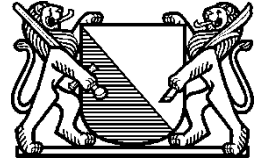


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT210051-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Ersatzoberrichter
Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Beschluss und Urteil vom 9. September 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch lic. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 24. Februar 2021 (EB201288-L)**

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Mit Urteil vom 24. Februar 2021 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 6, Zahlungsbefehl vom 11. August 2020, provisorische Rechtsöffnung für Fr. 32'173.50 nebst Zins zu 10.44 % seit 8. August 2020 sowie Fr. 1'978.02 (Urk. 18 S. 4 = Urk. 22 S. 4). Grundlage bildete eine vom Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsgegner) unterzeichnete Vereinbarung betreffend das Girokonto Nr. AT2 vom 8. bzw. 16. Oktober 2019 (Urk. 5/6; Urk. 22 E. 2.1). Gemäss dieser Vereinbarung anerkennt der Gesuchsgegner, der Gesuchstellerin per 30. Juli 2019 den Betrag von EUR 29'935.99 zuzüglich Zins von 10.44 % seit 31. Juli 2019 zu schulden (Urk. 5/6 S. 1).

2. Gegen das Urteil vom 24. Februar 2021 erhob der Gesuchsgegner am 15. März 2021 innert Frist (siehe Urk. 19b) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 21 S. 2):

- "1. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.*
- 2. Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben, und die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 6 (Zahlungsbefehl vom 11. August 2020) sei zu löschen.*
- 3. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin vom 17. November 2020 sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Sache sei [sic] zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidungsfindung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Parteientschädigung sowohl für das Verfahren vor dem Einzelgewicht [sic] Audienz wie auch das Beschwerdeverfahren zugunsten der Beschwerdeführerin (zuzüglich MWSt.)."*

3. Mit Verfügung vom 19. März 2021 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Zugleich wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu leisten (Urk. 26 S. 4). Letzterer ging rechtzeitig ein (Urk. 26 f.). Mit Verfügung vom 27. April 2021 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 28).

Die entsprechende Eingabe datiert vom 10. Mai 2021 (Urk. 29) und wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 24. Juni 2021 zur Kenntnis gebracht (Urk. 33). Seine unaufgeforderte Replik vom 12. Juli 2021 (Urk. 34) wurde der Gegenpartei am 3. August 2021 zugestellt (Urk. 35). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–20). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Materielles

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Was 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 (*OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. I.4.*).

1.2. Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4 [S. 471]; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Unbeschränkt zulässig sind sodann neue rechtliche Vorbringen: Diesbezüglich hat die Beschwerdeinstanz volle Kognition, weil sie das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; *OGer ZH RT150086 vom 17.08.2015, E. 4.1*; *OGer ZH RT180059 vom 24.05.2018, E. II.4.1*). Der Gesuchsgegner beantragt neu, dass die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 6 (Zahlungsbefehl vom 11. August 2020) zu löschen sei (Urk. 21 S. 2; siehe Urk. 14). Das Rechtsbegehren erfolgt verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten

ist. Es kann vor diesem Hintergrund offenbleiben, ob ein solcher Antrag in einem Rechtsöffnungsverfahren überhaupt zulässig ist.

2. Gerichtliche Fragepflicht bezüglich der Gesuchstellerin

2.1. Mit Verfügung vom 19. November 2020 stellte die Vorinstanz fest, dass die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin nicht ausgeführt habe, wer die vorgelegte Vollmacht unterzeichnet habe und dass diese Personen die Gesuchstellerin vertreten dürften. Zudem gehe aus dem Gesuch nicht hervor, wann die Gesuchstellerin das Betreibungsbegehren der Schweizer Post übergeben habe. Gestützt darauf setzte die Vorinstanz der Rechtsvertreterin bzw. der Gesuchstellerin eine Frist an, um darzutun und zu belegen, dass eine gehörige Bevollmächtigung vorliege und wann das Betreibungsbegehren der Schweizer Post oder dem Betreibungsamt übergeben worden sei (Urk. 6).

2.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. November 2020 der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin Gelegenheit zur Verbesserung ihres Gesuches gegeben habe. Es könne nicht angehen, dass das Gericht offensichtliche Unterlassungen einer Partei in extensiver Aus-, ja Überdehnung der gerichtlichen Fragepflicht korrigiere und damit die Aussichtslosigkeit von gestellten Begehren zu deren Gunsten beseitige (Urk. 21 Rz. 5). Eine Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht komme, wenn überhaupt, nur bei anwaltlich nicht vertretenen Parteien in Frage. Es sei vorliegend auch nicht um einen vernachlässigbaren kleinen Formfehler (beispielsweise im Sinne von Art. 132 ZPO) wie eine fehlende Vollmacht gegangen, sondern um den Grundsatz, ob die Gesuchstellerin korrekt vertreten sei und ob sie die Vertretung hinreichend substantiiert behauptet und dargelegt habe; weiter sei es darum gegangen, wann das Betreibungsbegehren gestellt worden sei, was für die Gesuchsaussichten ebenso entscheidend sei (Urk. 21 Rz. 6). Durch ihr Vorgehen habe die Vorinstanz Art. 56 ZPO, eventuell Art. 132 ZPO verletzt (Urk. 21 Rz. 7).

2.3. Die Gesuchstellerin entgegnet, dass es zutreffend sei, dass auf der ursprünglich eingereichten Vollmacht nicht ersichtlich gewesen sei, welche zeichnungsberechtigten Personen ihre Unterschrift geleistet hätten. Deshalb habe die

Vorinstanz die Rechtsvertreterin aufgefordert, die Personen zu benennen und den Nachweis für deren Vertretungsbefugnis zu erbringen. Dieses Vorgehen sei explizit in Art. 132 ZPO vorgesehen (Urk. 29 Rz. 8). Abwegig sei die Behauptung des Gesuchsgegners, das Gericht habe seine Fragepflicht nach Art. 56 ZPO verletzt. Bei dieser Vorschrift gehe es um den Sachverhalt einer Angelegenheit. Vorliegend gehe es um die Vollmacht (und damit um Art. 132 ZPO), weshalb sich aus der Tatsache, dass die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten gewesen sei, nichts ableiten lasse (Urk. 29 Rz. 10). Soweit der Gesuchsgegner behaupte, dass völlig unklar gewesen sei, wann das Betreibungsbegehren gestellt worden sei, leite er keine Rechtsfolge daraus ab (Urk. 29 Rz. 12).

2.4. Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Die gerichtliche Fragepflicht bezweckt in erster Linie eine klare und vollständige Sachverhaltsdarstellung sowie klare Rechtsbegehren (ZK ZPO-Sutter-Somm/Grieder, Art. 56 N 12). Damit das Gericht die Fragepflicht ausüben kann, muss die Partei ihr Vorbringen zumindest andeutungsweise in das Verfahren einbringen (ZK ZPO-Sutter-Somm/

Grieder, Art. 56 N 19). Die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darf keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen. Vor allem dient die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei (BGer 4A_444/2013 vom 5. Februar 2014, E. 6.3.3). Die Tatsache, dass eine Partei anwaltlich vertreten ist, schränkt die Tragweite der gerichtlichen Fragepflicht erheblich ein (BGer 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 7.6), hebt sie aber nicht auf. Art. 132 ZPO bezweckt zu verhindern, dass auf Eingaben aus rein formellen Gründen, mithin aus überspitztem Formalismus, nicht eingetreten wird (BSK ZPO-Gschwend, Art. 132 N 1). Die Vorschrift erfasst indessen nicht den Fall, in dem eine Partei den Sachverhalt ungenügend behauptet (BSK ZPO-Gschwend, Art. 132 N 18). Im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung gilt für die Ein-

wendungen des Schuldners das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

2.5. Die Vollmacht (Urk. 2) enthält zwei unleserliche Unterschriften. Die Frage, wer unterschrieben hat, ist von Art. 132 Abs. 1 ZPO erfasst; ist es nämlich möglich, einen Mangel wie eine fehlende Unterschrift zu verbessern, so muss dies a fortiori auch in Fällen gelten, in denen aus der Vollmacht nicht klar wird, wer unterschrieben hat. Ob diese Person(en) für die Gesuchstellerin auch handeln können, ist indessen eine Frage der Handlungs- und Prozessfähigkeit (Art. 67 Abs. 1 ZPO). Geht dies weder aus dem Gesuch noch aus den Beilagen hervor, so wird der Sachverhalt ungenügend behauptet und es ist keine Nachfrist im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO anzusetzen. Damit bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz diesbezüglich nach Art. 56 ZPO eine Frist ansetzen durfte. Die Gesuchstellerin liess in ihrem Gesuch vom 17. November 2020 ausführen, dass ihre Rechtsvertreterin sie vertrete und gehörig bevollmächtigt sei (Urk. 1 S. 1 f.). Zudem enthält die Vollmacht den Stempel der Gesuchstellerin (Urk. 2). Damit wurde angedeutet, dass die Rechtsvertreterin von den Personen bevollmächtigt worden sei, die für die Gesuchstellerin handeln können. Tatsachen, die aus dem Handelsregister hervorgehen, gelten als notorisch (BGE 139 III 293 E. 3.3). Dies gilt auch für die Frage, wer eine Aktiengesellschaft vertreten kann (Art. 45 Abs. 1 lit. o HRegV). Wäre die Gesuchstellerin eine schweizerische Aktiengesellschaft gewesen, hätte die Vorinstanz somit das Fundament selber ergänzen können. Wenn sie dies bei der österreichischen Aktiengesellschaft tat, indem sie Frist ansetzte, ist dies auch mit Blick auf die vorliegend sehr eingeschränkte Tragweite der gerichtlichen Fragepflicht nicht zu beanstanden.

2.6. Der Zeitpunkt, an dem das Betreibungsbegehren gestellt wird, ist massgebend für die Umrechnung einer fremden in die Schweizer Währung (BGE 51 III 180 E. 4; BGE 135 III 88 E. 4.1; BSK SchKG I-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 N 40). Die Tatsache betrifft die Anspruchsgrundlage. Wenn die Vorinstanz diesbezüglich Frist ansetzte, handelte sie somit nicht in Anwendung von Art. 132 ZPO, sondern von Art. 56 ZPO. Eine Verletzung dieser Vorschrift hätte zur Folge, dass die Behauptung in der ergänzenden Eingabe der Gesuchstellerin vom

4. Dezember 2020, wonach das Betreibungsbegehren vom 7. August 2021 gleichentags der Schweizer Post übergeben worden sei (Urk. 9 Rz. 3), sowie die entsprechenden Beweismittel (Urk. 11/17–18) unberücksichtigt bleiben müssten. Wie es sich im Einzelnen verhält, kann offenbleiben: Die Gesuchstellerin machte nämlich bereits in ihrem Gesuch vom 17. November 2020 geltend, sie habe mit Betreibungsbegehren vom 7. August 2020 die Betreuung eingeleitet (Urk. 1 Rz. 2); dieses Datum wird auch auf dem Zahlungsbefehl als Tag des Wechselkurses genannt (Urk. 3). Die fehlenden Angaben wurden somit im Gesuch genannt und stimmen mit dem Zahlungsbefehl überein. Der 8. und der 9. August 2020 bildeten ein Wochenende, was notorisch ist. Der Zahlungsbefehl erging am Dienstag, den 11. August 2020 (Urk. 3). Bereits aufgrund des Vorbringens im Gesuch, des Inhalts des Zahlungsbefehls und des zeitlichen Zusammenhangs erscheint naheliegend, dass die Gesuchstellerin das Betreibungsbegehren am 7. August 2020 gestellt hat. Ausserdem blieb diese durch die Angaben im Zahlungsbefehl gestützte Behauptung der Gesuchstellerin seitens des Gesuchsgegners unbestritten, weshalb die Einforderung entsprechender Beweismittel an sich obsolet war.

3. Rechtliches Gehör

3.1. Die Gesuchstellerin ersuchte am 17. November 2020 um provisorische Rechtsöffnung (Urk. 1). Zwei Tage später, am 19. November 2020, setzte ihr die Vorinstanz die fraglichen Fristen an (Urk. 6).

3.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass die Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt habe. Sie habe ihm nämlich nicht vor Erlass der Verfügung vom 19. November 2020 Gelegenheit gegeben, gegen die unzulässige Fristansetzung zur Nachsubstantiierung bzw. gegen die Nachsubstantiierung selbst zu protestieren (Urk. 21 Rz. 8).

3.3. Die Gesuchstellerin erwidert, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 16. Dezember 2020 die Möglichkeit eingeräumt habe, sich zum Rechtsöffnungsgesuch zu äussern. Der Gesuchsgegner hätte zu jenem Zeitpunkt die Unzulässigkeit der gerichtlichen Verfügung vom 19. November 2020 behaupten und begründen können (Urk. 29 Rz. 13).

3.4. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 ZPO) umfasst auch das Recht, sich vor Erlass eines Entscheids äussern zu können (BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 6; Roland Sarbach, Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., 2017, Rn 226). Dies betrifft primär Endentscheide (Sarbach, a.a.O., Rn 233; siehe BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 37). Bei prozessleitenden Verfügungen kann dies höchstens dann gelten, wenn sie selbständig mit Beschwerde anfechtbar sind (Art. 319 lit. b ZPO; siehe BGer 4A_307/2016 vom 8. November 2016, E. 2.3 f. [betreffend Sistierung des Verfahrens]; siehe auch ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 24 [Gewährung des rechtlichen Gehörs nur bei prozessleitenden Verfügungen mit wichtigem Inhalt]; Sarbach, a.a.O., Rn 233). Müsste das Gericht die Parteien nämlich vor Erlass einer jeden prozessleitenden Verfügung anhören, wäre dies mit der Verfahrensökonomie nicht vereinbar (siehe BGer 5A_64/2014 vom 13. Mai 2014, E. 2.1; Sarbach, a.a.O., Rn 233; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 7). Dies gilt insbesondere, wenn das summarische Verfahren anwendbar ist (siehe BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 14).

3.5. Eine prozessleitende Verfügung, die in Anwendung von Art. 56 ZPO oder Art. 132 ZPO ergeht, ist nur selbständig anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Zwischen- oder Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Darüber hinaus ist eine Anfechtung auch dann möglich, wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird (*OGer ZH PC170027 vom 03.07.2017, E. 2a*). Vorliegend ist kein Nachteil ersichtlich oder dargetan, der nicht beseitigt werden könnte. Im Übrigen ist der Einwand der Gesuchstellerin, wonach der Gesuchsgegner im Rahmen seiner Gesuchsantwort die Unzulässigkeit der Verfügung vom 19. November 2020 hätte behaupten und begründen können (Urk. 29 Rz. 13), zutreffend.

3.6. Damit hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Gesuchsgegners nicht verletzt, indem sie die Verfügung vom 19. November 2020 (Urk. 6) erliess, ohne ihm vorab Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern.

4. Gerichtliche Fragepflicht bezüglich des Gesuchsgegners

4.1. Die Vorinstanz erwog sinngemäss, dass der Gesuchsgegner keine Gründe vorbringe, die der Erteilung der Rechtsöffnung entgegenstünden. Solche seien auch nicht ersichtlich (Urk. 22 E. 2.3. f.).

4.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass immerhin die Waffengleichheit insofern hergestellt werden müsse, als dass die gerichtliche Fragepflicht für beide Parteien gleichermaßen ausgeübt werde, ja eigentlich sogar vor allem zugunsten des damals nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsgegners (Urk. 21 Rz. 9). Der Gesuchsgegner habe sich darauf berufen, dass die Vereinbarung erzwungen worden sei (Urk. 21 Rz. 17). Die Vorinstanz hätte in Ausübung ihrer erweiterten Fragepflicht nachfragen bzw. dem Gesuchsgegner mindestens Gelegenheit zur Ergänzung seiner Eingabe geben müssen. Indem sie dies nicht getan habe, habe sie Art. 56 ZPO verletzt (Urk. 21 Rz. 18). Es sei eine Tatsache, dass der anwaltlich nicht vertretene Gesuchsgegner in seinem Brief vom 14. Januar 2021 nur sehr rudimentär Stellung genommen habe. Gerade im Sinne der Waffengleichheit hätte die Vorinstanz nachfragen müssen, ob nicht allenfalls noch weitere Gründe bestünden, die der Gutheissung des Gesuchs entgegenstünden (Urk. 21 Rz. 20).

4.3. Die Gesuchstellerin bestreitet die Behauptungen und die Rechtsauffassung des Gesuchsgegners. Letzterer wolle, dass das Gericht von sich aus nach weiteren Gründen für eine mögliche Ablehnung des Gesuchs forsche. Das sei nicht Teil der Fragepflicht (Urk. 29 Rz. 15).

4.4. Im Rechtsöffnungsverfahren gilt anders als im vereinfachten Verfahren (Art. 247 Abs. 1 ZPO) keine "erweiterte" (bzw. verstärkte) gerichtliche Fragepflicht. Der Prozess unterliegt – von hier nicht weiter interessierenden Ausnahmen abgesehen – der Verhandlungsmaxime (BGer 5A_13/2020 vom 11. Mai 2020, E. 2.4.2).

4.5. Wie bereits dargelegt, hat die Vorinstanz die gerichtliche Fragepflicht bei der Gesuchstellerin nicht extensiv ausgeübt (E. II.2.5.). Der Gesuchsgegner kann daher unter dem Gesichtspunkt der "Waffengleichheit" (siehe E. II.2.4.) nichts zu seinen Gunsten ableiten. Insbesondere musste die Vorinstanz nicht

nachfragen, ob allenfalls weitere Gründe bestünden, die zur Abweisung des Gesuchs führten. Die einzige Passage, welche man als rechtserheblichen Einwand betrachten könnte, ist folgender Satz in der Gesuchsantwort (Urk. 14): "Die Durchführung der Vereinbarung vom 16. Oktober 2019 war bereits bei Unterzeichnung nicht möglich und wurde erzwungen." Das Vorbringen ist jedoch derart rudimentär formuliert, dass nicht einmal ersichtlich ist, ob der Gesuchsgegner in tatsächlicher Hinsicht eine Übervorteilung durch Ausbeutung der Notlage (Art. 21 OR) oder eine Furchterregung (Art. 29 f. OR) geltend machen wollte (die Vereinbarung enthält eine Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts [Urk. 5/6 S. 3]). Zudem werden die Umstände des geltend gemachten Zwangs nicht ansatzweise erwähnt und Beweismittel werden weder genannt noch eingereicht. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht nachgefragt hat. Die Fragepflicht dient nicht dazu, eine Partei zu veranlassen, das bisher unbeauptet gebliebene entscheidrelevante Tatsachenfundament nachträglich erst schlüssig vorzutragen. Es würde dem Sinn und Zweck von Art. 56 ZPO und auch dem Verhandlungsgrundsatz widersprechen, wenn durch die Fragepflicht praktisch der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt würde (siehe BSK ZPO-Gehri, Art. 56 N 9).

5. Gesundheitliche Verfassung des Gesuchsgegners

5.1. Die Vorinstanz stellte die Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 14. Januar 2021 (Urk. 14) der Gegenseite zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zu (Urk. 16).

5.2. Der Gesuchsgegner rügt, er habe in seiner Stellungnahme ausgeführt, dass er unter gesundheitlichen Schwierigkeiten (letale Kardiomyopathie) leide (Urk. 21 Rz. 11). Die Vorinstanz hätte daher vorab klären müssen, ob er überhaupt zu einer umfassenden Stellungnahme in der Lage gewesen sei. Dies sei angesichts des beigelegten Arzteugnisses und des Umstands, dass er zur Risikogruppe gehöre, mindestens fraglich gewesen (Urk. 21 Rz. 15). Die Vorinstanz habe mit ihrem Vorgehen Art. 56 ZPO verletzt (Urk. 21 Rz. 16).

5.3. Die Gesuchstellerin entgegnet, dass der Gesuchsgegner zwar ausgeführt habe, dass er an gesundheitlichen Problemen leide. Er habe dies aber als Begründung dafür vorgebracht, dass er noch keine neue Arbeitsstelle habe. Nichts deute darauf hin, dass er deshalb auf eine ausführlichere Stellungnahme verzichtet habe. Das Gericht sei im Rahmen der Fragepflicht nach Art. 56 ZPO nur dann zur Nachfrage gehalten, wenn eine Tatsache im Grundsatz behauptet worden sei (Urk. 29 Rz. 14).

5.4. Ist eine Partei offensichtlich nicht imstande, den Prozess selbst zu führen, so kann das Gericht sie auffordern, eine Vertretung zu beauftragen. Leistet die Partei innert Frist keine Folge, so bestellt ihr das Gericht eine Vertretung (Art. 69 Abs. 1 ZPO). Die Vorschrift ist restriktiv zu handhaben. Als offensichtlich unfähig, einen Prozess selbst zu führen, ist eine Person dann anzusehen, wenn sie (aus physischen und/oder intellektuellen oder anderen Gründen) nicht in der Lage ist, den konkreten Prozess zu führen. Dabei ist die Fähigkeit, die eigene Sache gehörig zu führen, nicht nur isoliert bezogen auf eine besondere Prozesshandlung zu beurteilen (beispielsweise die Nicht-Erhebung der Verjährungseinrede), sondern danach zu bemessen, ob die betreffende Partei fähig ist, ihre Sache als Ganzes gehörig zu führen (BSK ZPO-Tenchio, Art. 69 N 8).

5.5. Der (nunmehr anwaltlich vertretene) Gesuchsgegner macht nicht geltend, dass er vor Vorinstanz nicht in der Lage gewesen sei, den Prozess zu führen. Wenn er vorbringt, dass "mindestens fraglich" erscheine, ob er zu einer umfassenden Stellungnahme in der Lage gewesen sei (Urk. 21 Rz. 15), ist darin gerade nicht die von Art. 69 Abs. 1 ZPO geforderte offensichtliche Unfähigkeit zu erblicken. Seine Stellungnahme vom 14. Januar 2021 (Urk. 14) war auch unter dem Gesichtspunkt, dass er juristischer Laie ist, nicht ungewöhnlich oder Ausdruck offensichtlicher prozessualer Unbeholfenheit. Zudem erschien er am 4. Dezember 2020 von sich aus persönlich bei der Vorinstanz, um zu fragen, ob die Gesuchstellerin ein Rechtsöffnungsverfahren gegen ihn eingeleitet habe (Urk. 8). Auch aus der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) kann der Gesuchsgegner nichts zu seinen Gunsten ableiten; die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvoll-

ständig ist. Die Frage des Gesundheitszustands des Gesuchsgegners im Zeitpunkt des Rechtsöffnungsverfahrens ist für die materielle Beurteilung des Rechtsöffnungsgesuchs nicht relevant.

6. Nichtigkeit des Rechtsöffnungstitels

6.1. Der Gesuchsgegner macht geltend, dass der ursprüngliche Kreditvertrag wie auch die Vereinbarung vom 8. / 16. Oktober 2020 gegen gewisse formelle Regeln des Konsumkreditgesetzes verstossen hätten (insbesondere beispielsweise die fehlenden Angaben gemäss Art. 12 KKG und die fehlende Kreditprüfung nach Art. 30 KKG). Dies führe zur Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages und der darauf gestützten Abmachungen im Sinne von Art. 15 KKG, was auch noch im Rechtsmittelverfahren zu beachten sei (Urk. 21 Rz. 20).

6.2. Die Gesuchstellerin bestreitet die Behauptungen und die Rechtsauffassung des Gesuchsgegners (Urk. 29 Rz. 15).

6.3. Das Rechtsöffnungsgericht muss auch ohne entsprechenden Einwand des Schuldners von Amtes wegen prüfen, ob die Schuldanerkennung bzw. das ihr zugrunde liegende Geschäft nichtig ist. Das Rechtsöffnungsbegehren ist von Amtes wegen abzuweisen, wenn die Nichtigkeit sofort und klar aus der Schuldanerkennung selbst hervorgeht (oder die Nichtigkeitsgründe notorisch oder zumindest gerichtsnotorisch sind), das heisst, wenn die Schuldanerkennung offensichtlich Ansprüche aus einem nichtigen Vertrag betrifft (*OGer ZH RT140126 vom 16.01.2015, E. II.5.4.* mit weiteren Hinweisen). Dies gilt auch in Fällen, in denen die Nichtigkeit erst im Beschwerdeverfahren geltend gemacht wird. Hierbei handelt es sich nämlich um einen Einwand rechtlicher Art, der nicht unter das Novenverbot fällt (E. II.1.2.).

6.4. Als Schuldanerkennung liegt die Vereinbarung zwischen dem Gesuchsgegner und der Gesuchstellerin, einer österreichischen Bank, im Recht. Gemäss der Präambel hatte der Gesuchsgegner bei der Gesuchstellerin das Girokonto Nr. AT85 1631 0001 3127 8136 begründet. Die Gesuchstellerin kündigte dieses Kontoverhältnis mit Schreiben vom 14. Mai 2019. Die ausstehende Forde-

zung der Gesuchstellerin betrug per 13. Mai 2019 EUR 29'270.35 (Urk. 5/6 S. 1). Zum Kontoverhältnis sind keine Angaben ersichtlich. Mit Blick auf die Tatsache, dass die Gesuchstellerin ihren Sitz in Österreich hat, ist insbesondere unklar, ob das vertragliche Verhältnis der Parteien überhaupt schweizerischem Recht unterstand. Eine Rechtswahl hinsichtlich des ursprünglichen Kontoverhältnisses wurde weder behauptet noch ist sie ersichtlich, weshalb zu vermuten ist, dass österreichisches Recht anwendbar war (siehe Art. 117 IPRG). Schliesslich lässt sich anhand der Unterlagen nicht überprüfen, ob der Gesuchsgegner überhaupt Konsument im Sinne von Art. 3 KKG bzw. Art. 120 Abs. 1 IPRG war.

6.5. Vor diesem Hintergrund war und ist die Nichtigkeit des Kontoverhältnisses nicht offensichtlich. Es kann somit offenbleiben, ob sie, sollte sie vorliegen, auch die Nichtigkeit der Vereinbarung bewirkt hätte. Hierfür bestehen aufgrund der Akten jedenfalls keine hinreichenden Anhaltspunkte.

7. Vergleichsbereitschaft

7.1. Die Vorinstanz erwog, dass der Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 14. Januar 2021 beantragt habe, die Parteien seien anzuweisen, eine neue Einigung zu finden. Das Gericht könne die Parteien jedoch nicht dazu zwingen. Da seitens der Gesuchstellerin keine Vergleichsbereitschaft ersichtlich sei, bestehe kein Anlass, die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung vorzuladen oder das Verfahren zu sistieren (Urk. 22 E. 2.3.).

7.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass aus den vorinstanzlichen Akten nicht hervorgehe, dass die Gesuchstellerin nicht vergleichsbereit sei. Insbesondere fehle etwa eine entsprechende Telefonnotiz, wonach die Vorinstanz nachgefragt hätte (Urk. 21 Rz. 23). Indem die Vorinstanz aktenwidrig davon ausgegangen sei, dass keine Vergleichsbereitschaft der Gesuchstellerin bestehe, habe sie den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt (Urk. 21 Rz. 24).

7.3. Die Gesuchstellerin erwidert, dass die Einberufung einer Instruktionsverhandlung nicht Teil der Fragepflicht sei. Zudem biete das Summarverfahren keinen Raum dafür (Urk. 29 Rz. 15).

7.4. Die Vorinstanz stellte die Gesuchsantwort der Gesuchstellerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zu und wies sie darauf hin, dass eine allfällige schriftliche Äusserung unberücksichtigt bleibe, wenn sie nicht innert zehn Tagen erfolge (Urk. 16). Die Gesuchstellerin liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen. Ob die Vorinstanz daraus ableiten durfte, dass sie nicht vergleichsbereit sei, kann offenbleiben, denn die Frage ist für die materielle Beurteilung des Rechtsöffnungsgesuchs nicht relevant. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerin in der vorliegenden Konstellation (ohne entsprechende Nachfrage seitens der Vorinstanz) davon ausgehen durfte, dass das Gericht das Forum für Vergleichsgespräche nicht öffnen wollte. Auf solche besteht im Übrigen kein Anspruch, denn Art. 124 Abs. 3 ZPO ist als Kann-Vorschrift ausgestaltet.

8. Ergebnis

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet. Sie ist demzufolge abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem mit seinen Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 32'173.50 (siehe Urk. 3; Urk. 22 S. 4).

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3. Der Gesuchsgegner ist überdies zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine (volle) Parteientschädigung zu bezahlen, deren Höhe auf Fr. 1'000.– festzusetzen ist (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzuschlag auf die Parteientschädigung entfällt, da die Gesuchstellerin im Ausland domiziliert ist (siehe Art. 1 Abs. 2

lit. a und Art. 8 Abs. 1 MWSTG; ausführlich dazu *OGer ZH RE190015 vom 12.06.2020, E. 3.4.3 [S. 24 f.]*.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag des Gesuchsgegners, die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 6 (Zahlungsbefehl vom 11. August 2020) zu löschen, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– 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. 1'000.– zu bezahlen.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'173.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. September 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
Im