

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT200102-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 17. August 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG [Bank],

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.____ und / oder
Rechtsanwältin MLaw Y2.____,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 12. März 2019 (EB181456-L)**

**Rückweisung: Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2020
(vormaliges Verfahren RT190047-O)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 12. März 2019 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 31. Juli 2018) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 200'000.– nebst Zins zu 5% seit 26. Juli 2018 (Urk. 26 = Urk. 29). Die dagegen erhobene Beschwerde wies die beschliessende Kammer mit Urteil vom 7. August 2019 ab (Urk. 46). Das Bundesgericht hiess die vom Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) dagegen eingereichte Beschwerde in Zivilsachen mit Urteil 5A_698/2019 vom 3. Juli 2020 teilweise gut, hob das Urteil vom 7. August 2019 auf und wies die Angelegenheit zur weiteren Behandlung an das Obergericht zurück (Urk. 49).
2. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 142 I 93 E. 8.2) sind die Parteien darauf hinzuweisen, dass die Gerichtsbesetzung im Vergleich zu derjenigen im Verfahren RT190047-O zufolge Neukonstituierung der Kammer geändert hat.
3. Die Vorinstanz hatte im angefochtenen Entscheid festgehalten, der vom Bürgen unterzeichnete Solidarbürgschaftsvertrag stelle in der Betreuung gegen den Bürgen grundsätzlich eine Schuldanerkennung dar, wenn Bestand und Fälligkeit der Hauptforderung und der Verzug des Hauptschuldners feststünden. Vorliegend sei die Solidarbürgschaftsverpflichtung des Gesuchsgegners vom 11. April 2017 über den Betrag von Fr. 200'000.– (Urk. 5/5) öffentlich beurkundet worden und stelle eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar. Die Hauptschuld im unbestrittenen Umfang von Fr. 236'494.34 sei durch den vom Gesuchsgegner namens seiner Gesellschaft unterzeichneten Auftrag an die Gesuchstellerin zur Erstellung einer Bankgarantie vom 1. April 2017 (Urk. 5/6) ausgewiesen. Dieser Auftrag stelle eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82

Abs. 1 SchKG für die Hauptschuld dar. Entsprechend sei der Gesuchstellerin antragsgemäss provisorische Rechtsöffnung zu erteilen (Urk. 26 S. 4 ff.).

4. Gemäss dem oberwähnten Bundesgerichtsentscheid ist die Beschwerde des Gesuchsgegners vom 28. März 2019 insofern begründet, als dem vom Gesuchsgegner namens seiner Gesellschaft unterzeichneten Auftrag an die Gesuchstellerin zur Erstellung einer Bankgarantie vom 1. April 2017 (Urk. 5/6) keine Schuldanererkennung für die Forderung auf Rückzahlung der ausgerichteten Garantie entnommen werden könne, weshalb diese Urkunde für sich allein keinen genügenden Rechtsöffnungstitel darstelle. Dies bedeute jedoch nicht, dass sie nicht im Verbund mit weiteren Urkunden einen Rechtsöffnungstitel darstellen könnte, was von den Vorinstanzen indes nicht geprüft worden sei. Die Sache sei daher an das Obergericht zurückzuweisen zur Prüfung, ob die Gesuchstellerin für ihre Forderung einen anderen Rechtsöffnungstitel vorgelegt habe als den Antrag auf Erstellung einer Garantie oder ob letzterer in Verbund mit anderen vorgelegten Urkunden einen Rechtsöffnungstitel darstelle (Urk. 49 S. 7 f. E. 4.3 und 4.4).

5. Diese Prüfung im Rahmen eines neuen Entscheids könnte die Kammer nur vornehmen, wenn die Sache spruchreif wäre (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Im vorliegenden Fall kann die Sache indes schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht als spruchreif gelten: So hat die Vorinstanz die Eingabe des Gesuchsgegners vom 14. Januar 2019 (Urk. 25) der Gesuchstellerin erst mit ihrem Endentscheid zugestellt (vgl. Mitteilungssatz im angefochtenen Urteil [Urk. 29 S. 12 Dispositiv-Ziff. 5]). Der Gesuchstellerin wurde mithin noch keine Gelegenheit geboten, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessende und auch im Rechtsöffnungsverfahren bestehende sog. Replikrecht wahrzunehmen und zu dieser Eingabe Stellung nehmen zu können (vgl. dazu statt vieler BGE 146 III 97 E. 3.4.1; BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 I 484 E. 2.1-2.2; BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1). Insofern bedarf es vor der neuen Entscheidung noch einer weiteren Prozesshandlung (vgl. SHK ZPO-Reich, Art. 327 N 4).

Zwar kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs trotz der formellen Natur des Gehörsanspruchs ausnahmsweise als ge-

heilt gelten, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, welche sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Vorliegend kommt eine Heilung nicht in Betracht, da die beschliessende Kammer mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts lediglich über eine beschränkte Kognition verfügt (Art. 320 lit. b ZPO) und im Beschwerdeverfahren ein umfassendes Novenverbot gilt (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist deshalb zur Neuurteilung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 11), zumal ohne Belang ist, dass die Gehörsverweigerung von keiner Partei gerügt wurde (BK ZPO II-Sterchi, Art. 327 N 8c).

6.1. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Entscheid über die Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. (grundsätzlich) vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

6.2. Die Bemessung der Entscheid- bzw. Spruchgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG, SR 281.35) und ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Zudem ist vorzumerken, dass der Gesuchsgegner einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 12. März 2019 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

3. Die Entscheidung über die Höhe der Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren sowie die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Gesuchsgegner für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 200'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. August 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
sn