

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT190189-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 20. März 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 11. November 2019 (EB190227-G)

Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung und Urteil vom 11. November 2019 erliess die Vorinstanz den folgenden Entscheid (Urk. 19 S. 11 f.):

- "1. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Durchführung einer mündlichen, öffentlichen Verhandlung wird abgewiesen.
2. Auf den Antrag des Gesuchsgegners, es sei das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon anzuweisen, die Betreuung Nr. ... zu löschen, wird nicht eingetreten.
3. Der Gesuchstellerin wird **provisorische** Rechtsöffnung erteilt in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 16. April 2019, für CHF 3'500.– und die Betreuungskosten sowie für Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 4 bis 7 dieses Entscheids.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 300.–.
5. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
6. Die Gerichtskosten werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 300.– bezogen, sind ihr jedoch vom Gesuchsgegner zu ersetzen.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteient-schädigung von CHF 150.– zu bezahlen.
8. (Schriftliche Mitteilung).
9. (Beschwerde)."

2. Mit Eingabe vom 25. November 2019 erhob der Gesuchsgegner und Be-schwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (Urk. 18 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 11. November 2019 (EB190227) aufzuheben;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerde-gegnerin."

3. Der mit Verfügung vom 12. Dezember 2019 einverlangte Kostenvorschuss ging innert Frist ein (Urk. 21 und 22). Die Beschwerdeantwort der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) datiert vom 31. Januar 2020 (Urk. 24) und wurde mit Verfügung vom 5. Februar 2020 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 26).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. 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, bestritten oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3).

2. Die Beschwerde muss einen Antrag wie die Berufung enthalten (BSK ZPO-Spühler, Art. 321 N 4). Es genügt nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung (vgl. dazu BGE 133 III 489, Erw. 3.1). Dieses muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann; die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt bzw. welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Entsprechend sind Rechts-

begehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617, E. 4.3 und 6.2).

3. Der Gesuchsgegner stellt den Antrag, Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 11. November 2019 sei aufzuheben. Mit den vorinstanzlichen Erwägungen wurde das klägerische Rechtsbegehren betreffend Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung gutgeheissen. Zwar ist der Beschwerdeantrag formell mangelhaft, doch ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Gesuchsgegner nicht am vorinstanzlich eingenommenen Standpunkt festhält, das Begehren um Rechtsöffnung sei abzuweisen (Urk. 8S. 1). Auf die Beschwerde gegen das Urteil ist daher einzutreten.

4. Der Gesuchsgegner wirft der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Er macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht seine Eingabe vom 17. Oktober 2019 nicht in ihrem Entscheid berücksichtigt (Urk. 18 S. 3 ff.). Für den Fall, dass das Gericht den Vorwurf der Gehörsverletzung nicht gelten lässt, wird eine unrichtige Rechtsanwendung im Zusammenhang mit einem Mietzinsdepot geltend gemacht (Urk. 18 S. 7 ff.).

5. Verletzung des rechtlichen Gehörs

5.1 Es ist von folgendem erstinstanzlichen Prozessverlauf auszugehen: Mit Schreiben vom 24. August 2019 (recte 24. Juli 2019) machte die Gesuchstellerin ein Begehren um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichts Meilen anhängig. Mit schriftlichem Einverständnis der Gesuchstellerin wurde deren Eingabe mit Verfügung vom 12. August 2019 vom Vorsitzenden der Schlichtungsbehörde in Mietsachen direkt an das zuständige Einzelgericht im summarischen Verfahren (Vorinstanz) weitergeleitet und das Schlichtungsverfahren als erledigt abgeschrieben. Nach Eingang des Kostenvorschusses wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 27. August 2019 Frist für eine schriftliche Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren angesetzt. Am 16. September 2019 liess sich der Gesuchsgegner fristgerecht vernehmen. Mit Kurzbrief vom 19. September 2019 wurde der Gesuchstellerin das Doppel der Eingabe des Gesuchsgegners zur Kenntnisnahme zugestellt.

Am 27. September 2019 reichte die Gesuchstellerin unaufgefordert eine Replik ein, die mit Kurzbrief vom 2. Oktober 2019 dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2019 nahm der Gesuchsgegner unaufgefordert Stellung. Am 11. November 2019 fällte die Vorinstanz ihr Urteil (Urk. 19 S. 2 f.).

5.2 In ihrem Entscheid vom 11. November 2019 prüfte die Vorinstanz eingangs, ob die Novenstellungnahme des Gesuchsgegners vom 17. Oktober 2019 im Verfahren Beachtung finden könne. Sie verwies auf einen Entscheid des Bundesgerichts, wonach die replizierende Partei sicherzustellen habe, dass ihre Replik spätestens am zehnten Tag seit Zustellung der gegnerischen Eingabe beim Gericht eintreffe, ansonsten dieses von einem Verzicht auf Replik ausgehen dürfe. Die Vorinstanz schloss, die gegnerische Vernehmlassung sei dem Gesuchsgegner am 4. Oktober 2019 zugestellt worden. Seine Novenstellungnahme sei am 18. Oktober 2019 und damit nach Ablauf der zehntägigen Frist erfolgt, weshalb sie unbeachtlich sei (Urk. 19 S. 3 f. mit Hinweis auf BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.4).

5.3 Der Gesuchsgegner wehrt sich gegen den Vorwurf, dass die Eingabe verspätet sei. Das Gegenteil sei der Fall, was selbst dem von der Vorinstanz zitierten höchstrichterlichen Entscheid zu entnehmen sei. Der Gesuchsgegner wiederholt verschiedene Erwägungen aus dem besagten Entscheid 5D_81/2015. U.a. gibt er folgenden Passus wieder (Urk. 18 S. 4 ff.):

"2.3.2 Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden. [...] Dementsprechend wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt erhält und sich dazu äussern will, dies umgehend und spontan tut oder wenigstens um Ansetzung einer Frist nachsucht; andernfalls wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486 mit Hinweisen). Das soeben Gesagte gilt erst recht für den Rechtsanwalt, der von Berufs wegen als Parteivertreter auftritt und kraft seines Mandats in der Pflicht steht, die Rechte seiner Klientschaft zu wahren (vgl. Urteile 4D_27/2014 vom 26. August 2014 E. 4.2.1; 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4)."

"2.3.3. Soll die Partei ihr Replikrecht in der zuletzt beschriebenen Konstellation effektiv wahrnehmen können, muss ihr das Gericht ausreichend Zeit für eine Stellungnahme lassen. [...] In einer allgemeineren Formulierung hielt das Bundesgericht fest, dass jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht, hingegen nach zwanzig Tagen schon von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden dürfe (Urteile 9C_159/2014 vom 7. April 2014 E. 3; 9C_193/2013 vom 22. Juli 2013 E. 2.1.2; 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4; 1B_407/2012 vom 21. September 2012 E. 2.2; 6B_629/2010 vom 25. November 2010 E. 3.3.2 mit weiteren Hinweisen)."

Im vorliegenden Fall, so der Gesuchsgegner, habe sich nach Ablauf der 10-tägigen Frist lediglich das Risiko der Entscheidfällung auf ihn verlagert, nichts mehr. Mit anderen Worten habe die Tatsache, dass die Vorinstanz noch fast einen Monat zugewartet habe, dazu geführt, dass sich dieses Risiko nicht manifestiert und der Gesuchsgegner auch keinen Rechtsverlust erlitten habe. Denn die Vorinstanz habe sich noch fast vier Wochen Zeit für die Entscheidfällung genommen und habe damit auch genug Zeit und die Pflicht gehabt, die Eingabe zu berücksichtigen (Urk. 18 S. 7).

5.4 Die Gesuchstellerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Der Gesuchsgegner verkenne, dass der Vorinstanz in diesem Zusammenhang ein Ermessen zustehe. Nach dem von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid müsse das Gericht mit der Entscheidfällung nur so lange zuwarten, bis es annehmen dürfe, dass der Adressat auf eine weitere Eingabe verzichtet habe. Vorliegend habe die Vorinstanz weder "wenige Tage" nach noch vor Ablauf von zehn Tagen seit Zustellung der letzten Eingabe entschieden. Vielmehr habe es der Gesuchsgegner schlichtweg versäumt, seine Eingabe umgehend oder zumindest innert spätestens zehn Tagen der Vorinstanz einzureichen. Weiter missinterpretiere der Gesuchsgegner den Entscheid des Bundesgerichts. Dass das im Entscheid Gesagte, wonach die unaufgeforderte Eingabe umgehend erfolgen soll, erst recht für den Rechtsanwalt gelte, bedeute nicht, dass der nicht anwaltlich vertretene Gesuchsgegner davon befreit wäre (Urk. 24 S. 3 f.).

6.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantie umfasst auch

das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Das Replikrecht hängt nicht von der Entscheidrelevanz der Eingaben ab (BGer 2C_441/2019 vom 27. September 2019, E. 2.1 m.H.a. BGE 138 I 154 E. 2.3.3).

6.2 In den verschiedensten Urteilen zum sog. Replikrecht beantwortet das Bundesgericht die immer gleiche Frage, ob die Behörde zu einem bestimmten Zeitpunkt - nach Ablauf einer bestimmten Anzahl Tage - von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen und ihren Entscheid fällen durfte. Die bundesgerichtliche Praxis beschäftigt sich nicht mit dem Thema, bis wann die zur Replik entschlossene Partei zur Tat schreiten muss. Sie versucht Klarheit darüber zu schaffen, von wann an die Behörde entscheiden darf (BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.4).

6.3 Im zu beurteilenden Fall stellt sich von vornherein nicht die Frage, ob der Gesuchsgegner auf sein Replikrecht verzichtet hat. Mit der Eingabe vom 17. Oktober 2019, eingegangen bei der Vorinstanz am 18. Oktober 2019, hat er auf die ihm am 4. Oktober 2019 zugestellte gegnerische Stellungnahme repliziert. Wie dargelegt, beschäftigt sich die bundesgerichtliche Praxis nicht mit dem Thema, bis wann die zur Replik entschlossene Partei zur Tat schreiten muss. Daher ist der von der Vorinstanz zitierte Verweis auf "den zehnten Tag seit Zustellung" nicht stichhaltig. Abgesehen davon handelt es sich bei der Wartefrist der Behörde nur um eine Faustregel (BGer 5A_44/2018 vom 31. August 2018, E. 2.2). Wie der Gesuchsgegner zu Recht geltend macht, trug er ab dem elften Tag das Risiko der Entscheidungsfällung, das sich jedoch nicht realisierte, da die Vorinstanz ihr Urteil erst später fällte. Es erging am 11. November 2011, weshalb der Gesuchsgegner jedenfalls innert angemessener Frist sein Replikrecht wahrnahm. Es geht auch nicht darum, wie die Gesuchstellerin behauptet, dass nicht anwaltlich vertretene Parteien die Fällung des Entscheids durch das Gericht verzögern könnten (Urk. 24 S. 2). Nach der zitierten Rechtsprechung hätte die Vorinstanz ihren Entscheid sehr wohl am elften Tag fällen können. Das aber hat sie nicht getan. Und da sie den Entscheid am 18. Oktober 2019 noch nicht gefällt hatte, hätte sie die neu ein-

gegangene Stellungnahme zur Kenntnis nehmen und der Gesuchstellerin zur Wahrung ihres Replikrechts zustellen müssen.

6.4 Nach dem Gesagten erweist sich die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs als begründet. Insofern hat die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt (Art. 320 lit. a ZPO).

6.5 Entgegen dem Antrag des Gesuchsgegners ist vorliegend dennoch von einer Aufhebung (und Rückweisung an die Vorinstanz) abzusehen. Der Prozess betrifft ein Rechtsöffnungsverfahren. Im summarischen Verfahren haben die Parteien grundsätzlich je nur einen freien Parteivortrag; dies unabhängig davon, ob das Verfahren mündlich oder schriftlich geführt wird. Ausnahmen sind etwa denkbar bei unerwarteten Einwendungen, bei Einreden im technischen Sinne oder wenn es das Gericht unterlassen hatte, gerichtlich nachzufragen. Dies hat im Rechtsöffnungsverfahren umso mehr zu gelten, als hier mit Art. 84 Abs. 2 SchKG eine Spezialregelung besteht, deren Formulierung keinen Raum für weitere freie Parteivorträge lässt. Vorbehalten bleibt jedoch das sog. ewige Replikrecht. In dessen Rahmen sind aber neue Vorbringen nicht mehr zulässig, insbesondere keine solchen, die dazu dienen, das ursprüngliche Gesuch oder die Stellungnahme dazu zu verbessern (ZR 2017/Nr. 198 S. 189; vgl. BGE 144 III 117 E. 2).

Die Vorinstanz hat keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet. Sie stellte die Gesuchsantwort mit Kurzbrief der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zu (Urk. 10/1). Die Gesuchstellerin hat vielmehr von ihrem unbedingten verfassungsmässigen Recht Gebrauch gemacht, als sie im vorliegenden Summarverfahren der Vorinstanz eine "Replik in Sachen EB190227" einreichte (Urk. 11). Dabei erweiterte sie ihr Rechtsbegehren (Urk. 11 S. 2). Allerdings hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt, dass die Voraussetzungen für eine Änderung des Rechtsbegehrens nach Aktenschluss im Sinn von Art. 230 ZPO nicht erfüllt seien, weshalb die mit Eingabe vom 27. September 2019 erfolgten Änderungen des Rechtsbegehrens unbeachtlich seien (Urk. 29 S. 3). Da das geänderte Rechtsbegehren, welches auf eine Anweisung an die C._____ [Bank] zielte, unberücksichtigt blieb, erlitt der Gesuchsgegner im Ergebnis auch keinen Rechtsnachteil, wenn auf sein Gegenargument zur Anweisung der C._____ in der Stellungnahme vom 17. Okto-

ber 2019 (Urk. 14) nicht eingegangen wurde. Was die übrigen Vorbringen angeht, gilt für beide Parteien, dass die Ausübung des Replikrechts nicht dazu dient, das ursprüngliche Gesuch bzw. dessen Beantwortung zu verbessern.

7. Materielle Beurteilung

7.1 Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG spricht der Richter die (provisorische) Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften. Eine Einwendung des Schuldners erscheint dabei dann als glaubhaft, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, die seine Behauptungen derart untermauern, dass der Richter überwiegend geneigt ist, an deren Wahrheit zu glauben. Dabei steht dem Richter ein grosses Ermessen zu. Blosser Behauptungen genügen grundsätzlich nicht. Lediglich eine ausdrückliche Anerkennung durch den Kläger lässt das Erfordernis der Glaubhaftmachung dahinfallen (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 350 f.).

7.2 Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels im Sinne von Art. 82 SchKG. Sie erwog im Wesentlichen, die Gesuchstellerin lege als Rechtsöffnungstitel einen vom Gesuchsgegner unterzeichneten Mietvertrag vom 1. Oktober 2011 ins Recht. Darin habe sich der Gesuchsgegner – als Solidarschuldner mit seiner Ehefrau – zur Zahlung eines Depots von Fr. 3'500.– verpflichtet, zahlbar gemäss Mietvertrag bei Vertragsabschluss, das heisst am 1. Oktober 2011. Die Forderung sei somit seit diesem Zeitpunkt fällig und die Gesuchstellerin befugt, die Mietkaution beim Gesuchsgegner einzufordern. Der vom Gesuchsgegner unterzeichnete Mietvertrag stelle eine Schuldanerkennung des Gesuchsgegners im Sinne von Art. 82 SchKG für die Kautionshöhe von Fr. 3'500.– dar.

7.3 Sodann prüfte die Vorinstanz die vom Gesuchsgegner erhobenen Einwendungen. Dieser machte geltend, die Schuld sei schon getilgt, die Gesuchstellerin befinde sich in Gläubigerverzug, da sie kein Sperrkonto eröffnet habe, die Gesuchstellerin habe den falschen Rechtsweg beschritten, die Forderung sei verjährt und die Gesuchstellerin handle rechtsmissbräuchlich. Die Vorinstanz verwarf sämtliche Einwände (Urk. 19 S. 7 ff.).

8.1 In der Beschwerde beanstandet der Gesuchsgegner als Erstes, die Vorinstanz habe übersehen, dass das jahrelang nicht geleistete Depot kein Problem dargestellt habe und der Gesuchsgegner früher angeboten habe, die Kautions hinterlegen. Die Kehrtwendung nach sieben Jahren verstosse gegen Treu und Glauben, was die Vorinstanz komplett ausser Acht gelassen habe. Abgesehen davon habe der Gesuchsgegner verlangt, dass die Hinterlegung nur auf ein "rechtmässig angelegtes Kautionsdepot auf den Namen des Mieters lautend" zu erfolgen habe. Die Gesuchstellerin habe jedoch kein solches eingerichtet (Urk. 18 S. 7).

Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, wo vor Vorinstanz er behauptet hat, er habe angeboten, die Kautions hinterlegen, und er habe ein rechtmässig angelegtes Kautionsdepot verlangt. Damit genügt er seiner Rügepflicht nicht. Im Weiteren hat die Vorinstanz unter dem Titel "Rechtsmissbrauch" den Vorwurf, die Kehrtwendung nach sieben Jahren verstosse gegen Treu und Glauben, sehr wohl behandelt und entkräftet (Urk. 19 S. 10). Der Gesuchsgegner setzt sich jedoch mit diesen Erwägungen nicht auseinander.

8.2 Als Zweites macht der Gesuchsgegner rechtliche Ausführungen zu Art. 257e Abs. 1 OR und zitiert diverse Literatur zur Sicherheitsleistung durch den Mieter (Urk. 18 S. 7 f.). Die Bestimmung lautet wie folgt: "Leistet der Mieter von Wohn- oder Geschäftsräumen eine Sicherheit in Geld oder in Wertpapieren, so muss der Vermieter sie bei einer Bank auf einem Sparkonto oder einem Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegen." Der Gesuchsgegner folgert daraus, dass er als Mieter nur die Pflicht habe anzubieten, die Sicherheitsleistung auf ein Sperrkonto zu bezahlen. Dies habe er getan. Wenn die Gesuchstellerin als Vermieterin kein Sperrkonto eingerichtet habe, habe er als Mieter auch nicht auf ein Konto der Vermieterin einzahlen müssen. Die Gesuchstellerin habe sich in Gläubigerverzug befunden (Urk. 18 S. 7 f.).

Weder zeigt der Gesuchsgegner auf, wo vor Vorinstanz er behauptet hat, er habe angeboten, das Geld auf ein Sperrkonto einzubezahlen, noch verweist er auf einen Beleg, um diese Behauptung glaubhaft zu machen. Damit aber ist auf diese Einwendung nicht einzugehen. Im Übrigen hat sich die Vorinstanz eingehend zum

Gläubigerverzug geäussert und der Gesuchsgegner setzt sich mit diesen Erwägungen ebenfalls nicht auseinander und genügt daher seiner Rügepflicht nicht (Urk. 19 S. 8 f.).

8.3 Schliesslich macht der Gesuchsgegner geltend, die Gesuchstellerin habe den falschen Rechtsweg beschritten. Auch wenn er als Mieter das eingeklagte Depot zu leisten habe, so sei doch klar, dass diese Leistung nicht in einer Geldzahlung und einer entsprechenden Forderungsklage bestehen könne, sondern der Anspruch des Vermieters darin bestehe, dass er eine "Forderung auf Leistung auf Einzahlung auf ein(e) Sperrkonto" geltend machen könne. Diese Forderung sei jedoch nicht im ordentlichen Betreibungsverfahren geltend zu machen, sondern im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO oder gemäss Literatur und Rechtsprechung mit der Betreuung auf Sicherheitsleistung (Urk. 18 S. 8 f.).

Die Vorinstanz erwog dazu Folgendes: "Ist eine Sicherheitsleistung nach Art. 257e OR in Geldform zu erbringen, ist die entsprechende Forderung des Vermieters auf dem Wege der Schuldbetreibung durchsetzbar, und zwar in Form der Betreuung auf Sicherheitsleistung, wenn in der Vereinbarung der Ort der Hinterlegung bereits bestimmt ist, ansonsten auf dem Weg der gewöhnlichen Betreuung (vgl. HIGI, a.a.O., Art. 257e N 9). Da vorliegend der Ort der Hinterlegung unbestrittenermassen nicht bestimmt wurde, ist die Forderung der Gesuchstellerin auf Zahlung der Mietkaution auf dem Weg der Betreuung auf Geldleistung durchsetzbar." (Urk. 19 S. 9). Die Vorinstanz bezog sich für die Rechtsanwendung auf den Zürcher Kommentar, der unterscheidet, ob in der Vereinbarung der Ort der Hinterlegung bereits bestimmt ist oder nicht. Diese Rechtsauffassung deckt sich mit der Kommentierung im SVIT-Kommentar. Dieser hält fest, dass im Falle, wo die Sicherheitsleistung nach Übergabe der Mietsache ausbleibe, der Vermieter die Betreuung auf Zahlung oder auf Sicherheitsleistung nach Art. 38 SchKG einleiten könne (SVIT-Kommentar/Rendt, N 20 zu Art. 257e OR). Der Hinweis des Gesuchsgegners auf die 6. Auflage des Basler Kommentars zu Art. 257e OR ist überholt (vergleiche nunmehr BSK OR I-Weber, 7. A., Art. 257e N 4a). In BGE 129 III 193 (= Pra 92 [2003] Nr. 162) äusserte sich das Bundesgericht nicht zur vorliegend strittigen Frage, sondern entschied, dass Ansprüche auf Sicherheits-

leistung auch dann nach SchKG zu vollstrecken seien, wenn diese nicht auf Geldleistung gerichtet sind. Eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz liegt nicht vor.

9. Zusammenfassend erweisen sich die Vorbringen gegen den Entscheid in der Sache als unbegründet. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

III.

1. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner kosten- und entschädigungspflichtig.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 450.– anzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 500.– (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu bemessen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 538.50 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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. 3'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 20. März 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:

mc