

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT160007-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Urteil vom 16. März 2016

in Sachen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich,
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

gegen

A._____,
Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. Dezember 2015 (EB150380-M)**

Erwägungen:

1.a) Mit Urteil vom 9. Dezember 2015 wurde das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2015) abgewiesen (Urk. 9 = Urk. 12).

b) Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 18. Januar 2016 fristgerecht (Urk. 10a, vgl. Briefumschlag zu Urk. 12) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 11 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Beschwerde sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 09.12.2015 vollständig aufzuheben;
2. Der Beschwerdeführerin sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 23.10.2015) definitive Rechtsöffnung zu erteilen für CHF 11'789.05, für CHF103.00 Betreuungskosten und für CHF 320.00 Spruchgebühr des Bezirksgerichts Dietikon;

unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdegegners."

Am 15. Februar 2016 reichte der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) eine unerbetene Stellungnahme ein (Urk. 17). Nach fristgerechtem Eingang des der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 12. Februar 2016 auferlegten Kostenvorschusses von Fr. 750.– (Urk. 16, Urk. 19) erstattete der Gesuchsgegner seine Beschwerdeantwort, mit welcher er auf Abweisung der Beschwerde schloss (Urk. 21).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt das Rügeprinzip, d.h. in der Beschwerde muss im Einzelnen dargelegt werden, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3.A. 2016, N 15 zu Art. 321 ZPO; Sterchi, BE-Kommentar, N 17 ff. zu Art. 321 ZPO); was nicht beanstandet (gerügt) wird hat grundsätzlich Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil, die beiden von der Gesuchstellerin eingereichten rechtskräftigen Einspracheentscheide vom 21. November 2012 bzw. 11. September 2014 betreffend die Rückforderung zu viel ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung würden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen eines definitiven Rechtsöffnungstitels erfüllen (Urk. 12 S. 4). Der Gesuchsgegner habe jedoch eingewendet, den Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 nicht erhalten zu haben (Prot. VI S. 4). Der Gesuchstellerin sei es nun nicht gelungen, die effektive Eröffnung des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 nachzuweisen. Vielmehr fehle es nach wie vor - wie schon im vorangehenden Verfahren EB150098, Urteil vom 22. April 2015 - an einem Zustellungsnachweis. Hinsichtlich des Einspracheentscheids vom 11. September 2014 könne inzwischen zwar die Zustellung nachgewiesen werden (Urk. 2/5). Daraus sei jedoch keine genügende Grundlage für die Rechtsöffnung zu ersehen. Folglich wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren ab. Die ebenfalls aufgeworfene Frage der Verjährung (Urk. 4) liess sie offen (Urk. 12 S. 4 f.).

4.a) Die Gesuchstellerin rügt mit ihrer Beschwerde, wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausgeführt habe, müsse der Zustellungsnachweis nicht zwingend durch eine Postaufgabebestätigung oder einen Rückschein erfolgen, sondern könne auch mittels Indizien gelingen. Vorliegend seien der Vorinstanz die Verfügung der Arbeitslosenversicherung vom 20. Juni 2013 (Urk. 2/4) und der Einspracheentscheid der Arbeitslosenversicherung vom 11. September 2014 (Urk. 2/5) ins Recht gereicht worden, welche jeweils in den Begründungen auf den Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 Bezug nehmen und ausdrücklich die Abweisung der Einsprache festhalten würden. Der Gesuchsgegner habe sich gegen diese Feststellung nicht gewehrt. Des Weiteren reicht die Gesuchstellerin mit der Beschwerde den Zustellungsnachweis des Einspracheentscheides der Arbeitslosenkasse vom 21. November 2012 ins Recht (Urk. 14/2).

b) Im Beschwerdeverfahren sind, wie erwähnt, neue Behauptungen und neue Beweise nicht (mehr) zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Der Zustellungsnachweis der Post vom 28. November 2012 (Urk. 14/2) kann somit keine Berücksichtigung

finden. Für das vorliegende Verfahren ist der Sachverhalt relevant, wie er vor Vorinstanz vorlag, mithin ist von einem fehlenden schriftlichen Zustellungsnachweis für den Rechtsöffnungstitel auszugehen.

c) Hinsichtlich der Voraussetzungen zur Vollstreckbarkeit eines Entscheids, den Anforderungen an eine rechtsgültig erfolgte Zustellung bzw. Eröffnung eines Entscheids sowie zum durch die Gesuchstellerin zu erbringenden Zustellungsnachweis ist auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 12 S. 4). Der Nachweis der Zustellung kann - allerdings entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht nur bei Massesendungen (Urk. 12 S. 4, E. 3.2.) - auch aufgrund weiterer Indizien erfolgen oder gestützt auf die gesamten Umstände erbracht werden (vgl. BGer 5A_495/2007 vom 25. Januar 2008, Pra 97 (2008) Nr. 78; BGE 105 III 43 E. 3). In diesem Zusammenhang erwog das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung einer Rechtsöffnung für Steuerforderungen, in der Regel könne angenommen werden, dass sich der Steuerpflichtige gegen wiederholte unberechtigte Mahnungen und Steuerrechnungen zur Wehr setze und nicht zuwarte bis er betriebe werde. In einem so späten Zeitpunkt sei der Einwand, er habe die Veranlagungsverfügung nie empfangen, wenig glaubhaft (BGE 105 III 43 E. 3).

d) Gemäss den vorinstanzlichen Akten stellt sich der amtliche Rechtsverkehr des Gesuchsgegners betreffend die streitgegenständliche Rückerstattung wie folgt dar: Mit Verfügung der Gesuchstellerin vom 17. Oktober 2012 wurde er zur Rückzahlung für in den Monaten August 2009 bis und mit Mai 2010 zu viel ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung im Umfang von Fr. 11'789.05 verpflichtet (Urk. 2/2). Die von ihm dagegen erhobene Einsprache wurde mit Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 abgewiesen. Dagegen wurde kein Rechtsmittel erhoben. Beim fraglichen Entscheid über die zugesprochene Forderung von Fr. 11'789.05 handelt es sich um den Rechtsöffnungstitel. Das Erlassgesuch des Gesuchsgegners wurde sodann an die Arbeitslosenversicherung überwiesen (Urk. 2/3), welche mit Verfügung vom 20. Juni 2013 sowohl das Gesuch (Urk. 2/4) als auch mit Verfügung vom 11. September 2014 die Einsprache

dagegen aufgrund vorsätzlicher Meldepflichtverletzung des Gesuchsgegners ab-
wies (Urk. 2/5).

In den Erwägungen der Verfügung der Arbeitslosenversicherung vom 20. Juni 2013 betreffend Erlass der Rückforderung wurde auf die Verfügung der Gesuchstellerin vom 17. Oktober 2012 sowie auf den Einsprachenentscheid vom 21. November 2012 ausdrücklich Bezug genommen und es wurde festgestellt, dass die Einsprache des Gesuchsgegners abgewiesen worden war (Urk. 2/4 S. 2). Nämliches gilt für den auf Einsprache des Gesuchsgegners erfolgten Entscheid der Arbeitslosenversicherung vom 11. September 2014 (Urk. 2/5 S. 2). Die Feststellung der Rückerstattungspflicht ist denn auch Voraussetzung für die Prüfung eines Erlassgesuchs, kann doch eine Rückforderung nur dann erlassen werden, wenn sie geschuldet ist. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang von einem mehrstufigen Verfahren gesprochen. An die Feststellung des unrechtmässigen Bezugs (Stufe 1) schliesst der Entscheid über die Rückerstattung an (Stufe 2), worauf - gegebenenfalls - über den Erlass der Rückerstattung entschieden wird (Stufe 3; vgl. ATSG-Kommentar, Ueli Kieser, 3.A., 2015, N 9 zu Art. 25 ATSG). Dass der Entscheid vom 11. September 2014 dem Gesuchsgegner rechtswirksam zugestellt werden konnte, wurde im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren - im Gegensatz zu den vorangehenden Rechtsöffnungsverfahren der Parteien (EB140159-M, EB150098-M, Urk. 5/2, Urk. 5/4) - belegt (Urk. 2/5). War der Gesuchsgegner beim Erhalt des Einspracheentscheids vom 11. September 2014 der Meinung, die vorangehende Stufe sei noch nicht durchgeführt resp. er sei trotz anderslautender Erwägung im Entscheid über deren Ergebnis nicht informiert worden, hätte er dies nach Treu und Glauben den zuständigen Behörden anzeigen müssen. Wird ein solches Verhalten gemäss zitierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei ungerechtfertigten Mahnungen von Steuerforderungen erwartet, muss dies auch für (vermeintlich) fehlerhafte Verfügungen im Rahmen eines mehrstufigen Verwaltungsverfahrens gelten. Der Gesuchsgegner hat nun weder die Behörden informiert noch sich gegen den abschlägigen Einspracheentscheid vom 11. September 2014 zur Wehr gesetzt. Erst im Rechtsöffnungsverfahren moniert er, er müsse zum dritten Mal einwenden, dass er den Einspracheentscheid vom 21. November 2012 nicht erhalten habe

(Prot. VI S. 3). Da nunmehr feststeht, dass dem Gesuchsgegner der Einspracheentscheid der Arbeitslosenversicherung vom 11. September 2014 (spätestens) am 7. Mai 2015 zugestellt worden war (Urk. 2/5), kann sich der Gesuchsgegner im Einklang mit der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erst im Rechtsöffnungsverfahren darauf berufen, den vorgängigen Entscheid - den Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 - nicht erhalten zu haben. Sein Zuwarten verdient keinen Rechtsschutz. Vielmehr ist von der formrichtigen Eröffnung des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 auszugehen, weshalb ein rechtsgültiger Rechtsöffnungstitel für die betriebene Forderung vorliegt.

e)aa) Dem Einwand des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin habe die Abweisung der Rechtsöffnung in den vorangehenden Verfahren jeweils akzeptiert und könne sie nicht wieder "aus der Versenkung hervorholen" (Urk. 21 S. 1) ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der Rechtsöffnung um eine rein betriebsrechtliche Streitigkeit handelt. Sie entfaltet - anders als das angeführte Scheidungsverfahren (Urk. 21 S. 1) - lediglich Wirkung auf die hängige Betreuung. Eine gestützt auf einen neuen Zahlungsbefehl eingeleitete Betreuung derselben Forderung ist demzufolge eine andere Streitsache und muss aufgrund der Behauptungen und eingereichten Urkunden in dieser neuen Betreuung beurteilt werden.

bb) Ferner ist der Auffassung des Gesuchsgegners nicht zu folgen, die Gesuchstellerin sei nicht zur Hauptverhandlung vor Vorinstanz erschienen und damit mit neuen "Tatsachen" ausgeschlossen (Urk. 21 S. 1). Dies würde auf im Beschwerdeverfahren neu erhobene Behauptungen zutreffen. Vorliegend steht jedoch die Vollstreckbarkeit des Rechtsöffnungstitels und damit die Frage seiner rechtsgültigen Eröffnung resp. Zustellung zur Debatte, welche der Richter von Amtes wegen zu prüfen hat. Dabei hat die erkennende Kammer einzig den Sachverhalt zugrunde gelegt, welcher sich aus den Akten der Vorinstanz erschliesst.

cc) Auch die Rüge, wonach dem Gesuchsgegner hinsichtlich der Rückfordervorgang der Rechtsweg versperrt worden sei (Urk. 21 S. 1), ist nicht stichhaltig. Wie vorstehend ausgeführt, wäre es seine Sache gewesen, die Gesuchstellerin nach Erhalt des Einspracheentscheids vom 11. September 2014 auf den

Mangel der - vermeintlich - fehlenden Zustellung des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 hinzuweisen. Aus der behaupteten fehlenden Zustellung lässt sich somit nichts zugunsten seines Rechtsstandpunkts ableiten.

f) Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet. Sie ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Das Verfahren erweist sich sodann als spruchreif, weshalb in der Sache neu zu entscheiden ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

5.a) Die gesetzlichen Voraussetzungen an den definitiven Rechtsöffnungstitel sind vorliegend erfüllt (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Der Gesuchsgegner erhob jedoch die Einrede der Verjährung (Urk. 4 S. 2, Urk. 5/5).

b) Bei der betriebenen Forderung handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Rückerstattung von zu viel ausbezahlten Arbeitslosentaggeldern gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG. Er wurde mit Einspracheentscheid vom 21. November 2012 rechtskräftig festgesetzt. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners wird vorliegend somit nicht die Rückforderung an sich, sondern deren Vollstreckung geltend gemacht. Folglich sind nicht die Verwirkungsfristen gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG (resp. Ziff. A12 bis A15 des Kreisschreibens über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso vom April 2008, Urk. 5/5, Urk. 21 S. 2 f.) anwendbar (vgl. ATSG-Kommentar, a.a.O., N 12 zu Art. 25 ATSG), sondern die fünfjährige Vollstreckungsfrist ab Rechtskraft des Rückforderungsentscheids, mithin des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 (vgl. BGer 8C_152/2013 vom 28. Oktober 2013, E. 2.3., E. 3.1.). Die Vollstreckung der vorliegenden Rückerstattungsforderung ist somit nicht verwirkt.

c)aa) Der Gesuchstellerin ist demzufolge gestützt auf den gültigen Rechtsöffnungstitel in der Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2015) definitive Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 11'789.05.

bb) Nach der Praxis des Obergerichts ist demgegenüber für die Betreuungskosten keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108/2009 Nr. 2). Diese Rechtsprechung stützt sich auf Art. 68 Abs. 2 SchKG, wonach die Betreuungskosten von den Zah-

lungen des Schuldners vorab zu erheben sind, soweit dieser die Kosten tragen muss (BSK SchKG I-Emmel, N 16-18 zu Art. 68 SchKG). Zu den Betreuungskosten zählt auch die Spruchgebühr des Rechtsöffnungsverfahrens. Folglich ist das Rechtsöffnungsbegehren im Umfang der geltend gemachten Betreuungskosten und der Spruchgebühr der Vorinstanz abzuweisen.

6. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt Fr. 11'789.05. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.–, die erstinstanzliche Entscheidgebühr wiederum auf Fr. 320.– festzusetzen (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog). Beide Gebühren sind ausgangsgemäss dem nahezu vollständig unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren keine zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Gesuchstellerin mangels Antrags (Urk. 11 S. 2) bzw. Begründung (Urk. 1, Prot. VI S. 3 ff., Urk. 11).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. Dezember 2015 aufgehoben.
2. Der Gesuchstellerin wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2015) definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 11'789.05. Im Mehrumfang wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 320.– und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung. Der Gesuchsgegner

wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– zu ersetzen.

5. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage einer Kopie von Urk. 17 und der Doppel von Urk. 21, Urk. 22 und Urk. 23/1-4, an die Vorinstanz sowie im Dispositiv an das Betreibungsamt Dietikon (Betreibung Nr. ...), 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. 11'789.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. März 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
se