

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT120170-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech  
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. L. Stünzi

## Urteil vom 18. April 2013

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgericht im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Winterthur vom 18. Oktober 2012 (EB120317)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Vorinstanz hat mit Urteil vom 18. Oktober 2012 das Begehren der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 9'409.10 nebst 5% Zins seit 13. März 2012, Fr. 154.70 Rechtsanwaltsgebühren sowie Fr. 73.– Zahlungsbefehlskosten abgewiesen (Urk. 15).
2. Hiergegen hat die Gesuchstellerin innert Frist Beschwerde erhoben (Urk. 14). Die Beschwerdeantwort des Gesuchs- und Beschwerdegegners (fortan Gesuchsgegner) ist hierorts am 23. Januar 2013 eingegangen (Urk. 22) und wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 23).
3. Am 11. April 2013 erfolgte ein Referentenwechsel.

### **II.**

#### 1. Vorbemerkungen

1.1 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Art. 327a Abs. 1 ZPO, gemäss welchem die Rechtsmittelinstanz bei Beschwerden gegen Entscheide des Vollstreckungsgerichts im Anwendungsbereich des LugÜ die vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition prüft, ändert daran nichts. Die in Art. 327a ZPO dargestellten Sonderregeln gelten nämlich nur, soweit der angefochtene Entscheid im besonderen Vollstreckungsverfahren ergangen ist. Bei einer - wie im vorliegenden Fall durchgeführten - inzidenten Exequatur im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens gelten die allgemeinen Bestimmungen der Art. 319 ff. ZPO (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 3 zu Art. 327a ZPO).

1.2 Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321 ZPO), 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. Was nicht gerügt wird, hat Bestand.

1.3 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 326 N 3 f.). Die von der Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren eingereichten Urk. 18 und 26 sind vor diesem Hintergrund unbeachtlich.

1.4 Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## 2. Prozesshintergrund

2.1 Die Gesuchstellerin stützt ihr Rechtsöffnungsbegehren auf einen Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts ... vom 12. März 2008 (Urk. 3/2). Dabei handelt es sich um ein Urteil auf Geldleistung aus einem Mitgliedstaat des Lugano-Übereinkommens (fortan LugÜ). Im schweizerischen Zwangsvollstreckungsverfahren hat der Rechtsöffnungsrichter daher zunächst die Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung nach LugÜ als Vorfrage zu prüfen. Anwendbar ist im vorliegenden Fall das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 (fortan aLugÜ), da zum Entscheidzeitpunkt am 12. März 2008 das revidierte LugÜ noch nicht in Kraft war.

2.2 Die Vorinstanz hat die Anerkennung des deutschen Vollstreckungsbescheides mit der Begründung verweigert, dass die Gesuchstellerin den gemäss Art. 46 Ziff. 2 aLugÜ geforderten Nachweis der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes nicht erbracht habe. Einen solchen erbringe die Gesuchstellerin nur

mit Bezug auf den Vollstreckungsbescheid, nicht jedoch für den gemäss § 700 Abs. 2 ZPO/D als verfahrenseinleitendes Schriftstück geltenden Mahnbescheid. Damit fehle es an einer Anerkennungsvoraussetzung, womit der deutsche Vollstreckungsbescheid nicht anerkennbar und vollstreckbar sei. Dem Gläubiger werde gestützt auf Art. 80 Abs. 1 SchKG definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn seine Forderung durch ein vollstreckbares Urteil ausgewiesen sei. Mangels Vorliegen eines vollstreckbaren Rechtsöffnungstitels im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG sei das Rechtsöffnungsbegehren entsprechend abzuweisen.

2.3 Die Gesuchstellerin wehrt sich im Rahmen ihrer Beschwerde zum einen gegen die Qualifikation des Mahnbescheides als verfahrenseinleitendes Schriftstück. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass es auf die ordnungsgemässe Zustellung des Vollstreckungsbescheides und nicht auf diejenige des Mahnbescheides ankomme (Urk. 14 S. 2; vgl. Erw. 3 nachstehend).

Andererseits sei auch die Zustellung des Mahnbescheides ordnungsgemäss erfolgt (Urk. 14 S. 2 f.; vgl. Erw. 4 nachstehend).

### 3. Verfahrenseinleitendes Schriftstück im deutschen Mahnverfahren

3.1 Das Mahnverfahren des deutschen Zivilprozessrechts (§§ 688 ff. ZPO/D) soll dem Gläubiger einer wahrscheinlich unstreitigen Geldforderung - ähnlich dem Zahlungsbefehlsverfahren nach schweizerischem Recht - schnell und einfach ohne mündliche Verhandlung einen Vollstreckungstitel verschaffen. Der Gläubiger kann beim Rechtspfleger des Amtsgerichts am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners den Erlass eines Mahnbescheids beantragen, ohne die Schlüssigkeit seines Anspruchs darlegen zu müssen (§ 690 ZPO/D). Erhebt der Schuldner nach Erhalt des Mahnbescheids nicht rechtzeitig Widerspruch, erlässt das Gericht auf Antrag des Gläubigers einen Vollstreckungsbescheid, der einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht (§ 699 f. ZPO/D). Erhebt der Schuldner hingegen fristgerecht Widerspruch, gibt das Gericht auf Antrag einer Partei den Rechtsstreit zur Durchführung eines streitigen Verfahrens von Amts wegen an das zuständige Gericht ab (§ 696 ZPO/D). Der Gläubiger hat nun sei-

nen Anspruch binnen zwei Wochen in einer der Klageschrift entsprechenden Form zu begründen (§ 697 ZPO/D).

3.2 Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass im Falle eines Widerspruches des Schuldners gegen den Mahnbescheid und der damit einhergehenden Überweisung in ein Streitiges Verfahren der Mahnbescheid nicht das verfahrenseinleitende Schriftstück nach Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ darstellt. Da der Gläubiger nach deutschem Zivilprozessrecht nach der Überleitung in ein Streitiges Verfahren seinen Anspruch zu begründen hat, damit das Verfahren fortgesetzt wird (§§ 696 f. ZPO/D), ist der Anspruch des Schuldners auf Wahrung des rechtlichen Gehörs nur dann hinreichend gewährleistet, wenn er auch von dem Fortsetzungsantrag und der Anspruchsbegründung des Gläubigers Kenntnis erhalten hat, so dass er nun seinerseits in der Lage ist, die Fundiertheit des klägerischen Anspruchs zu beurteilen und sich mit einer begründeten Eingabe zu verteidigen. In diesen Fällen ist somit die Klageschrift des Gläubigers das verfahrenseinleitende Schriftstück (BGE 123 III 374; Walther in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 27 LugÜ N 44; Walter/Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., S. 496).

Wird gegen einen Mahnbescheid indes kein Widerspruch eingelegt und erstarkt dieser dadurch zum Vollstreckungsbescheid, stellt der Mahnbescheid das verfahrenseinleitende Schriftstück dar (vgl. Walther, a.a.O., Art. 27 LugÜ N 44 mit Hinweis auf das Urteil des EuGH in der Sache Klomps gegen Michel vom 16. Juni 1981, EuGHE 1981 Bd. II, S. 1593 ff.; Walter/Domej, a.a.O., S. 496). Im vorliegenden Fall hat der Gesuchsgegner offenbar keinen Widerspruch gegen den Mahnbescheid erhoben, weshalb das Amtsgericht ... gestützt darauf am 12. März 2008 den Vollstreckungsbescheid erlassen hat. Es ist damit entsprechend den vorinstanzlichen Erwägungen und entgegen der gesuchstellerischen Darstellung auf die ordnungsgemässe Zustellung des Mahnbescheides als verfahrenseinleitendes Schriftstück abzustellen.

#### 4. Nachweis über Zustellung

4.1 Ob das verfahrenseinleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt wurde, bestimmt sich nach dem Recht des Ursprungsstaates, unter Einschluss der für ihn geltenden internationalen Verträge (Naegeli, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], a.a.O., Art. 46 LugÜ N 20). Liegt dem Versäumnisurteil ein rein innerstaatlicher Sachverhalt zugrunde, ist die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils - wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt - nach dem am Gerichtsort geltenden Prozessrecht zu beurteilen (ZR 110 (2011) 65, S. 70, m.w.H).

Gemäss § 182 der deutschen Zivilprozessordnung bedarf es für den Nachweis der Zustellung einer Zustellungsurkunde auf dem hierfür vorgesehenen Formular, welches die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde im Sinne von § 418 der deutschen Zivilprozessordnung besitzt. Eine solche reicht die Gesuchstellerin für den Mahnbescheid - wie von der Vorinstanz ebenfalls zutreffend festgehalten - nicht ein.

4.2 Die Gesuchstellerin stellt sich indes auf den Standpunkt, die Zustellung des Mahnbescheides erfolge nach deutschem Recht von Amtes wegen durch das Mahngericht und Letzteres sei gehalten, den Antragsteller über eine allenfalls fehlerhafte Zustellung zu orientieren. Da dies im vorliegenden Fall nicht geschehen sei, könne von einer ordnungsgemässen Zustellung des Mahnbescheides ausgegangen werden. Es bestehe diesbezüglich aber keine dem § 182 ZPO/D entsprechende Zustellungsurkunde, da das deutsche Recht die formelle Zustellung des Mahnbescheides in Verbindung mit einer entsprechenden Zustellungsurkunde nicht vorsehe. Der von der Vorinstanz geforderte Nachweis sei daher unmöglich (Urk. 14 S. 2).

4.3. Diese Ansicht der Gesuchstellerin geht fehl. Das aLugÜ sieht für solche Fälle mit Art. 48 Abs. 1 aLugÜ eine Ausnahmeregelung vor. Danach kann sich das Gericht mit einer gleichwertigen Urkunde begnügen oder den Antragsteller von der Vorlage der Urkunden befreien, wenn es eine weitere Klärung für nicht erforderlich hält. Diese Bestimmung soll verhindern, dass die Anerkennung und Voll-

streckbarkeitserklärung ausländischer Entscheide an überspitztem Formalismus scheitern (ZR 110 (2011) 65, S. 70; m.w.H.). Als "gleichwertige Urkunde" wird unter anderem die Amtsauskunft genannt (BGer 12.02.2003, 5P.471/2002, E.3.3.1; Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Diss. Zürich 1997, S. 473). Als entbehrlich erscheint die Vorlage der Urkunde, wenn sich aus den vom Antragsteller eingereichten Unterlagen die erforderlichen Nachweise zweifelsfrei ergeben oder der Sachverhalt unstreitig ist (Naegeli, a.a.O., Art. 48 LugÜ N 11). Im Lichte dieser Erwägungen kann festgehalten werden, dass durchaus Möglichkeiten bestehen, das Gericht auch unabhängig einer nach § 182 ZPO/D ausgestalteten Zustellungsurkunde von einer ordnungsgemässen Zustellung zu überzeugen. Dies hat die Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren aber ebenfalls unterlassen. Es wäre der Gesuchstellerin beispielsweise zumutbar gewesen, sich die ordnungsgemässe Zustellung des Mahnbescheides vom Amtsgericht ... (z.B. im Rahmen einer sogenannten Vollstreckungsklausel) im Sinne einer Amtsauskunft bestätigen zu lassen. Auch der von der Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren eingereichte Aktenausdruck des Amtsgerichtes ..., aus welchem ersichtlich wird, dass beim Gericht die Zustellungsurkunde für den Mahnbescheid (mit Nennung des Zustellungsdatums, des Zustellungsortes, des Zustellungsunternehmens sowie des Zustellers) am 20. Februar 2008 eingegangen ist (Urk. 18 S. 5), würde unter Umständen einen Verzicht auf eine nach § 182 ZPO/D ausgestaltete Zustellungsurkunde rechtfertigen. Der genannte Computerausdruck ist jedoch aufgrund des Novenverbots im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen (vgl. Erw. II.1.3). Der blosse Umstand, dass das Amtsgericht ... eine fehlerhafte Zustellung nicht angezeigt hat, genügt hingegen zur Klärung des Sachverhaltes nicht. Dies gilt umso mehr, als die ordnungsgemässe Zustellung des Mahnbescheides vom Gesuchsgegner bestritten wurde.

4.4 Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass es die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren unterlassen hat, den Nachweis über die ordnungsgemässe Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes zu erbringen, weshalb es an einer Anerkennungsvoraussetzung fehlt. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz die Anerkennung und Vollstreckung des der Rechts-

öffnung zu Grunde liegenden Vollstreckungsbescheides zu Recht verweigert und das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin folgerichtig abgewiesen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Es bleibt der Gesuchstellerin anheim gestellt, vor Vorinstanz unter Einreichung der erforderlichen Dokumente erneut ein Begehren um Erteilung der Rechtsöffnung mit vorgängiger vorfrageweisen Anerkennung und Vollstreckung des Vollstreckungsbescheides des Amtsgerichts ... zu stellen.

### III.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von § 48 i.V.m. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 300.– festzulegen und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Mangels eines entsprechenden Antrages ist dem Gesuchsgegner keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 105 Abs. 1 ZPO e contrario).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, 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. 9'636.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am: js