass das Rechtsöffnungsverfahren der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime und damit der Novenbeschränkung nach Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO untersteht, was ihm als Juristen und prozess erfahrenen Partei durchaus hätte bewusst sein müssen. Entsprechend hätte er seine Begehren im ersten Parteivortrag substantiiert vorbringen müssen. Schliesslich sieht das summarische Verfahren lediglich zwei Parteivorträge vor (Art. 253 ZPO). Daran hätte auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes nichts geändert. Im Übrigen setzt sich der Gesuchsgegner in keiner Weise mit der Erwägung der Vorinstanz auseinander, wonach die Möglichkeiten eines Schuldners zur Abwehr im Verfahren der definitiven Rechts-

öffnung eng beschränkt seien, es hierzu eines strikten Gegenbeweises bedurft hätte und dieser vom Gesuchsgegner noch nicht einmal substantiiert vorgetragen worden sei. Damit geht diese Einwendung fehl.

11. Die übrigen Anträge (Antrag 1 betr. Dispositivziffer 3 der Verfügung sowie betreffend Höhe der Spruchgebühr und Höhe der Parteientschädigung) begründet der Gesuchsgegner nicht, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

12. Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es bei der erstinstanzlichen Kostenaufgabe und dem Zusprechen der von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung an die Gesuchstellerin (Urk. 20 S. 10 Dispositiv Ziffer 2 und 3 des Urteils vom 29. August 2012).

13.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 450.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

13.2 Der Gesuchsgegner hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 19 S. 2). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde (vgl. vorstehende Erwägungen 10.2) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

13.3 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Der Antrag auf Sistierung des Verfahrens wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.

5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage einer Kopie der Urk. 19, Urk. 21, Urk. 22 und Urk. 24, sowie an das Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich, 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 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. 2'286.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js