

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT130108-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Urteil vom 2. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 3. Mai 2013 (EB130113-M)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 3. Mai 2013 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C._____ (Zahlungsbefehl vom 1. Februar 2013) gestützt auf eine rechtskräftige portugiesische Entscheidung vom 9. März 2007 betreffend einvernehmliche Scheidung (Urk. 3/1-2) definitive Rechtsöffnung für Fr. 10'654.05 (= € 8'628.16) nebst Zins zu 5 % seit 31. Januar 2013. Im Mehrbetrag wurde das Begehren abgewiesen (Urk. 12 S. 9 Dispositivziffer 1).

2. Mit fristgerechter Eingabe vom 14. Juni 2013 erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) mit den folgenden Anträgen Beschwerde gegen das Urteil vom 3. Mai 2013 (Urk. 11 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 3. Mai 2013 sei aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der Beschwerdegegnerin die definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C._____, Zahlungsbefehl vom 1.2.2013, im Umfang von Fr. 8'147.40 (entspricht EUR 6'598.16) nebst Zins zu 5% seit 31.1.2013 zu erteilen.
3. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

3. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

b) Auf die Begründung der Beschwerde im Einzelnen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

4. a) Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstin-

stanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 326 N 3 f.). Echte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Schriftenwechsels entstanden oder gefunden worden sind. Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 5 und 8).

b) Die folgenden Ausführungen der Beschwerdeschrift brachte der Gesuchsgegner erstmals im Beschwerdeverfahren vor, weshalb diese aufgrund von Art. 326 ZPO vorliegend nicht zu beachten sind:

- die ganze Ziffer II lit. b Ziff. 1 (Urk. 11 S. 4)
- Ziffer II lit. b Ziff. 2 (Urk. 11 S. 5): "Im September 2009 händigte der Bruder des Beschwerdeführers den Töchtern den gesamten monatlichen Unterhaltsbeitrag gemäss Scheidungserkenntnis aus."
- Ziffer II lit. b Ziff. 4 (Urk. 11 S. 5 f.):
"Die Auszahlung der Kinderunterhaltsbeiträge ... die Unterhaltsbeiträge auch tatsächlich bestimmungsgemäss verwendet würden."
"Auch wäre der Beschwerdeführer aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse gar nicht in der Lage gewesen zusätzlich zu seiner Unterhaltsbeitragspflicht derartig hohe freiwillige Zusatzzahlungen zu erbringen."
- Ziffer II lit. c Ziff. 5 (Urk. 11 S. 8): "wobei zu erwähnen ist, dass er dieser wegen ihres Universitätsstudiums betragsmässig über die Unterhaltsverpflichtung hinausgehende Leistungen erbringt."

Zudem sind die folgenden erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichten Urkunden ebenfalls aufgrund von Art. 326 ZPO vorliegend unbeachtlich:

- Urk. 14/4 und Urk. 14/6-9, soweit sich die vorgenannten Urkunden nicht auf das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Beschwerdeverfahren beziehen.

5. a) Im Beschwerdeverfahren bleibt von Seiten des Gesuchsgegners unbestritten, dass die vom Zivilstandsamt D._____ (Portugal) erlassene rechtskräftige Entscheidung vom 9. März 2007 betreffend einvernehmliche Scheidung der Parteien vollstreckbar und als definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG anzusehen ist.

b) Die Vorinstanz führte in materiellrechtlicher Hinsicht aus, dass der Gesuchsgegner sechs Überweisungen an die Tochter E._____ mit den geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträgen verrechnen wolle. Die Entscheidung des Zivilstandesamtes D._____ (Portugal) vom 9. März 2007 enthalte keine Angaben, an wen die Kinderunterhaltsleistungen zu bezahlen seien (unter Hinweis auf Urk. 3/1). Zu beachten sei jedoch, dass beide Töchter im Juli 2012 – wenn auch im Fall der Tochter E._____ nur noch knapp – noch minderjährig gewesen seien und die Auszahlungen nur an die Tochter E._____ und nicht an die Tochter F._____ erfolgt seien. Es sei mithin davon auszugehen, dass zumindest während der Zeit der Unmündigkeit der Töchter nur mit befreiender Wirkung an die Gesuchstellerin habe geleistet werden können. Im Übrigen seien die Zahlungen erst ab März 2012 erfolgt und es sei weder eine eindeutige Regelmässigkeit in den zeitlichen Abschnitten zwischen den Zahlungen, noch in der Höhe des Betrages erkennbar. Des Weiteren sei aus dem eingereichten Kontoauszug nicht ersichtlich, dass die sechs Zahlungen in Bezug zu den Kinderunterhaltsleistungen stehen würden, zumal die verschiedenen Betragshöhen nicht mit der Höhe der geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge übereinstimmen würden. Die geleisteten Zahlungen im Umfang von € 2'030.– würden somit nicht mit den geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträgen verrechnet werden können (Urk. 12 S. 6 f. Ziff. 3.3).

c) Der Gesuchsgegner erachtet dieses Ergebnis in seiner Beschwerdebeurteilung als unbillig, da er damit so gestellt werde, als wäre er seiner Verpflichtung überhaupt nicht nachgekommen. Erst recht unbillig erscheine dieses Ergebnis, wenn man bedenke, dass auch vor den beanstandeten Monaten April bis Juli

2012 die Unterhaltsbeiträge nicht an die Gesuchstellerin direkt geleistet worden seien, sondern an deren in Portugal lebende Mutter, was auch explizit aus dem Protokoll der Verhandlung vom 3. Mai 2013 hervorgehe, mithin der Gesuchstellerin die Beiträge mit Ausnahme der ersten wenigen Monate nach rechtskräftiger Scheidung über Jahre hinweg nie direkt ausgerichtet worden seien und dies von ihr auch nie beanstandet worden sei (Urk. 11 S. 5 Ziff. 3). Der Gesuchsteller ist der Auffassung, Art und Umfang der von ihm geleisteten Unterhaltsleistungen bedürften weiterer Abklärungen, weshalb der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (Urk. 11 S. 5 f. Ziff. 4). Eventualiter macht er geltend, die Vorinstanz habe die im Jahre 2012 vorgenommenen Zahlungen an seine annähernd volljährige Tochter E. _____ von total € 2'300.– im Lichte der gelebten Überweisungspraxis, der Höhe und Regelmässigkeit der Zahlungen (viermal € 450.– sowie € 150.– und € 80.–) zu Unrecht nicht als Unterhaltsbeiträge qualifiziert, weshalb lediglich über Fr. 8'147.40 zuzüglich Zins Rechtsöffnung zu erteilen sei (Urk. 11 S. 6 ff.).

d) Der Gesuchsteller zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz Vorbringen, welche er in tatsächlicher Hinsicht gemacht hat, nicht beachtet hätte. Da der Schuldner im definitiven Rechtsöffnungsverfahren den Urkundenbeweis erbringen muss (Urk. 12 S. 6 Ziff. 3.2), hatte die Vorinstanz von vornherein keine "Abklärungen" zu treffen. Der Hauptantrag des Gesuchstellers auf Rückweisung der Streitsache ist daher abzuweisen.

e) Die Gesuchstellerin anerkannte vor Erstinstanz, dass die Unterhaltsbeiträge zuvor ihrer Mutter ausbezahlt worden seien. Dies hänge jedoch auch mit dem Gesuchsgegner zusammen. Er habe gewusst, dass sie in dieser Zeit kein Konto habe eröffnen dürfen, weshalb die Zahlungen über das Konto ihrer Mutter abgewickelt worden seien. Es sei von ihrer Seite unbestritten, dass der Gesuchsgegner die Unterhaltsbeiträge auf das Konto ihrer Mutter hätte bezahlen sollen. Dies sei aber nicht erfolgt (Prot. VI S. 7). Diese Behauptung der Gesuchstellerin blieb vor Erstinstanz unbestritten (vgl. Prot. VI S. 8). Es ist deshalb vorliegend davon auszugehen, dass die Parteien vereinbarten, der Gesuchsgegner könne die Kinderunterhaltsbeiträge mit befreiender Wirkung einzig an die Mutter der Gesuchstellerin leisten, solange die Töchter unmündig seien. Da er eingestande-

nermassen und ohne Einverständnis der obhutsinnehabenden Gesuchstellerin die € 2'030.– jedoch direkt auf das Konto der damals noch unmündigen Tochter E. _____ überwiesen hat, kann dieser Betrag nicht zugunsten des Gesuchsgegners als Tilgung von Kinderunterhaltsbeiträgen berücksichtigt werden (BK-Weber, N 121 zu Art. 68 OR; ZK-Schraner, N 115 zu Art. 68 OR).

e) Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Gesuchstellerin oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

6. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Beschwerde war wie aufgezeigt von vorneherein aussichtslos, weshalb dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden kann.

7. a) Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für deren Bemessung gelangt gemäss Praxis der Kammer die Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35) zur Anwendung (Art. 16 SchKG; ZR 110 (2011) Nr. 28). Die Spruchgebühr ist gestützt auf Art. 48 GebV SchKG auf Fr. 500.– festzusetzen.

b) Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Begehren des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

3. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens wird festgesetzt auf Fr. 500.–.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
5. Der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage je eines Doppels der Urk. 11, 13, 14/3-15 und 15, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 10'654.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am: js