

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT210097-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 28. Januar 2022

in Sachen

A._____ Bank AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 19. Mai 2021 (EB200025-D)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 3. Februar 2020 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz das folgende Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die deutsche Grundschuldbestellungsurkunde des Notars C._____, D._____, [Stadt in Deutschland], ausgefertigt am 21. November 1994 über DM 270'000.00 zuzüglich Zins zu 16% seit dem 21. November 1994 mit Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der Schweiz vorfrageweise für vollstreckbar zu erklären.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf - Nord in der Höhe von CHF 189'119.23 zuzüglich Zins von 4.12% seit 24. November 2018 auf CHF 103.654.48 und Zahlungsbefehlskosten von CHF 203.30 zu beseitigen und der Gesuchstellerin definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Eventualiter: Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf - Nord in der Höhe von CHF 189'119.23 zuzüglich Zins von 4.12% seit 24. November 2018 auf CHF 103.654.48 und Zahlungsbefehlskosten von CHF 203.30 zu beseitigen und der Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu lasten des Gesuchsgegners."

Nach Durchführung des Verfahrens wies die Vorinstanz mit Urteil vom 19. Mai 2021 das Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf - Nord (Zahlungsbefehl vom 13. Januar 2020) ab (Urk. 43 S. 26).

2. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) am 17. Juni 2021 Beschwerde und stellte folgende Rechtsbegehren (Urk. 42 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 19. Mai 2021 vollumfänglich aufzuheben und das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin gutzuheissen.
2. Eventualiter sei das Rechtsöffnungsbegehren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Gesuchsgegners und Beschwerdegegners."

Der Kostenvorschuss gemäss Verfügung vom 21. Juni 2021 ging fristgerecht ein (Urk. 47, 51). Mit weiterer Verfügung vom 6. Juli 2021 wurde das Gesuch des Gesuchsgegners und Beschwerdegegners (fortan Gesuchsgegner) um Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung abgewiesen (Urk. 48, 52). Die Beschwerdeantwort datiert vom 12. August 2021 und wurde mit Verfügung vom 17. August 2021 der Gesuchstellerin zugestellt (Urk. 54, 58). Am 14. September 2021 machte diese von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 59) und am 21. September 2021 liess sich auch der Gesuchsgegner noch einmal vernehmen (Urk. 61), was der Gesuchstellerin am 27. September 2021 zur Kenntnis gebracht wurde (Prot. II S. 8). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, d.h. argumentativ auf die Begründung des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. worin ein Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO liegt (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was in der Beschwerde oder in der Beschwerdeantwort, für welche die formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde sinngemäss ebenfalls gelten (vgl. BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.Hinw. [betr. Berufungsantwort]), nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdever-

fahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41).

2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Diese Einschränkung gilt indessen nicht für Vorbringen, zu welchen erst der angefochtene Entscheid selber Anlass gibt (BGE 139 III 466, E. 3.4.).

3. Die Gesuchstellerin verlangte Rechtsöffnung gestützt auf eine beglaubigte Ausfertigung einer deutschen notariellen Urkunde mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung über DM 270'000.– zuzüglich Zins zu 16 %, die nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO/DE) einen Vollstreckungstitel darstellt. Die fragliche Urkunde wurde am 21. November 1994 durch den Notar C. _____ in D. _____ ausgefertigt. Die Vorinstanz hat wiedergegeben, weshalb für die im Jahr 1994 errichtete Urkunde nicht das Lugano Übereinkommen vom 16. September 1988 (aLugÜ), sondern das IPRG zur Anwendung gelangt. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 43 S. 12). Ebenso zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass es sich bei der Grundschuldbestellung um eine Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 31 IPRG handelt, weshalb Art. 27-29 IPRG sinngemäss anzuwenden seien (Urk. 43 S. 14). Die Vorinstanz prüfte die vorfrageweise Anerkennung und schloss, die beglaubigte Ausfertigung der deutschen Grundschuldbestellung Urkundenrolle Nr. 2/1994 vom 21. November 1994 des deutschen Notars C. _____ in D. _____ sei im Sinne von Art. 25 lit. a-c i.V.m. Art. 31 IPRG in der Schweiz vollstreckbar (Urk. 43 S. 16).

4.1 Die vorgelegte Grundschuldbestellung lautet nicht auf die Gesuchstellerin. Sie wurde am 21. November 1994 auf die E. _____-bank Aktiengesellschaft in F. _____ [Stadt in Deutschland] ausgestellt und am 5. Januar 1999 wurde die Vollstreckungsklausel auf die E'. _____-bank Aktiengesellschaft mit Sitz in F. _____ umgeschrieben (Urk. 4/3 Blatt 6). Heute firmiert die in der Vollstreckungsklausel genannte Gläubigerin unter dem Namen der Gesuchstellerin. Die

Vorinstanz erwog dazu, dass der deutsche Bundesgerichtshof in den Beschlüssen vom 21.07.2011, Az.: I ZB 93/10 und I ZB 94/10 ausgeführt habe, dass die bloße Umfirmierung einer Partei der Vollstreckung eines Titels dann nicht entgegenstehe, wenn der Gläubiger dem zuständigen Vollstreckungsorgan die Personenidentität durch entsprechende Urkunden zweifelsfrei nachweise. Es sei in einem solchen Fall auch nicht erforderlich, dass die Umfirmierung in der Vollstreckungsklausel vermerkt („beigeschrieben“) werde. Vorliegend habe die Gesuchstellerin dem Gericht einen Auszug aus dem Handelsregister eingereicht, aus dem hervorgehe, dass die Gesuchstellerin früher als die in der Umschreibung der Vollstreckungsklausel angegebene E'._____ -bank Aktiengesellschaft firmiert habe und die Umfirmierung in die A._____ Bank AG per tt. mm. 1998 in das Handelsregister eingetragen worden sei. Damit sei die Personenidentität nachgewiesen, weshalb eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel in die Gesuchstellerin nicht notwendig sei (Urk. 43 S. 15).

4.2 Der Gesuchsgegner macht im Rahmen der Beschwerdeantwort geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz genüge der Nachweis der Rechtsnachfolge nicht, die Vollstreckungsklausel müsse zwingend auf die neue Gläubigerin umgeschrieben werden. Genau gleich wie beim ersten Wechsel am 5. Januar 1999 hätte der Notar auch beim darauffolgenden Wechsel eine neue Ausfertigung der Urkunde zu Gunsten der A._____ Bank AG mit Sitz in F._____ erstellen bzw. die vollstreckbare Grundschuldbestellungsurkunde einziehen und auf dieser die Titelumanschreibung anbringen müssen (Urk. 54 S. 25 ff.). Der Gesuchsgegner setzt sich indessen nicht rechtsgenügend mit der entscheiderelevanten Erwägung auseinander, wonach die Rechtsprechung gerade nicht verlange, dass die Umfirmierung in der Vollstreckungsklausel vermerkt sei, wenn sich die Nachfolge zweifelsfrei feststellen lasse (Urk. 43 S. 15; Hervorhebung durch das Gericht). Aus der eingereichten "Bescheinigung aus dem Handelsregister" geht zweifelsfrei hervor, dass die in der Umschreibung der Vollstreckungsklausel genannte "E'._____ -bank Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____ " (Urk. 4/3 Blatt 6) am tt. mm. 2009 mit der geänderten Firma A._____ Bank AG ins Handelsregister eingetragen wurde (Urk. 4/4). Entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners handelt es sich bei der Gläubigerin also nicht um die Rechtsnachfolgerin, sondern um dieselbe juristische

Person, die ihren Namen geändert bzw. umfirmiert hat (vgl. auch die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung BGH I ZB 93/10; BGH I ZB 94/10). Daher zielen die Vorbringen des Gesuchsgegners, welcher die am tt. mm. 2009 in das Handelsregister eingetragene Umfirmierung der Gläubigerin als Rechtsnachfolge bewertet, ins Leere, und es ist nicht weiter darauf einzugehen.

4.3 Der Gesuchsgegner wendet sodann ein, die erfolgten Änderungen im Handelsregister müssten mit einem offiziellen Schreiben des Handelsregisteramtes ausgewiesen sein. Die bloße Bestätigung eines Notars, dessen Bestätigung nochmals von einem anderen Notar beglaubigt werde, genüge dafür nicht (Urk. 54 S. 26 f.). Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, wo im vorinstanzlichen Verfahren er diese Behauptung aufgestellt hat. Entsprechend hat diese als unzulässiges und unbeachtliches Novum unberücksichtigt zu bleiben (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

5.1 Der Gesuchsgegner wandte vor Vorinstanz ein, die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Forderung sei inzwischen verwirkt. Die Vorinstanz bejahte eine Verwirkung und wies das Rechtsöffnungsgesuch ab. Sie erwog zusammengefasst, der Verwirkungstatbestand des deutschen Rechts fusse auf dem Grundsatz von Treu und Glauben bzw. dem Verbot der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Im Gegensatz zur Verjährung, auf die sich der Schuldner ausdrücklich berufen müsse, sei die Verwirkung als Einwendung durch das Gericht von Amtes wegen zu berücksichtigen und führe dazu, dass der Zahlungsanspruch erlöschen würde. Ein Recht sei verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten dürfe und eingerichtet habe, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstosse. Zu dem Zeitablauf müssten besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigten, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (Urk. 43 S. 22 f. m.w.H.). Die Vorinstanz schloss, der Gesuchsgegner habe während 18 Jahren nichts von der Gesuchstellerin gehört. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass sich die Dauer des Zuwartens aufgrund der Ratenzahlungen des Gesuchsgegners um zwei Jahre verkürzt hätte, so sei das Zu-

warten der Gesuchstellerin von 16 Jahren als ungewöhnlich lange zu qualifizieren. Besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände, könnten vorliegend mehrfach erblickt werden. Aufgrund der unter dem Begriff "Schrottimobilien" bekannt gewordenen Rechtsprechung schein es zumindest nicht abwegig, wenn der Gesuchsgegner vorbringen lasse, dass er davon ausgegangen sei, dass die finanzierende Bank auch in seinem Fall auf die Rückzahlung der Darlehen verzichten werde. Hinzu komme, dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner mit Email vom 5. Juni 2020 mitgeteilt habe, dass das Darlehen geschlossen sei. Selbst wenn sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt stelle, dass aus ihrer Aussage, das Darlehen sei "geschlossen worden", nicht abgeleitet werden könne, dass sie die Forderung nicht mehr geltend machen wollen, sei doch klar, dass dies von einem Laien unter Umständen genau dahingehend habe verstanden werden können. Insgesamt erscheine die Geltendmachung der Forderung nach 18 bzw. 16 Jahren aufgrund der Gesamtumstände als treuwidrig.

5.2 Die Gesuchstellerin macht in der Beschwerde geltend, die Darstellung der Vorinstanz, dass der Gesuchsgegner nach Zustellung der Abrechnung im Jahre 2002 erst am 5. Juni 2020 etwas von der Gesuchstellerin gehört habe, sei nachweislich falsch. Der Gesuchsgegner habe vom 12. Dezember 2002 bis 15. Juli 2004 Ratenzahlungen geleistet, weshalb eine Kontaktaufnahme nicht notwendig gewesen sei. Ausserdem gehe aus dem Rechtsöffnungsbegehren vom 3. Februar 2020 ausdrücklich hervor, dass am 10. Januar 2020 die Betreuung gegen den Gesuchsgegner eingeleitet und der Zahlungsbefehl am 20. Januar 2020 zugestellt worden sei. Auch habe die Gesuchstellerin nachgewiesen, dass bereits am 28. November 2018 ein Betreibungsverfahren gegen den Gesuchsgegner eingeleitet worden sei und der seinerzeitige Zahlungsbefehl vom 29. November 2018 datiert habe. Auch mit Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens im Februar 2020 habe die Gesuchstellerin erneut eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie an der Forderung festhalte. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssten zum reinen Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten (sog. Umstandsmomente), die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigten, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen. Nach der Rechtsprechung verwirke der Gläubiger einen

rechtskräftig ausgeurteilten Zahlungsanspruch auch nicht allein dadurch, dass er über einen Zeitraum von 13 Jahren keinen Vollstreckungsversuch unternommen habe. Hinzu komme, dass es sich vorliegend um einen titulierten Anspruch handle. Bei dieser Ausgangslage liege die Annahme, ein anschliessendes Ruhen der Angelegenheit könne bedeuten, der Gläubiger wolle den Anspruch endgültig nicht mehr durchsetzen, umso ferner (Urk. 42 S. 5 f.). Beim "Umstandsmoment" spiele die Frage, ob der Verpflichtete im Hinblick auf die Nichtgeltendmachung des Rechts Vermögensdispositionen getroffen habe, eine massgebliche Rolle. So z.B. dadurch, dass er bei rechtzeitiger Kenntnis der Nachforderung seine Lebensführung entsprechend angepasst hätte, nun aber in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerate. Fehle das Umstandsmoment, trete eine Verwirkung auch bei sehr langer Dauer der Nichtgeltendmachung eines Rechts nicht ein (Urk. 42 S. 7).

5.3 Die Verwirkung stellt eine rechtsvernichtende Einwendung dar und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Ob sie vorliegt, bestimmt sich nach dem auf die Forderung anwendbaren Recht (siehe Art. 148 Abs. 1 IPRG). Die Vorinstanz hat die Frage der Verwirkung der in Betreuung gesetzten Forderung nach deutschem Recht beurteilt, was von den Parteien nicht in Frage gestellt wird. Sie hat die massgebliche Rechtsprechung zutreffend wiedergegeben; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 43 S. 22 f.). Wie dargelegt, setzt die Verwirkung ein Zeit- und ein Umstandsmoment voraus. Der Vertrauenstatbestand kann nicht durch blossen Zeitablauf geschaffen werden. Daher kann offen bleiben, ob die Gesuchstellerin 18 oder 16 Jahre untätig geblieben ist.

5.4 Die Vorinstanz sah in der Behauptung des Gesuchsgegners, dass er davon ausgegangen sei, dass die finanzierende Bank auch in seinem Fall auf die Rückzahlung der Darlehen verzichten werde, einen vertrauensbegründenden Tatbestand. Die alleinige (vom Gesuchsgegner behauptete) Kenntnis eines offenbar gleichgelagerten Falles betreffend die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes im Zusammenhang mit sog. "Schrottimmobilien" (Fall von G._____) vermag keinen vertrauensbildenden Tatbestand zu begründen. Der Gesuchsgegner behauptet nicht, dass es sich im Fall von G._____, beim Bankinstitut um die

Gesuchstellerin gehandelt hat, weshalb seine Vertrauensposition nicht auf Umständen aus der Sphäre der Gesuchstellerin beruht.

Was die Email vom Juni 2020 mit der Angabe, "das Darlehen sei geschlossen" und die Aufbewahrungsfrist für die zugehörigen Unterlagen sei abgeschlossen, betrifft (Urk. 14/6), wendet die Gesuchstellerin zu Recht ein, dass der Zahlungsbefehl am 20. Januar 2020 zugestellt worden war. Im Zahlungsbefehl war wie erwähnt die Grundsuldverpflichtung aufgeführt und nicht der Darlehensvertrag (Urk. 3). Entsprechend durfte der Gesuchsgegner - nach objektiven Gesichtspunkten - aus der später zugegangenen Email im Juni 2020 mit dem Vermerk "das Darlehen sei geschlossen" nicht darauf schliessen, dass die Gläubigerin den titulierten Anspruch nicht mehr durchsetzen würde. Sodann stand der Gesuchsgegner bei Erhalt dieser Email bereits im Rechtsöffnungsverfahren und war anwaltlich vertreten. Folglich konnte er nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die Gesuchstellerin auf die Durchsetzung des titulierten Anspruchs verzichten werde. Der Gesuchsgegner behauptet denn auch nicht, bei Erlangen der Kenntnis, dass das Dossier bereits im Jahr 2002 geschlossen worden sei, eine Vertrauensdisposition getroffen zu haben.

Unbehelflich ist das Argument des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin habe keinen Grund nennen können, weshalb sie derart lange untätig gewesen sei. Allein das lange Zuwarten eines Bankinstituts mit längst verjährter Kreditforderung müsse dazu führen, dass die Verwirkung der Forderung eintrete (Urk. 54 S. 9). Diese Auffassung widerspricht der dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach kumulativ das Zeit- und das Umstandsmoment verlangt werden.

5.5 Nicht zu hören sind die Vorbringen, wonach die Gesuchstellerin das Kunden- und Kreditdossier vernichtet habe und sie so dem Gesuchsgegner die Möglichkeit nehme, die massgeblichen Elemente des Kredits und der Kreditvergabe zu überprüfen. Hätte die Gesuchstellerin die Forderung im Jahr 2002 oder 2004 zu vollstrecken versucht, wäre es für ihn viel einfacher gewesen, sich dagegen zur Wehr zu setzen (Urk. 54 S. 10 f.). Der Gesuchsgegner legt nicht substantiiert

dar, wo im vorinstanzlichen Verfahren er dieses Vorbringen bereits eingebracht hat, und genügt damit der Rügepflicht nicht.

5.6 Zusammengefasst kann nicht gesagt werden, dass sämtliche Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verwirkungstatbestandes erfüllt sind. Folglich ist die Verwirkung der Sicherungsgrundschuld zu verneinen.

6. Der Gesuchsgegner trägt vor, der damalige Verkäufer der Wohnung sei zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt worden. Da das Hauptgeschäft - der Kaufvertrag - eine strafbare Handlung darstelle, müsse das Kreditgeschäft als Rechtsfolge die Nichtigkeit nach sich ziehen (Urk. 54 S. 5, S. 14 f.). Das Rechtsöffnungsgericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob ein allfälliger Nichtigkeitsgrund gegeben ist. Ein solcher kann beispielsweise in der fehlenden gesetzlichen Grundlage für den Erlass des Entscheides liegen, der als Rechtsöffnungstitel in Frage steht. Andererseits kann im Rechtsöffnungsverfahren Nichtigkeit nur in extremen Fällen berücksichtigt werden (BGer 5A_950/2014 vom 16. April 2015, E. 3.7.4). Wie erwähnt, stützt die Gesuchstellerin ihr Rechtsöffnungsbegehren auf die Haftungszusage des Gesuchsgegners in der Grundschuldbestellungsurkunde vom 21. November 1994 bzw. auf das abstrakte Schuldversprechen gemäss § 780 BGB. Das abstrakte Schuldversprechen ist vom Schicksal des Grundgeschäfts grundsätzlich unabhängig. Die deutsche Sicherungsgrundschuld wird zur Besicherung einer kausalen Forderung bestellt, ist zu dieser aber grundsätzlich nicht akzessorisch (ZR 114 [2015] Nr. 12 E. 3b) m.w.H.). Die Einwendungen beziehen sich auf das der gesicherten Forderung zugrunde liegende Rechtsgeschäft, den Kaufvertrag, und nicht auf das abstrakte Schuldversprechen.

7. Der Gesuchsgegner behauptet sodann eine eklatante Verletzung der Kreditvergabevorschriften, was den Untergang der Kreditforderung zur Folge habe. Die Gesuchstellerin (bzw. deren Rechtsvorgängerin) habe bei der Kreditvergabe nichts unternommen, um den Wert der Wohnung abzuklären. Auch habe keine Überprüfung der Kreditfähigkeit des Gesuchsgegners stattgefunden. Allein die Tatsache, dass der gewährte Kredit mehr als dreimal so hoch gewesen sei wie der Wert der Wohnung, belege in eindrücklicher Weise die Pflichtwidrigkeit des

Kreditinstituts (Urk. 54 S. 18 ff., S. 23). Wiederum bezieht sich der Gesuchsgegner nicht substantiiert auf seine Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren und genügt der Rügepflicht nicht. Er macht in diesem Zusammenhang geltend, es wäre an der Gesuchstellerin gelegen, nachzuweisen, dass sie diese Pflichten erfüllt habe (Urk. 54 S. 18). Im Rechtsöffnungsverfahren obliegt es grundsätzlich dem Schuldner, Vollstreckungshindernisse sowie auch Einwendungen gegen die Leistungspflicht zu behaupten und nachzuweisen. Die Entkräftung des definitiven Rechtsöffnungstitels kann mithin nur durch den strikten Gegenbeweis mit völlig eindeutigen Urkunden erfolgen; es ist nicht Sache des Rechtsöffnungsgerichts, über heikle materiellrechtliche Fragen oder Ermessensfragen zu befinden (BGer 5D_211/2018 vom 24. Mai 2019, E. 3.1; BGE 136 III 624 E. 4.2.3 S. 626).

8. Als unzulässiges Novum sind die Ausführungen zum Verbraucherkreditgesetz und der geltend gemachten engen Zusammenarbeit zwischen dem Verkäufer der Immobilie (bzw. der beauftragten Vermittlerfirma) und der seinerzeitigen Bank zu bezeichnen (Urk. 54 S. 15 f.). Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, wo er vor Vorinstanz entsprechende Behauptungen aufgestellt hat. Ohnehin beschlagen sie den Abschluss des Kaufvertrags.

9. Der Gesuchsgegner erwähnt ferner unter dem Titel "Bankfinanzierung von Schrottimmobilien", dass im Zeitpunkt, als der vorliegend strittige Kreditvertrag abgeschlossen worden sei, es in Deutschland einige andere Fälle gegeben habe, bei denen Banken an Private Kredite gewährt hätten, bei denen dem Kaufpreis kein hinreichender Wert der Immobilie gegenübergestanden sei. Diese Fälle seien in die Rechtsprechung unter dem Thema Finanzierung von "Schrottimmobilien" eingegangen. Die grundsätzliche Rechtslage sei klar und bestehe darin, dass ein Kreditinstitut, welches beim Abschluss des Kreditvertrages seine (vorvertraglichen) Aufklärungspflichten verletzt habe, dem Kunden gegenüber schadenersatzpflichtig werde. Der Kunde, der eine minderwertige Immobilie erwerbe, erleide einen Schaden und vorliegend sei der Schaden ausgewiesen. Er, der Gesuchsgegner, müsste so gestellt sein, als hätte er den Kreditvertrag nie abgeschlossen. Soweit noch eine Darlehensforderung der Gesuchstellerin bestehe, stelle diese einen Schaden des Gesuchsgegners dar, welcher den Schadenersatzanspruch

zur Verrechnung gegen die Kreditforderung stelle (Urk. 54 S. 21). Auch bei diesem Vorbringen zeigt der Gesuchsgegner nicht auf, wo er die betreffenden Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren aufgestellt hat, und kommt seiner Rückpflicht nicht nach. Zudem genügen reine Parteibehauptungen zur Glaubhaftmachung der Verrechnungsforderung nicht (BGer 5A_139/2018 vom 25. Juni 2019, E. 2.6.2 mit Hinweisen).

10. Prozessual neu und deshalb unbeachtlich ist auch der Einwand, im Kreditvertrag sei nicht auf das Widerrufsrecht hingewiesen worden (Urk. 54 S. 24).

11. Der Gesuchsgegner moniert, die Gesuchstellerin habe im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht, dass sie voraussetzungslos die Sicherheit beanspruchen könne und er die Rückforderung des zu viel bezahlten Betrages in einem Separat-Verfahren verlangen müsse. Eine solche Verfahrensaufteilung sei in der Schweiz nicht gegeben, insbesondere dann nicht, wenn die Urkunde lediglich als provisorischer Rechtsöffnungstitel qualifiziert werde (Urk. 54 S. 24). Es entspricht publizierter Rechtsprechung, dass die auf Geld lautende vollstreckbare öffentliche Urkunde in der Schweiz einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt (BGE 137 III 87 Erw. 3). Einen Verstoss gegen den schweizerischen *ordre public* ist nicht erkennbar. Zum einen stehen dem Gesuchsgegner je nach Beurteilung der Zuständigkeitsfragen entweder Rechtsbehelfe nach der deutschen ZPO (etwa die Vollstreckungsgegenklage gemäss § 676) oder die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG und ferner die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG offen (vgl. BGE 137 III 87 E. 3).

12. Schliesslich beruft sich der Gesuchsgegner auf die Verjährung. Die Forderungen aus dem Kreditverhältnis und auch die Zinsforderungen seien verjährt (Urk. 54 S. 27). Das deutsche Recht kennt keine Bestimmung wie Art. 807 ZGB, wonach Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist, keiner Verjährung unterliegen. Die regelmässige Verjährungsfrist 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 notariell-

len 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 (ZR 114 [2015] Nr. 12, E. 5. d) m.H.a BGH XI ZR 36/09 vom 17. November 2009, publiziert in: NJW 2010 S. 1144 ff.). Betreffend das Kapital der Grundschuld greift die Einrede der Verjährung nicht. Demgegenüber gilt gemäss § 197 Abs. 2 BGB, dass die regelmässige Verjährungsfrist von drei Jahren (§195 BGB) dann zur Anwendung gelangt, soweit Ansprüche nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 künftig fällig werdende regelmässig wiederkehrende Leistungen betreffen (vgl. Urk. 29/10). Dies ist bei Zinsen der Fall (vgl. Palandt/Herrler, § 1193 BGB N 4). Damit kommt in Bezug auf die Grundschuldzinsen die dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung (vgl. Erw. 16.5).

13. Zu ergänzen ist, dass durch eine Grundschuld ein Grundstück in der Weise belastet werden kann, dass - wie vorliegend - Zinsen von der Grundschuldsumme zu entrichten sind (§ 1191 Abs. 2 BGB). Die Grundschuldzinsen sind ebenso abstrakt wie die Grundschuld als solche, und dienen nicht nur der Sicherung der Zinsforderungen, sondern erhöhen den Betrag der Sicherung. Die Grundschuldzinsen sind Inhalt des dinglichen Rechts. Sie sind ebenso wenig akzessorisch wie der Grundschuld-Kapitalbetrag. Wie die Grundschuldsumme verleihen sie dem Gläubiger das von einer Forderung unabhängige Recht auf Zahlung aus dem Grundstück (Erman/Wenzel, BGB, 15. Aufl., § 1191 Rn 118 m.w.H.).

14. Nach dem Gesagten sprechen die Einwände des Gesuchsgegners nicht gegen die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Die Beschwerde ist insoweit begründet und die Beschwerdeinstanz hat neu zu entscheiden, falls die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

15. Gemäss vorinstanzlichem Entscheid verlangte die Gesuchstellerin, es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf - Nord in der Höhe von Fr. 189'119.23 zuzüglich Zins von 4.12% seit 24. November 2018 auf Fr. 103'654.48 und Zahlungsbefehlskosten von Fr. 203.30 zu beseitigen und der Gesuchstellerin definitive Rechtsöffnung zu erteilen (Urk. 43 S. 2). In der Be-

schwerde stellte sie lediglich den Antrag, das Rechtsöffnungsbegehren sei gutzuheissen. In der Begründung äusserte sie sich nicht zum Quantitativen, sie unterliess auch jeden Hinweis auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz. Damit genügt sie der Begründungspflicht nicht (oben Erw. II.1). Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz in ihren Erwägungen auf die von den Parteien geschlossene Sicherungsvereinbarung vom 11./19. August 1994 (Urk. 14/7) verwies. Sie schloss, dass sich der Gesuchsgegner infolge dieser Sicherungsvereinbarung und insbesondere deren Ziffer 4.5 habe darauf verlassen dürfen, dass die Gesuchstellerin die Grundschuldbestellung nur in dem Umfang der offen gebliebenen Kreditforderungen vollstrecken lassen könne. Da der Gesuchsgegner seinen Einwand zudem mit Einreichen der Sicherungsvereinbarung sofort durch eine Urkunde habe belegen können, wäre die Rechtsöffnung höchstens in dem Umfang der tatsächlichen Ausstände aus den Darlehensverträgen zu gewähren (Urk. 43 S. 20 f., wobei sie die tatsächlichen Ausstände nicht ermitteln musste, da sie Verwirkung annahm). Dem hat die Gesuchstellerin einzig entgegengehalten, es verbleibe über den eindeutigen Wortlaut der Sicherungsvereinbarung hinaus kein Raum für eine darüberhinausgehende Auslegung (Urk. 42 S. 5), was keine hinreichende Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 43 S. 20 f. E. 1.4 und 1.5) darstellt.

16.1 Wie zu zeigen ist, macht die Gesuchstellerin im Ergebnis jedoch nicht mehr geltend, als offene Ausstände vorliegen. In der Gesuchsantwort erhob der Gesuchsgegner den Einwand, der Verwertungserlös von DM 80'000.– sei auf die Hauptforderung, welche im Zeitpunkt des Kündigungsschreibens DM 189'025.51 und DM 63'751.83 (= DM 252'777.34) betragen habe, anzurechnen. "Der Gesuchsgegner erklärt deshalb, dass die 80.000,00 DM auf die Hauptforderung angerechnet werden". Die übrigen im Kündigungsschreiben aufgeführten Kosten wie Vorfälligkeitsentschädigung, angefallene Kosten, rückständige Raten etc. würden bestritten (Urk. 12 S. 17). DM 172'777.34 entsprächen EUR 88'339.65 bzw. im Zeitpunkt der Betreuung Fr. 95'383.50. Für darüberhinausgehende Forderungen sei in jedem Fall die Verjährung eingetreten (Urk. 12 S. 19).

16.2 Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners steht ihm als Schuldner im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren kein Wahlrecht hinsichtlich der Anrechnung

nicht vollumfänglich erbrachter Leistungen zu. Erstens erfolgte die Anrechnung bereits im Jahr 2000 (Urk. 4/6) und der Gesuchsgegner remonstrierte nicht, sondern leistete in den folgenden Jahren weiterhin Abzahlungen (vgl. Urk. 29/9). Zweitens und entscheidend bestimmt sich die Verrechnungsreihenfolge nach § 367 BGB, welcher die Anrechnung auf Zinsen und Kosten regelt. Die Bestimmung lautet: (1) "Hat der Schuldner ausser der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet." (2) "Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen." Das Vorgehen im Kündigungsschreiben der E'._____bank vom 12. Januar 2000 (Urk. 4/6) steht somit in Einklang mit dem Gesetz. Dass die Parteien eine abweichende Parteivereinbarung getroffen hätten, behauptet der Gesuchsgegner nicht.

16.3 Gemäss publizierter Rechtsprechung ist es Sache des betriebenen Schuldners, (substantiiert) einzuwenden, dass die kausale Forderung auf einen tieferen Betrag als die in Betreuung gesetzte abstrakte Forderung lautet (vgl. ZR 114 [2015] Nr. 12 E. 4). Die Angabe des Gesuchsgegners, dass die übrigen im Kündigungsschreiben aufgeführten Kosten wie Vorfälligkeitsentschädigung, angefallene Kosten, rückständige Raten etc. bestritten würden und nicht ausgewiesen seien (Urk 12 S. 17), genügt dazu nicht. Der Gesuchsgegner hätte sich substantiiert mit den einzelnen Positionen auseinandersetzen und darlegen müssen, aus welchen Gründen diese nicht geschuldet sein sollen.

16.4 Was die angerufene Verjährung angeht (Urk. 12 S. 19), ist auf die in Erw. 12 angeführte Rechtsprechung des BGH hinzuweisen, wonach im vorliegenden Fall die Einrede der Verjährung in Bezug auf das Grundschuldkapital und für Grundschuldzinsen in der Höhe von drei Jahren nicht greift. Die Gesuchstellerin vermag mit den eingereichten Unterlagen (Urk. 4/6, 29/9 und 29/12) glaubhaft zu machen, dass die ausstehende Forderung per 26. März 2018 EUR 172'402.– betragen hat.

16.5 Die in der vorgelegten notariellen Urkunde übernommene persönliche Haftung bezog sich auf den Grundschuldbetrag von DM 270'000.– zuzüglich Zins zu 16 % seit dem 21. November 1994. Die Zinsforderung für drei Jahre belief sich

auf DM 129'600.–, was zu einer Gesamtforderung von DM 399'600.– bzw. EUR 204'312.23 führte (Urk. 1 S. 13; DM/EUR 1.95583; vgl. Art. 1 der Verordnung [EG] Nr. 2866/98 des Rates vom 31. Dezember 1998 über die Umrechnungskurse zwischen dem Euro und den Währungen der Mitgliedstaaten, die den Euro einführen; EuroVO III). EUR 204'312.23 entsprechen - bei einem Wechselkurs von EUR 1 = Fr. 1.081225 (Urk. 3) bei Einleitung der Betreuung - Fr. 220'907.50 (nicht Fr. 221'106.70; vgl. Urk. 1 S. 13). In Betreuung gesetzt wurden Fr. 189'119.23 (1.08 x EUR 174'912.–). Als Minus ist dieser Betrag vom Rechtsöffnungstitel gedeckt, was zur Gutheissung des Begehrens führt.

16.6 Zum Zinssatz und Zinsenlauf gemäss Zahlungsbefehl werden keine konkreten Einwände erhoben.

16.7 Die Gesuchstellerin ersucht überdies um Rechtsöffnung für die Betreuungskosten (Urk. 1 S. 2). Da diese von den Zahlungen des Schuldners vorab erhoben werden können, ist für sie praxisgemäss keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108 Nr. 2; BGE 144 III 360 E. 3.6.2). Zu den Betreuungskosten zählen auch die Spruchgebühr und die Parteientschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens (BSK SchKG I-Emmel, Art. 68 N 3).

17. Nach dem Gesagten ist das angefochtene Urteil aufzuheben und es ist der Gesuchstellerin definitive Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 189'119.23 zuzüglich Zins von 4.12 % seit 24. November 2018 auf Fr. 103'654.48. Im Mehrbetrag (Betreibungskosten) ist das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen.

III.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog). Die Höhe der Gerichtsgebühr blieb unangefochten (Urk. 43 S. 26 Dispositiv-Ziffer 2). Der Gesuchsgegner obsiegt nur geringfügig. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind daher vollumfänglich dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. Die Kosten werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss (Fr. 1'000.–; Urk. 6) bezogen. Der Gesuchsgegner hat der Ge-

suchstellerin den Vorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Weiter ist der Gesuchsgegner zur Leistung einer vollen Parteientschädigung an die Gesuchstellerin zu verpflichten. Gegen die Höhe wurden keine Einwände erhoben (Urk. 43

S. 26 Dispositiv-Ziffer 4). Für die im Ausland domizilierte Gesuchstellerin entfällt der Mehrwertsteuerzuschlag auf der Parteientschädigung (vgl. --+-- Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1).

2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 1'500.– festzulegen und ebenfalls vollumfänglich dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. Sie ist mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 1'500.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Sodann ist der Gesuchsgegner zur Leistung einer vollen Parteientschädigung zu verpflichten. Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag auf die Parteientschädigung entfällt (vgl. genanntes Kreisschreiben, Ziff. 2.1.1).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 19. Mai 2021 aufgehoben.
2. Der Gesuchstellerin wird in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf - Nord (Zahlungsbefehl vom 13. Januar 2020) definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 189'119.23 zuzüglich Zins von 4.12 % seit 24. November 2018 auf Fr. 103'654.48. Im Mehrbetrag wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.

4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'000.– zu ersetzen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.– zu bezahlen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
7. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'500.– zu ersetzen.
8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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. 189'119.23.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 28. Januar 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
Im