

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT190173-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

## **Beschluss und Urteil vom 26. Februar 2020**

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch B.\_\_\_\_\_ **Immobilien AG**

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht  
Zürich vom 17. Oktober 2019 (EB191036-L)**

### **Erwägungen:**

**1.1** Mit Urteil vom 17. Oktober 2019 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 10 (Zahlungsbefehl vom 30. August 2019) gestützt auf den Wohnungsmietvertrag vom 12./14. Juni 2017 für ausstehende Mietzinse betreffend den Zeitraum März 2018 bis Juli 2019 provisorische Rechtsöffnung für Fr. 40'850.– nebst 5% Zins seit 31. Oktober 2018. Im Mehrumfang (Zinsen von 5% für die Zeit vom 1. März 2018 bis 30. Oktober 2018) wies sie das Gesuch ab. Die Kosten des Verfahrens wurden dem Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (Gesuchsgegner) auferlegt. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung einer Parteientschädigung wurde abgewiesen (Urk. 14 S. 6 f. = Urk. 11 S. 6 f.).

**1.2** Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 6. November 2019 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 7. November 2019) innert Frist Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag auf Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens, eventualiter auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Urk. 13).

**2.1** Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und mittels Verweisungen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Die blosser Verweisung auf die Ausführungen vor Vorinstanz oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird,

braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.).

**2.2** Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; Freiburghaus/Afeldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 326 N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

**3.1** Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Gesuchsgegner seine Einwendungen gegen die von der Gesuchstellerin in Betreuung gesetzte Forderung nicht hinreichend substantiiert und belegt habe. So habe er keine einzige Urkunde zur behaupteten Korrespondenz mit der Gesuchstellerin eingereicht, weshalb nicht ersichtlich sei, ob und wann in der erwähnten Korrespondenz eine sinngemässe Mängelrüge erfolgt sei. Somit bleibe offen, inwieweit die geltend gemachten Mietzinse nicht bereits im Zeitpunkt der Mängelrüge fällig gewesen seien, was jedoch einen allfälligen Herabsetzungsanspruch nachträglich ausschliesse. Des Weiteren habe er weder das Ausmass noch die Intensität des geltend gemachten Fäkaliengestanks im Mietobjekt substantiiert. Es genüge nicht, ohne nähere Begründung von einer Mietzinsreduktion von 30-35% auszugehen. Dasselbe gelte für die gerügten Probleme aus der "ordentlichen" Mängelliste. Demnach lasse sich ein allfälliger Herabsetzungsanspruch unmöglich beurteilen. Entsprechend stehe ihm ein solcher, der einer Rechtsöffnung für den Mietzins entgegenstehe, nicht zu. Schliesslich sei der Einwand des Gesuchsgegners, wonach er nicht in der Lage

sei, die Forderung zu bezahlen, im Rechtsöffnungsverfahren unbeachtlich. Dies werde vom Betreibungsamt zu prüfen sein. Insgesamt habe der Gesuchsgegner mit seinen Einwendungen den Rechtsöffnungstitel nicht zu entkräften vermocht (Urk. 14 S. 4 f.).

**3.1.1** Der Gesuchsgegner rügt sinngemäss, es habe keine Verhandlung stattgefunden. Er habe keine Gelegenheit erhalten, seine Beweise vorzulegen (Urk. 13).

**3.1.2** Dem kann nicht zugestimmt werden: Nach Art. 1 lit. c ZPO in Verbindung mit Art. 251 lit. a ZPO gilt für Entscheide, die vom Rechtsöffnungsgericht getroffen werden, das summarische Verfahren. In diesem Verfahren kann das Gericht auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Eine solche Ausnahme besteht für das Verfahren um Erteilung der Rechtsöffnung nicht. Nichts anderes besagt Art. 84 Abs. 2 SchKG, wonach das Rechtsöffnungsgericht dem Betriebenen nach Eingang des Gesuches um Erteilung der Rechtsöffnung Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme gibt. Es liegt damit im Ermessen des Rechtsöffnungsgerichts, eine mündliche Verhandlung anzusetzen oder das Verfahren schriftlich durchzuführen und aufgrund der Akten zu entscheiden (BGer 5D\_192/2013 vom 30.04.2014, E. 4.2.1 mit Verweis auf BK ZPO-Güngerich, Art. 256 ZPO N 1). Vorliegend hat sich das Rechtsöffnungsgericht für die Durchführung des schriftlichen Verfahrens und den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung entschieden, indem sie dem Gesuchsgegner Frist zur schriftlichen Stellungnahme ansetzte (Urk. 7). Dies war dem Gesuchsgegner durchaus bewusst, da er vor Vorinstanz selber davon ausging, das Gericht entscheide "aus der Ferne" und demnach aufgrund der Akten (vgl. Urk. 9 S. 3). Sodann verlangte er auch nicht explizit die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (vgl. Urk. 9 S. 3), sondern hielt lediglich fest, einer solchen offen gegenüberzustehen. Gleichzeitig tat er kund, am Weiterziehen dieses Falles nicht interessiert zu sein. Irgendwann müsse man den Strich ziehen, was sich jedoch erst nach dem Entscheid über das Rechtsöffnungsbegehren zeigen werde (Urk. 9 S. 3). Damit

durfte die Vorinstanz durchaus davon ausgehen, der Gesuchsgegner verzichte (zumindest implizit) auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Schliesslich zeigt der Gesuchsgegner auch nicht konkret auf, inwiefern sein Anspruch auf Durchführung einer mündlichen und damit öffentlichen Verhandlung verletzt sein sollte. So kann u.a. auch von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, wenn die zu beurteilende Streitsache keine Tat- oder Rechtsfragen aufwirft, die nicht adäquat aufgrund der Akten und der schriftlichen Parteivorbringen gelöst werden können (vgl. BGer 5A\_208/2011 vom 24. Juni 2011, E. 5.2 mit Hinweis). Inwiefern es dem Gesuchsgegner nicht hätte möglich sein sollen, seinen Standpunkt ausschliesslich schriftlich darzulegen und die "ordentliche" Mängelliste sowie die von ihm erwähnte Korrespondenz mit der Gesuchstellerin betreffend Rüge von Mietmängeln und Geruchsimmissionen einzureichen, ist nicht ersichtlich. Insgesamt ergibt sich, dass weder ein Antrag auf Durchführung eines mündlichen Verfahrens übersehen wurde noch eine derart komplexe Situation vorlag, welche ein Absehen davon nicht gerechtfertigt hätte. Es liegt keine Verletzung des Anspruchs auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor.

**3.1.3** Schliesslich ist der Gesuchsgegner darauf hinzuweisen, dass es Sache der Partei ist, dem Gericht das Tatsächliche vorzutragen und die entsprechenden Beweismittel einzureichen, insbesondere da das vorliegende Verfahren der Verhandlungsmaxime unterliegt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Hierauf wurde der Gesuchsgegner hingewiesen: So wurde ihm mit Verfügung vom 16. September 2019 Frist angesetzt, um seine Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch schriftlich einzureichen. Mit dieser hätte er die entsprechenden Unterlagen einreichen können und müssen. Explizit hielt die Vorinstanz nämlich Folgendes fest: "Er hat insbesondere darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen er im Einzelnen bestreitet. Die Beweismittel sind beizulegen." (Urk. 7). Ebenso wurde auf die Säumnisfolgen hingewiesen, wonach das Gericht bei Säumnis aufgrund der Akten entscheide (Urk. 7). Damit war die Vorinstanz nicht verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine (weitere) Frist anzusetzen, um die von ihm erwähnten Beweismittel einzureichen (vgl. Art. 82 SchKG,

wonach der Schuldner seine Einwendungen gegen den Rechtsöffnungstitel *sofort* glaubhaft zu machen hat). Es liegt demnach keine Gehörsverletzung vor.

**3.2.1** Des Weiteren bringt der Gesuchsgegner vor, im Mai 2019 sei ein anderes Urteil ergangen, welches vom vorliegenden Entscheid massiv abweiche. Damals seien für dieselbe Zeitperiode sechs Monatsmieten festgelegt worden. Nun komme man plötzlich auf eine Summe von über Fr. 40'000.–. Dies sei nicht nachvollziehbar (Urk. 13).

**3.2.2** Bereits in seiner Stellungnahme vom 21. September 2019 erwähnte der Gesuchsgegner das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 20. Mai 2019 (vgl. Urk. 9 S. 3 mit Verweis auf ER190069-L vom 20. Mai 2019). Dieses hatte er indes nicht eingereicht. Das erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichte Urteil ist neu und der Verweis darauf – wie in Erwägung 2.2 hiavor ausgeführt – verspätet und demnach unzulässig und unbeachtlich. Mit Blick auf die hier anwendbare Verhandlungsmaxime (vgl. Erw. 3.1.3 hiavor) war es auch nicht Sache der Vorinstanz, das erwähnte Urteil von Amtes wegen beizuziehen. Ohnehin aber wäre – selbst wenn es beachtlich wäre – nicht ersichtlich, was der Gesuchsgegner hieraus zu seinen Gunsten ableiten wollte. Mit Urteil vom 20. Mai 2019 wurde der Gesuchsgegner dazu verurteilt, die Mieträumlichkeiten an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich zu verlassen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben (vgl. Urk. 15/2). Dabei wurde – zur Bemessung der Höhe der Verfahrenskosten – von einem Streitwert von sechs Monatsmieten ausgegangen (Urk. 15/2 S. 5 f.). Sodann handelte es sich beim damaligen Verfahren um ein solches betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen und nicht um ein Rechtsöffnungsverfahren. Dabei wurde nicht über die Mietzinsausstände des Gesuchsgegners geurteilt, sondern über die Frage, ob er zum Auszug aus der gemieteten Wohnung zu verpflichten ist. Demnach wäre selbst dann, wenn das nun beschwerdeweise eingereichte Urteil beachtlich wäre, nicht ersichtlich, inwiefern dieser Entscheid mit der vorliegenden Streitsache vergleichbar wäre bzw. sich hieraus für das vorliegende Verfahren ein Präjudiz ergäbe.

**3.3** Im Übrigen erschöpft sich die Beschwerdeschrift hauptsächlich in Unmutsäusserungen des Gesuchsgegners über die Gutheissung des Rechtsöffnungsbegehrens. Er beschwert sich massgeblich darüber, dass kein Verfahren gegen ein solches Unternehmen eröffnet werde (Urk. 13). Diesbezüglich vermag die Beschwerdebegründung den gesetzlichen Vorgaben (vgl. E. 2.1 hiervor) nicht zu genügen. Es ist darauf nicht weiter einzugehen. Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass es ihm selbst obliegt zu entscheiden, ob er seine Forderungen gegen die Gesuchstellerin in einem ordentlichen Verfahren geltend machen will. Ein solches Verfahren ist – entgegen seiner Ansicht – vom Rechtsöffnungsgericht nicht von Amtes wegen zu eröffnen. Schliesslich wies die Vorinstanz den Gesuchsgegner auf die Möglichkeit einer Aberkennungsklage hin (Urk. 14 S. 7 Dispositivziffer 5), bei welcher es sich um eine negative Feststellungsklage handelt, die im ordentlichen Verfahren beurteilt wird (Art. 83 Abs. 2 SchKG).

**3.4** Beim Beschwerdeverfahren handelt es sich regelmässig um einen Aktenprozess ohne Parteiverhandlung, wobei es der Rechtsmittelinstanz freisteht, bei Zweckmässigkeit auch eine Parteiverhandlung durchzuführen. Es liegen keine besondere Umstände vor, welche eine Abweichung rechtfertigten und eine Parteiverhandlung aufdrängten (vgl. hierzu: BSK ZPO-Spühler, Art. 327 N 1 mit Verweis auf Botschaft ZPO BBl 2006 S. 7379; ZPO-Freiburghaus/Afheldt, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 327 N 5). Entsprechend ist keine mündliche Verhandlung im vorliegenden Beschwerdeverfahren durchzuführen.

**3.5** Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**4.1** 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. 500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**4.2** Der Gesuchsgegner beantragt für das Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Pflichtverteidiger). Diese ist nach dem soeben Ausgeführten zufolge Aussichtslosigkeit (Art. 117 lit. c ZPO) abzuweisen. Ohnehin wäre eine Ergänzung der Beschwerdeschrift nach Ablauf der Beschwerdefrist ausgeschlossen (Art. 321 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 114 Abs. 1 ZPO). Dies gilt unabhängig von einem allfälligen Beizug einer Rechtsvertretung.

**4.3** Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Der Gesuchsgegner hat keinen entsprechenden Antrag gestellt. Ohnehin wäre ihm zufolge Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage je einer Kopie der Urk. 13 und Urk. 15/1-2, sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'850.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. Februar 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:  
mc