

# ZH\_OBERGERICHT RT190200 vom 30. April 2020

ZH Obergericht, 2020-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT190200](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT190200)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT190200 du 30 avril 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT RT190200 del 30 aprile 2020

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Mit Urteil vom 24. Oktober 2019 erteilte die Vorinstanz der Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Klägerin) in der Betreuung Nr. 1 (recte: Betreuung Nr. 2) des Betreibungsamts Andelfingen (Zahlungsbefehl vom 4. Juni 2018) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 197'981.25 nebst Zins zu 5 % seit dem 30. April 2018 sowie für Gebühren und Auslagen von Fr. 508.25 (Urk. 24 S. 6). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf entsprechende Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (Urk. 24 S. 2).

#### E. 1.2

Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beklagte) mit Eingabe vom 6. Januar 2019 fristgerecht Beschwerde (Urk. 22/2 und Urk. 23) mit nachfolgendem Rechtsbegehren (Urk. 23 S. 2): "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 24. Oktober 2019 (EB180061-B) vollumfänglich aufzuheben und es sei das Rechtsöffnungsbegehren der Beschwerdegegnerin und Klägerin vollumfänglich abzuweisen.

#### E. 1.3

Zusätzlich beantragte die Beklagte in prozessualer Hinsicht den Beizug der vorinstanzlichen Akten sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 23 S. 2).

#### E. 1.4

Den Parteien wurde mit Verfügung vom 16. Dezember 2019 Frist angesetzt, der Klägerin zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, der Beklagten zur Leistung eines Kostenvorschusses. Zugleich wurde verfügt, dass bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung alle Vollstreckungshandlungen zu unterbleiben hätten (Urk. 27). Sowohl die Leistung des Kostenvorschusses der Beklagten (Urk. 30) als auch die Stellungnahme der Klägerin (Urk. 28) erfolgten innert Frist. In der Folge wurden die vorinstanzlichen Ak-

- 3 - ten beigezogen (Urk. 1-22) und der Beschwerde mit Verfügung vom 13. März 2020 die aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 29).

#### E. 1.5

Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). 2. Prozessuales

## **E. 2**

Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 24. Oktober 2019 (EB180061-B) vollumfänglich aufzuheben und die Sache dem Bezirksgericht Andelfingen für eine neue Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet und dessen Fehlerhaftigkeit konkret aufzuzeigen. Was nicht in dieser Weise beanstandet wird, braucht nicht geprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand.

### **E. 2.2**

Im Beschwerdeverfahren können sodann keine neuen Tatsachenbehauptungen aufgestellt und keine neuen Beweismittel eingereicht werden (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde, kann damit im Beschwerdeverfahren nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden. Dieses Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für unechte als auch für echte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 326 N 4).

## **E. 3**

Sachverhalt

### **E. 3.1**

Die Beklagte, C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ schlossen am 6. November 2010 mit der Klägerin einen Vertrag über ein Hypothekendarlehen von Fr. 190'000.– (Urk. 3/1), welches per Valuta 30. Juni 2011 ausbezahlt wurde (Urk. 3/5). Die Sicherstellung erfolgte durch einen Namensschuldbrief (Urk. 3/2) und eine von D. \_\_\_\_\_ – nicht, wie von der Beklagten offensichtlich irrtümlich behauptet, von ihr (vgl. Urk. 23. S. 4) – mit Pfandvertrag vom 6. November 2010 der Klägerin verpfändete Lebensversicherungspolice Nr. 3 (Urk. 3/4). Mittels letzterer sollte zudem gemäss den Bestimmungen des Hypothekendarlehensvertrags indirekt die Darlehensamortisation im Umfang von jährlich Fr. 3'613.10 erfolgen (Urk. 3/1 S. 3 f.). Betref-

- 4 - fend die Auflösungsmodalitäten wurde im Hypothekendarlehensvertrag unter dem Titel "Vorzeitige Vertragsauflösung und Kündigung" unter anderem Folgendes vereinbart (Urk. 3/1 S. 4): " Die Darlehensgeberin kann die sofortige Auflösung des Darlehensvertrages und die Rückzahlung des Darlehens sowie der aufgelaufenen Zinsen und Kosten verlangen: [...] ■ wenn die vereinbarten Amortisationen, direkt oder indirekt, nicht vertragsgemäss zustande kommen, respektive nicht bezahlt werden"

### **E. 3.2**

Mit Schreiben vom 14. September 2017 wurde D. \_\_\_\_\_ über die Umwandlung seiner Lebensversicherung Policennummer 3 in einen prämienfreien Vertrag in Kenntnis gesetzt (Urk. 12/4). Die Klägerin kündigte schliesslich mit Schreiben vom 4. April 2018 den Hypothekendarlehensvertrag wegen wiederholtem Nichteinhalten der Amortisationsbestimmungen per 30. April 2018 (Urk. 3/10).

## **E. 4**

## Materielle Beurteilung

### **E. 4.1**

#### Unrechtmässige Kündigung des Darlehensvertrags

##### **E. 4.1.1**

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, die Klägerin stütze sich auf ein vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht. Zutreffend sei, dass das Nichtbezahlen bzw. Nichtzustandekommen von direkten oder indirekten Amortisationen gemäss Vertrag zur Kündigung des Darlehens berechtige. Dies sei jedoch vom Nichtbezahlen der Prämien der Lebensversicherung zu unterscheiden. Die indirekte Amortisation sei mit dem Abschluss des Pfandvertrags zustande gekommen. Gemäss Darlehensvertrag stehe der Klägerin bei Nichtbezahlen der Prämien einzig das Recht zu, anstelle der ausgebliebenen indirekten Amortisationen eine direkte Amortisation zu erheben (Urk. 23 S. 5 f.).

##### **E. 4.1.2**

Erstmals wird beschwerdeweise geltend gemacht, die indirekte Amortisation sei unabhängig von allfälligen Prämienzahlungen an die Lebensversicherung mit dem Abschluss des Pfandvertrags zustande gekommen. Aufgrund des Novenver-  
- 5 - bots im Beschwerdeverfahren (Art. 326 Abs. 1 ZPO) ist die Beklagte damit nicht zu hören. Ungeachtet dieses Umstands kann dieser Ansicht ohnehin nicht gefolgt werden. Vorliegend vereinbarten die Vertragsparteien eine indirekte Amortisation der Hypothekarschuld. Vorgesehen war demnach nicht eine "direkte" Reduktion der Hypothekarschuld durch regelmässig erfolgende Zahlungen an den Hypothekargeber, sondern eine "indirekte" Amortisation durch regelmässige Prämienleistungen von D. \_\_\_\_\_ in die angesprochene Lebensversicherung, deren Police der Klägerin verpfändet worden war. Ein solches Vorgehen bewirkt während der Laufzeit nicht die Verringerung der Hypothekarschuld, sondern den Aufbau eines Kapitals, das am Ende der Laufzeit der (einmaligen) Amortisation dienen kann – daher die Bezeichnung "indirekte" Amortisation –; während der Laufzeit dient dieses aufgrund der Verpfändung als Sicherheit für den Hypothekargeber. Es fand somit bis heute keine Reduktion oder gar vollständige Amortisation der Hypothekarschuld statt (dahingehend auch die Ausführungen der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren: Urk. 11 S. 3, insb. Rz. 10). Daraus ergibt sich, dass auch bei der Verpfändung der Lebensversicherungspolice keine Reduktion oder vollständige Amortisation bewirkt wurde; in diesem Zeitpunkt stand das Kapital dafür denn auch noch gar nicht zur Verfügung. Zu Recht ging die Beklagte demnach – in Widerspruch zu ihrer oben dargelegten Argumentation – davon aus, die Prämien der Lebensversicherung hätten der indirekten Amortisation des Hypothekardarlehens gedient (Urk. 23 S. 4; vgl. auch Urk. 7 S. 3 f. und S. 6).

##### **E. 4.1.3**

Da eine Prämienfreistellung weiteren Einzahlungen entgegensteht, ist eine indirekte Amortisation mittels prämiengestellter Police nicht mehr möglich. In diesem Sinne führte die Klägerin vor Vorinstanz denn auch aus, durch die mit Schreiben vom 14. September 2017 erfolgte Prämienfreistellung der Lebensversicherungspolice von D. \_\_\_\_\_ sei die vertragliche Verpflichtung zur Amortisation des Darlehens verletzt und der Darlehensvertrag daraufhin rechtmässig gekündigt worden (Urk. 11 S. 4; zur

Eventualmaxime im summarischen Verfahren vgl. nach- folgende Erwägung 4.2.5). Die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 24 S. 3) sind demnach insoweit zu präzisieren, als dass die vertraglich vereinbarten Amortisati- onen aufgrund der erfolgten Prämienfreistellung der Lebensversicherungspolice nicht vertragsgemäss zustande kommen können.

- 6 -

#### **E. 4.1.4**

Wie vorstehend dargelegt, stützt sich die Klägerin auf ein vertraglich verein- bartes Kündigungsrecht. Ein solches wird von der Beklagten in der Beschwerde- schrift – klammert man ihre nicht stichhaltige, vorstehend unter Erwägung 4.1.2 abgehandelte Argumentation aus – explizit anerkannt. In Anbetracht dessen sind die Ausführungen der Beklagten zur Kündigung aus wichtigem Grund und nach Art. 318 OR (Urk. 23 S. 9 f.) nicht weiterführend. Derartige Kündigungsgründe wurden von der Klägerin nie angerufen, weshalb weitere Ausführungen dazu ob- solet sind.

#### **E. 4.2**

Kein genügender Nachweis der Nichtbezahlung der Prämie

##### **E. 4.2.1**

Die Klägerin hat nach dem Dafürhalten der Beklagten nicht substantiiert nachgewiesen, dass bzw. welche Prämien ausstehend seien. Das ins Recht ge- legte Schreiben vom 26. April 2017 belege die Bezahlung sämtlicher Prämien bis zum 30. April 2017. Hinsichtlich der Prämie mit Fälligkeit per 1. Mai 2017 argu- mentiert die Beklagte, eine Erweiterung des summarischen Verfahrens über die einmalige Anhörung hinaus sei vorliegend nicht möglich. Zu Unrecht habe die Vo- rinstantz in diesem Zusammenhang die in der Replik vorgebrachten neuen Tatsa- chen und Beweismittel berücksichtigt, was eine Verletzung der Novenschranke darstelle. Ungeachtet dessen sei einzig gestützt auf eine Mahnung ein Zahlungs- ausstand nicht erwiesen. Besagtes Mahnschreiben habe die Beklagte überdies auch nie erhalten. Die Vorinstanz sei zudem auf den Umstand nicht eingegangen, dass gemäss Ziffer 12 des Pfandvertrags jährlich Fr. 3'613.10 einzuzahlen seien und vertraglich daher keine monatliche Fälligkeit vorgesehen sei (Urk. 23 S. 6 ff.).

##### **E. 4.2.2**

Sowohl die Parteien als auch die Vorinstanz gehen davon aus, dass vor Mai 2017 sämtliche Prämien beglichen wurden (Urk. 11 S. 3; Urk. 23 S. 7 und Urk. 24 S. 3 f.). Weitere Ausführungen zur Bezahlung der Prämie mit Fälligkeit per 1. November 2016 erübrigen sich daher.

##### **E. 4.2.3**

Die Behauptung, wonach vertraglich nicht Monats-, sondern Jahresprämien vorgesehen seien, wurde vor erster Instanz nicht vorgebracht. Es wurde einzig behauptet, dass weder dem Darlehens- noch dem Pfandvertrag die Fälligkeit der Prämien der Lebensversicherung entnommen werden könne (Urk. 7 S. 6 und

- 7 - Urk. 17 S. 11). Gestützt auf Art. 326 Abs. 1 ZPO hat diese Behauptung daher un- beachtlich zu bleiben. Der Einwand verfängt aber auch in der Sache nicht, denn es liegt auf der Hand, dass die Fälligkeit der Prämien einzig in der Lebensversi- cherungspolice geregelt ist. Dass darin eine andere als die aus Schreiben und Mahnschreiben (Urk. 3/7, Urk. 12/1-2 und Urk. 12/5) hervorgehende monatliche Fälligkeit vorgesehen sei, wird auch

beschwerdeweise nicht substantiiert geltend gemacht. Richtigerweise ist die Vorinstanz folglich von monatlich fälligen Prämien für die Lebensversicherung ausgegangen (vgl. Urk. 24 S. 3 f.).

#### **E. 4.2.4**

Weshalb die Beklagte die vorinstanzliche Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels für nicht möglich hält, wird nicht weiter begründet. Inwiefern ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen der grundsätzlich auch im summarischen Verfahren möglichen Anordnung eines doppelten Schriftenwechsels (vgl. BSK ZPO-Mazan, Art. 253 N 15 mit weiteren Hinweisen) nicht erfüllt sein sollen, bleibt daher offen und muss mangels rechtsgenügender Begründung auch nicht weiter abgehandelt werden.

#### **E. 4.2.5**

Hinsichtlich der Eventualmaxime ist mit der Beklagten dahingehend einig zu gehen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im summarischen Verfahren kein Anspruch auf eine zweite uneingeschränkte Äusserungsmöglichkeit besteht und infolgedessen grundsätzlich nach einmaliger Äusserung der Aktenschluss eintritt (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.2). Die in vorerwähntem Entscheid offen gelassene Frage, ob bei ausnahmsweiser Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels Art. 229 ZPO analog anzuwenden sei und Noven deshalb unter diesen Umständen unbeschränkt zulässig sein sollen (BGE 144 III 117 E. 2.2), wird von der urteilenden Kammer bejaht (OGer ZH RT180027 vom 10. Juli 2018, E. II.4.2; OGer ZH RT190028 vom 10. April 2019, E. 4.1; zum Ganzen: Sogo/Baechler, Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: AJP 2020 S. 315). Entgegen der Ansicht der Beklagten erweisen sich die Erwägungen der Vorinstanz zur analogen Anwendung von Art. 229 ZPO im summarischen Verfahren bei Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels nach dem Gesagten als zutreffend (Urk. 24 S. 4). Die unbeschränkte Berücksichtigung der Replik ist insofern nicht zu beanstanden.

- 8 -

#### **E. 4.2.6**

Bei der Nichtbezahlung einer Prämie handelt es sich um eine negative Tatsache, welche mittelbar mittels positiver Tatsachenfeststellungen zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen ist (ZK ZGB-Jungo, Art. 8 N 304). Gestützt auf die Zahlungserinnerung vom 14. Juni 2017 (Urk. 12/1) und die Mahnung vom 11. Juli 2017 mitsamt Zustellnachweis (Urk. 12/2-3) hielt die Vorinstanz den Ausstand der Prämie für Mai 2017 zu Recht für glaubhaft (Urk. 24 S. 4 f.). Daran vermögen die in der Beschwerdeschrift gemachten Ausführungen zur allgemeinen Zahlungsmoral der Beklagten und zu ihrem Interesse an der Aufrechterhaltung des Hypothekendarlehensvertrags nichts zu ändern (Urk. 23 S. 8 f.), zumal nicht sie, sondern D.\_\_\_\_\_ Schuldner der Prämien war. Ebenso ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich, dass der Beklagten vorerwähnte Mahnung nie zugestellt worden sein soll (Urk. 23 S. 8), da einzig die erwiesenermassen erfolgte Zustellung an D.\_\_\_\_\_ als Schuldner der Prämien von Bedeutung ist (vgl. Urk. 12/3). Darüber hinaus kommt die Beklagte mit ihren Ausführungen, wonach die Vorlage einer Mahnung als Nachweis für die Nichtbezahlung der Prämie nicht genüge (Urk. 23 S. 9), ihrer Bestreitungslast nur ungenügend nach. Sie vermag damit die Behauptung der Klägerin nicht zu erschüttern, wonach trotz Zahlungserinnerung (Urk. 12/1) und Mahnung (Urk. 12/2) die Prämie für Mai 2017 nicht beglichen worden sei und dies zur Prämienfreistellung geführt habe (Urk. 11 S. 3 und Urk. 12/4).

### **E. 4.3**

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend von einer rechtmässigen Kündigung des Hypothekendarlehensvertrags ausging und infolgedessen der Klägerin zu Recht provisorische Rechtsöffnung erteilte. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Ausführungen zum Eventualbegehren der Beklagten (Urk. 23 S. 2) können unter diesen Umständen unterbleiben.

- 9 -

### **E. 5**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 5.1**

Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr ist, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 197'981.25 und unter Berücksichtigung des reduzierten Zeitaufwands aufgrund der beiden Parallelverfahren gegen die Solidarschuldner (RT190198 und RT190199), in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 5.2**

Da die Klägerin nicht berufsmässig vertreten war, eine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur auf besondere Begründung hin zuzusprechen ist (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 21) und der Aufwand des vorliegenden Verfahrens sich für die Klägerin als äusserst überschaubar gestaltete (nur eine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung [Urk. 28]), ist ihr für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beklagte hat aufgrund ihres vollständigen Unterliegens keinen Anspruch auf Zuzusprechung einer Parteientschädigung.

### **E. 6**

Berichtigung (Art. 334 Abs. 1 ZPO)

#### **E. 6.1**

Während die Vorinstanz in den Erwägungen von der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamts Andelfingen ausgeht (Urk. 24 S. 2) und entsprechende Angaben auch dem Rechtsöffnungsgesuch (Urk. 1) und dem Zahlungsbefehl (Urk. 2) zu entnehmen sind, wird in Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 1 des Betreibungsamts Andelfingen provisorische Rechtsöffnung erteilt (Urk. 24 S. 6).

#### **E. 6.2**

Steht das Dispositiv mit der Begründung in Widerspruch, hat das erkennende Gericht dies mit einer Berichtigung zu beheben (Art. 334 Abs. 1 ZPO). Da vorliegend der Sinn von Dispositivziffer 1 zweifelsfrei aus der Begründung hervorgeht, kann eine Berichtigung im eigentlichen Sinne jedoch unterbleiben (vgl. Tanner, Erläuterung und Berichtigung von Entscheiden im Zivilprozessrecht [Art. 334 ZPO], in: ZZZ 41/2017, S. 8 mit weiteren Hinweisen). Der Klarheit halber ist indes

- 10 - in einer separaten Dispositivziffer festzustellen, dass der Klägerin mit dem angefochtenen Entscheid in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 2 des Betreibungsamts Andelfingen, Zahlungsbefehl vom 4. Juni 2018, provisorische Rechtsöffnung für Fr. 197'981.25 nebst Zins zu 5 % seit 30. April 2018 und für Fr. 508.25 Gebühren und Auslagen erteilt wurde. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.