

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT140106-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
die Oberrichter Dr. H.A. Müller und Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil vom 18. Februar 2015

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 2. Juli 2014 (EB140723-L)**

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist eine deutsche Grossbank mit Sitz in Mit ihr als übernehmender Rechts-trägerin wurde am 11. Mai 2009 die C._____ AG, ebenfalls eine deutsche Gross-bank mit Sitz in ..., verschmolzen. Der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (nachfolgend: Gesuchsgegner) ist eine Privatperson mit Wohnsitz in Zürich. Die damalige C._____ AG gewährte dem Gesuchsgegner und dessen damaliger Ehe-frau D._____ zwei Darlehen in der Höhe von Euro 100'000.– und Euro 56'000.– zur Finanzierung dreier Eigentumswohnungen in E._____ (...), ... [Bundesland]. Die Darlehen wurden durch eine Grundschuld nebst dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung gesichert. Zusätzlich sollten der Bank siche-rungshalber ein Bausparvertrag und eine Risikolebensversicherung abgetreten werden. Das entsprechende Vertragswerk datiert vom 13. resp. 20. Juni 2005 (Urk. 5/3). Mit öffentlicher Urkunde des Notars F._____ mit dem Amtssitz in ... vom 20. Juni 2005 wurde zugunsten der damaligen C._____ AG eine fällige Ge-samtbuchgrundschuld über Euro 156'000.– zuzüglich Zinsen und Nebenleistung an den zu erwerbenden Wohnungen bestellt und der Gesuchsgegner und seine damalige Ehefrau erklärten als Gesamtschuldner die persönliche Haftungsüber-nahme für den Grundschuldbetrag nebst sofortiger Zwangsvollstreckungsunter-werfung in ihr gesamtes Vermögen. Die Beteiligten erschienen nicht persönlich zur Grundschuldbestellung, sondern liessen sich gestützt auf verschiedene nota-rielle Vollmachten durch die Notariatsangestellte G._____ vertreten (Urk. 3/1). Mit Schreiben vom 27. Juni 2007 und vom 29. Februar 2008 kündigte die Bank die besagten Darlehen (Urk. 5/7). In der Folge wurden die Wohnungen zwangsver-steigert und die Bank für ihre Forderungen teilweise befriedigt.

2. Mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 13. März 2014 betrieb die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner über Fr. 20'070.75 nebst Zins, Fr. 2'894.90 nebst Zins sowie Fr. 58'587.50 (Urk. 5/1). Der Gesuchsgegner erhob Rechtsvorschlag. Mit Eingabe vom 27. Mai 2014 machte die Gesuchstelle-

rin bei der Vorinstanz das vorliegende Rechtsöffnungsbegehren anhängig (Urk. 1). Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung wies diese das Gesuch mit Urteil vom 2. Juli 2014 (versandt am 4. August 2014) ab (Urk. 8 = Urk. 12).

3. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 21. August 2014 rechtzeitig Beschwerde (Urk. 11). Sie beantragte die Aufhebung des Urteils der Vorinstanz und die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Den von ihr verlangten Kostenvorschuss leistete die Gesuchstellerin innert Frist (Urk. 13 und 14). Am 1. Oktober 2014 reichte der Gesuchsgegner die Beschwerdeantwort ein (Urk. 16 und 17). Er beantragte darin sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeantwort wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 21).

II.

1. Die Gesuchstellerin verlangte Rechtsöffnung gestützt auf eine beglaubigte Ausfertigung einer deutschen notariellen Urkunde mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung, die nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO/DE) einen Vollstreckungstitel darstellt. Da die fragliche öffentliche Urkunde am 20. Juni 2005 und damit vor Inkrafttreten des revidierten Lugano-Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 (LugÜ) aufgenommen wurde, wird ihre Vollstreckung in der Schweiz durch das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 (aLugÜ) geregelt (Art. 63 LugÜ e contrario). Gemäss Art. 50 Abs. 1 aLugÜ werden öffentliche Urkunden, die in einem Vertragsstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, in einem anderen Vertragsstaat auf Antrag in den Verfahren nach Art. 31 ff. aLugÜ – d.h. wie eine gerichtliche Entscheidung – für vollstreckbar erklärt. Soweit hier interessierend ist die Rechtslage unter dem revidierten LugÜ dieselbe (vgl. Art. 57 Abs. 1 LugÜ). Die Frage der Vollstreckbarkeit ist vorliegend lediglich vorfrageweise zu prüfen.

2. Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens mit der angeblich unzureichenden Substantiierung der Forderung. Sie verwies auf den im Rechtsöffnungsverfahren geltenden Verhandlungsgrundsatz. Daraus folge, dass die gesuchstellende Partei genau darzulegen habe, woraus sie ihre For-

derung ableite. Insbesondere sei die Höhe der geforderten Summe inklusive Zinsen und Kosten anhand einer für das Gericht nachvollziehbaren Abrechnung zu erläutern, wenn sich der Betrag nicht ohne Weiteres aus dem Rechtsöffnungstitel ergebe. Sei nicht ersichtlich, woraus die gesuchstellende Partei ihr Begehren – vor allem betragsmässig – ableite, sei es abzuweisen. Es sei – so die Vorinstanz – nicht einzusehen, weshalb diese prozessuale Frage beim Rechtsöffnungsverfahren auf Vorlage einer öffentlichen Urkunde anders beurteilt werden sollte (Urk. 12 E. 5.2, mit Hinweisen auf OGer ZH RT140013 vom 7. April 2014 E. 4.2.1 sowie Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 128).

3. a) Die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz sind durchaus zutreffend. Sie irrt jedoch, wenn sie meint, die Forderung der Gesuchstellerin, für welche diese Rechtsöffnung verlange, basiere auf dem Darlehensvertrag. Der Zahlungsbefehl nennt die notarielle Buchgrundschuld als Forderungsgrund. Auch aus dem Rechtsöffnungsbegehren geht klar hervor, dass sich dieses auf die Buchgrundbestellungsurkunde stützt. Die Gesuchstellerin führte aus, dass sich der Gesuchsgegner darin im Umfange von Euro 156'000.– zuzüglich Zinsen und Nebenleistung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen habe (Urk. 1 S. 11). Die in Betreuung gesetzte Forderung aus persönlicher Haftungsübernahme ist von den Darlehensforderungen zu unterscheiden.

b) Zum besseren Verständnis sei dazu Folgendes ausgeführt: Die deutsche Sicherungsgrundschuld ist in gewisser Weise mit dem sicherungsübereigneten schweizerischen Schuldbrief verwandt. Die in letzterem verkörperte Forderung bleibt neben der sichergestellten Forderung im Hinblick darauf bestehen, deren Einziehung zu erleichtern (BGE 119 III 105 E. 2a in fine). Man unterscheidet dann die durch das Grundpfand sichergestellte, im Schuldbrief verkörperte abstrakte Forderung und die kausale Forderung, die sich aus dem Grundverhältnis, im Allgemeinen einem Darlehensvertrag, ergibt, für welche der Schuldbrief sicherungsübereignet worden ist, wobei diese zwei Forderungen voneinander unabhängig sind (BGE 140 III 180 = Pra 2014 Nr. 113 E. 5.1.1). Auch die deutsche Sicherungsgrundschuld wird zur Besicherung einer kausalen Forderung bestellt, ist zu dieser aber grundsätzlich nicht akzessorisch (Rohe, in: Bamberger/Roth [Hrsg.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2012, § 1192 BGB N 49 f.).

c) Was die Vollstreckung anbelangt, so ist der schweizerische Schuldbrief in der Betreuung auf Grundpfandverwertung für die abstrakte Forderung eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG und gilt, sofern der Schuldner auf dem Titel aufgeführt ist, als provisorischer Rechtsöffnungstitel für die ganze im Titel verkündete Forderung, ohne dass der Gläubiger eine Schuldanerkennung für die kausale Forderung vorlegen müsste (BGE 140 III 180 = Pra 2014 Nr. 113 E. 5.1.2; 140 III 39 f. E. 4). In Deutschland ist es üblich, dass sich der Pfandeigentümer im Rahmen der Grundschuldbestellung gemäss § 800 ZPO/DE der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterwirft. Zudem erfolgt – wie vorliegend – regelmässig auch eine Übernahme der persönlichen Haftung samt Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in Höhe des Grundschuldbetrages und gegebenenfalls der Nebenleistungen in das gesamte Vermögen. Die persönliche Haftungsübernahme ist ein von der eigentlichen Grundschuldbestellung zu trennender Vorgang (vgl. Rohe, a.a.O., § 1192 BGB N 75). Es handelt sich dabei um ein abstraktes Schuldversprechen gemäss § 780 BGB oder ein abstraktes Schuldanerkenntnis gemäss § 781 BGB und wegen der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch um einen gesonderten Vollstreckungstitel gemäss § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO/DE. Aus der notariellen Urkunde kann damit die Zwangsvollstreckung sowohl in den belasteten Grundbesitz als auch in das gesamte sonstige Vermögen erfolgen, ohne dass hierzu ein Urteil erforderlich wäre. Die auf Geld lautende vollstreckbare öffentliche Urkunde stellt in der Schweiz einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar (BGE 137 III 88 ff. E. 3).

d) Das Verhältnis zwischen der abstrakten Grundschuld mit persönlicher Haftungsübernahme und der kausalen Darlehensforderung wird oft in einem Sicherungsvertrag geregelt. Dieser verknüpft die Bestellung und Handhabung der Sicherheit treuhänderisch mit dem gesicherten Gegenstand (Rohe, a.a.O., § 1192 BGB N 65). Er legt die Grenzen fest, innerhalb welcher die Sicherungsnehmerin ihre besonders starke Rechtsstellung ausüben darf. Diese "kann" nämlich aufgrund der überlassenen abstrakten Rechte mehr, als sie aufgrund des Sicherungsvertrags gegenüber dem Sicherungsgeber "darf" (sog. überschüssende

Rechtsmacht; vgl. dazu auch Schmid/Hürlimann-Kaupp, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, N 1844h).

4. Die in der vorgelegten notariellen Urkunde übernommene persönliche Haftung bezog sich auf den Grundschuldbetrag von Euro 156'000.– zuzüglich Zins zu 15 % ab dem 20. Juni 2005 und eine einmalige Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrages. Die Gesuchstellerin verlangte Rechtsöffnung für insgesamt Fr. 81'553.15 nebst Zinsen, was bei Einleitung der Betreuung am 12. März 2014 Euro 66'962.10 entsprach (EUR/CHF = 1.2179). Als Minus ist letztgenannter Betrag ohne Weiteres vom Rechtsöffnungstitel gedeckt. Weiterer Erläuterungen seitens der Gesuchstellerin bedurfte es nicht. Dass sie dennoch versuchte, den offenen, effektiv noch geschuldeten Betrag aus den Darlehensverträgen darzutun und zu belegen, kann ihr nicht zum Nachteil gereichen, auch wenn ihre Ausführungen tatsächlich nicht ganz schlüssig sind. Es wäre Sache des betriebenen Schuldners gewesen, (substantiiert) einzuwenden, die kausale Forderung laute auf einen tieferen Betrag als die in Betreuung gesetzte abstrakte Forderung (vgl. zur Betreuung auf Grundpfandverwertung gestützt auf einen schweizerischen Schuldbrief: BGE 140 III 180 = Pra 2014 Nr. 113 E. 5.1.2).

5. a) Der Gesuchsgegner wendete vor Vorinstanz einzig ein, dass er die Fr. 150'000.– (gemeint wohl: Euro 156'000.–) nie in den Händen gehabt habe, weshalb er auch nichts schulden könne (Prot. I S. 3). Die Gesuchstellerin hatte demgegenüber bereits in der Gesuchsbegründung ausgeführt, dass sie die um die Bearbeitungskosten bereinigten Darlehenssummen von Euro 99'000.– und Euro 55'440.– am 30. Juni 2005 auftragsgemäss direkt an den Grundstücksverkäufer H._____ ausbezahlt habe (Urk. 1 S. 5), was insofern unbestritten blieb. Die Auszahlung der Darlehensvaluta kann ohne Weiteres auch an einen vom Darlehensnehmer bezeichneten Dritten als Zahlstelle erfolgen. Die Argumentation des Gesuchsgegners verfängt somit nicht.

b) Weiter erwähnte der Gesuchsgegner anlässlich der Rechtsöffnungsverhandlung, dass er im Jahr 2007 Privatkonkurs gemacht habe. Er hatte seinen Rechtsvorschlag allerdings nicht damit begründet, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen sei. Damit hat es sein Bewenden.

c) Sodann zeigte sich der Gesuchsgegner erstaunt darüber, dass ihm nun die Gesuchstellerin gegenüberstehe, habe er doch mit der C._____ AG einen Vertrag geschlossen (Prot. I S. 3). Es wurde bereits einleitend erwähnt, dass die C._____ AG von der Gesuchstellerin übernommen wurde. Die Verschmelzung wurde am 11. Mai 2009 um 07:32 Uhr ins Handelsregister des Amtsgerichts ... eingetragen. Durch die Eintragung ging das Vermögen der C._____ AG einschliesslich der Verbindlichkeiten auf die Gesuchstellerin über (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 des deutschen Umwandlungsgesetzes).

d) Wollte man ferner annehmen, der Gesuchsgegner habe sich auf die Verjährung berufen, wenn er meinte, das Ganze sei lange her und er habe gedacht, es sei erledigt (Prot. I S. 3), so ist dazu Folgendes zu sagen: Das deutsche Recht kennt keine Bestimmung wie Art. 807 ZGB, wonach Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist, keiner Verjährung unterliegen. Die Regelverjährung beträgt in Deutschland drei Jahre (§ 195 BGB). Es kann daher durchaus sein, dass der Darlehensrückzahlungsanspruch der Gesuchstellerin verjährt ist. Für Ansprüche aus vollstreckbaren Urkunden gilt hingegen nach § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB eine dreissigjährige Verjährungsfrist. Der deutsche Bundesgerichtshof hat entschieden, dass das in einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde abgegebene abstrakte Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung nicht deshalb nach § 812 Abs. 2 BGB kondizierbar sei, weil der durch die Grundschuld gesicherte Anspruch verjährt sei. Die Vorschrift von § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB sei auf ein solches Schuldversprechen analog anwendbar (BGH XI ZR 36/09 vom 17. November 2009, publiziert in: NJW 2010 S. 1144 ff.).

e) Was der Gesuchsgegner schliesslich im Rahmen des Beschwerdeverfahrens in tatsächlicher Hinsicht neu vorbrachte, ist unbeachtlich (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Darauf ist nicht weiter einzugehen.

6. Nach dem Gesagten steht dem Rechtsöffnungsbegehren nichts entgegen. Die Beschwerde ist gutzuheissen und es ist der Gesuchstellerin definitive Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 20'070.75 nebst Zins zu 1.87 % seit dem 13. März 2014, für Fr. 2'894.90 nebst Zins zu 4.37 % seit dem 13. März 2014 und für Fr. 58'587.50.

III.

Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner für beide Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr von Fr. 500.– wurde nicht beanstandet und ist so zu belassen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110 Nr. 28) auf Fr. 750.– festzusetzen. Die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV auf Fr. 2'400.– zu veranschlagen, diejenige für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 1'600.– herabzusetzen. Für beide Verfahren zusammen beläuft sich die Parteientschädigung auf Fr. 4'000.–.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 2. Juli 2014 (EB140723-L) wird aufgehoben.
2. Der Gesuchstellerin wird definitive Rechtsöffnung erteilt in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 3, Zahlungsbefehl vom 13. März 2014, für Fr. 20'070.75 nebst Zins zu 1.87 % seit dem 13. März 2014, für Fr. 2'894.90 nebst Zins zu 4.37 % seit dem 13. März 2014 und für Fr. 58'587.50.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten beider Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt. Sie werden mit dem Kostenvorschuss der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren verrechnet, sind dieser aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse dem Gesuchsgegner Rechnung.

6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für beide Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich sowie im Dispositiv an das Betreibungsamt Zürich 11, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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. 81'553.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. Februar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am: js