

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT210117-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie
Gerichtsschreiberin MLaw S. Meisel

Urteil vom 16. Dezember 2021

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 7. Mai 2021 (EB210122-M)**

Erwägungen:

I.

1. Dem vorliegenden Verfahren liegt ein Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hünfeld, Bundesrepublik Deutschland, vom 29. Mai 2020, Aktenzeichen ..., zugrunde. Gemäss diesem Bescheid wurde eine Forderung der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) gegenüber dem Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) in Höhe von EUR 10'734.92 zuzüglich 5% Zins über dem jeweils gültigen Basiszins ab dem 6. Mai 2020 (Zustellung des Mahnbescheids) sowie der Betrag von EUR 1'235.44 für Verfahrenskosten für vollstreckbar erklärt (Urk. 3/3). Mit Eingabe vom 19. März 2021 verlangte die Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Birmensdorf (Zahlungsbefehl vom 20. November 2020) gestützt auf vorgenannten Vollstreckungsbescheid Rechtsöffnung für Fr. 11'905.40 nebst Zins zu 5% seit 19. November 2020 (Urk. 1). Mit Urteil vom 7. Mai 2021 erteilte die Vorinstanz im beantragten Umfang die definitive Rechtsöffnung (Urk. 19 S. 9 = Urk. 23 S. 9).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 30. Juni 2020 (Poststempel 1. Juli 2021) rechtzeitig (Urk. 20/2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 22 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 07. Mai 2021, erhalten am 23. Juni 2021, sei aufzuheben und das Gesuch um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung abzuweisen.
2. Alles unter vollen Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuern, zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

3. Der mit Verfügung vom 5. Juli 2021 einverlangte Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (Urk. 28 und Urk. 29). Die Beschwerdeantwort, in welcher die Gesuchstellerin auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners schliesst, datiert vom 30. September 2021 (Urk. 32). Am 5. und 6. Oktober 2021 gingen unaufgeforderte Eingaben samt Beilagen der Gesuchstellerin, datierend vom 4. und 5. Oktober 2021, ein (Urk. 36 bis Urk. 41/4), welche dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 21. Oktober 2021 zu-

sammen mit der Beschwerdeantwort zur Kenntnis gebracht wurden (Urk. 42). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-21). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, was am angefochtenen Entscheid unrichtig sei, mithin an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

2.1. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Novenverbot, vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; BGE 137 III 470 E. 4.5.3).

2.2. Aufgrund des dargelegten Novenverbots können die von der Gesuchstellerin erstmals im Beschwerdeverfahren – und im Übrigen auch erst nach Ablauf der Frist zur Beantwortung der Beschwerde – eingereichten Unterlagen (Urk. 38/3 und Urk. 41/4) nicht berücksichtigt werden.

III.

1. Die Vorinstanz prüfte im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens vorfrageweise die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungsbescheids des Amtsgerichts Hünfeld vom 29. Mai 2020. Sie erwog zusammengefasst, die Gesuchstellerin habe das Original des Vollstreckungsbescheids, das entsprechende Vollstreckungsformular des Amtsgerichts Hünfeld i.S.v. Art. 54 LugÜ i.V.m. Anhang V LugÜ sowie beglaubigte Fotokopien der Zustellungsurkunden für den Mahn- und den Vollstreckungsbescheid eingereicht. Damit dürfe die Vollstreckbarkeit nur aus einem

der in Art. 34 oder Art. 35 LugÜ aufgeführten Gründe versagt oder aufgehoben werden (unter Verweis auf Art. 45 Abs. 1 LugÜ). Gehe es – wie vorliegend – um die vorfrageweise (inzidente) Überprüfung der Vollstreckbarkeit, richte sich das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren nach den Bestimmungen des SchKG (unter Verweis auf BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 68a). Es würden daher die für die Hauptfrage massgeblichen Verfahrensvorschriften gelten. Dennoch dürfe die vorfrageweise Vollstreckbarerklärung nicht zur Aushöhlung der materiellen Vorschriften des LugÜ führen. Insbesondere dürften keine Entscheide vorfrageweise für vollstreckbar erklärt werden, für welche die Voraussetzungen für eine Vollstreckbarerklärung nach dem Übereinkommen nicht gegeben seien. Die materiellen Voraussetzungen für eine Vollstreckbarerklärung sowie die Anerkennungshindernisse nach LugÜ seien daher bei der Vollstreckbarerklärung im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens zumindest auf Einrede hin uneingeschränkt zu beachten und zu prüfen (mit Verweis auf BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 38 N 302). Der Gesuchsgegner bringe vor, dass er seinen Wohnsitz seit 1966 in der Schweiz habe und er keine Kenntnis vom Verfahren in Deutschland gehabt habe. Damit wolle er wohl einen Verstoss gegen Art. 34 Ziff. 2 LugÜ geltend machen, welcher vorsehe, dass ein Entscheid nicht anerkenn- und vollstreckbar sei, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen habe, das verfahrensleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden sei, dass er sich habe verteidigen können. Dem Gesuchsgegner gelinge es jedoch nicht, zu belegen, dass er seinen Hauptwohnsitz während der Zustellung des Mahn- und Vollstreckungsbescheids in der Schweiz und nicht in Deutschland gehabt habe. Die eingereichte "Meldebestätigung für Nebenwohnsitz" der Gemeinde C._____ vom 6. Mai 2021 zeige zwar, dass er seit dem 17. Februar 2020 seinen Nebenwohnsitz im Seniorenzentrum "D._____" an der E._____-strasse ..., ... C._____, habe. Diese Urkunde belege jedoch nur den Nebenwohnsitz des Beschwerdeführers und nicht dessen Hauptwohnsitz. Auch die ins Recht gelegte Niederlassungsbewilligung C gebe keinen Aufschluss über dessen eigentlichen Hauptwohnsitz. Es sei daher davon auszugehen, dass er im Zeitpunkt der Zustellung des Mahn- und Vollstreckungsbescheids seinen Wohnsitz an der F._____-strasse ..., ... G._____, Deutschland, gehabt habe. Aus den

Zustellungsurkunden gehe sodann hervor, dass der als verfahrenseinleitendes Schriftstück i.S.v. Art. 34 Ziff. 2 LugÜ zu qualifizierende Mahnbescheid dem Gesuchsgegner am 6. Mai 2020 und der Vollstreckungsbescheid am 5. Juni 2020 in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten gelegt worden sei, da die persönliche Übergabe jeweils nicht möglich gewesen sei (unter Verweis auf Urk. 3/3). Da zudem eine Ersatzzustellung i.S.v. § 178 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO-D nicht ausführbar gewesen sei, sei eine Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten i.S.v. § 180 ZPO-D zulässig gewesen. Gemäss § 180 ZPO-D könne das Schriftstück in einen zu der Wohnung gehörenden Briefkasten eingelegt werden, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet habe und der in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet sei. Mit der Einlegung gelte das Schriftstück als zugestellt (unter Verweis auf § 180 ZPO-D). Folglich sei die Zustellung des Mahn- sowie des Vollstreckungsbescheids an den Gesuchsgegner in Deutschland rechts- und ordnungsgemäss erfolgt und eine Verletzung von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ zu verneinen (Urk. 23 E. 4).

2. Der Gesuchsgegner bringt im Wesentlichen vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gelangt, dass er den Beweis nicht erbracht habe, zum Zeitpunkt der Zustellung des Mahn- und Vollstreckungsbescheids seinen Wohnsitz in der Schweiz gehabt zu haben. In der Niederlassungsbewilligung sei durch das Migrationsamt des Kantons Zürich festgehalten, dass sich am 6. März 2018, und somit auch danach, der Wohnsitz des Gesuchsgegners an der H.____-strasse ... in I.____ befinde. In der Gemeinde I.____ habe er bis zum 16. Februar 2020 gelebt; heute weile er altersbedingt im Seniorenzentrum "D.____" an der E.____-strasse ..., ... C.____. In Deutschland habe er keinen Wohnsitz. An der F.____-strasse ..., ... G.____, wohne seine Schwester, die Gesuchstellerin. Lediglich der Briefkasten bei der Schwester sei auch mit dem Namen A.____ versehen. Er habe die Gerichtsakten nie erhalten und erst im Nachgang durch die Betreuung in der Schweiz von dem Urteil in Deutschland erfahren. Die Vorinstanz habe nicht genügend gewürdigt, dass ihm das rechtliche Gehör verweigert worden sei, was einer Anerkennung und Vollstreckung gestützt auf Art. 34 LugÜ entgegenstehe (Urk. 22 S. 3 f.).

3.1. Die vorstehend wiedergegebenen rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz wurden vom Gesuchsgegner nicht beanstandet und haben Bestand. Gemäss der Zustellbescheinigung nach Art. 54 i.V.m. Anhang V LugÜ wurde dem Gesuchsgegner das verfahrenseinleitende Schriftstück am 6. Mai 2020 zugestellt (Urk. 3/3 letzte Seite). Die Beweiskraft der Bescheinigung nach Art. 54 i.V.m. Anhang V LugÜ ergibt sich unmittelbar aus dem Übereinkommen und ist insofern eingeschränkt, als sie lediglich eine Vermutung für die Richtigkeit der beurkundeten Tatsachen aufstellt, welche bestritten bzw. widerlegt werden kann (Dasser/Oberhammer-Naegeli, Art. 54 LugÜ N 10 f.; BSK LugÜ-Gelzer, Art. 54 N 8a). Die Vorinstanz ging grundsätzlich zutreffend davon aus, dass die Beweislast für die Unrichtigkeit der Angaben in dieser Bescheinigung der Gesuchsgegner trägt (vgl. *OGer ZH RT160016 vom 14. Juli 2016, E. III.4.2. m.w.H.*). Einhergehend mit dem Gesuchsgegner hat sie diesen Beweis jedoch zu Unrecht als nicht erbracht erachtet. Aus der von ihm vor Vorinstanz eingereichten Kopie der Niederlassungsbewilligung C, welche am 6. März 2018 ausgestellt wurde, geht hervor, dass der Gesuchsgegner an der H.____-strasse ... in ... I.____ wohnhaft ist bzw. zu diesem Zeitpunkt war (Urk. 14/3). Die Gemeinde C.____ bestätigte sodann, wie sich aus der von ihm vor Vorinstanz eingereichten "Meldebestätigung für Nebenwohnsitz" vom 6. Mai 2021 ergibt, dass der Gesuchsgegner am 17. Februar 2020 aus I.____ zuzog und seither im Seniorenzentrum "D.____", E.____-strasse ..., ... C.____, wohnt (Urk. 14/2). Der Grund, weshalb es sich lediglich um eine "Meldebestätigung für Nebenwohnsitz" handelt, lässt sich sodann dem bei den vorinstanzlichen Akten liegenden Zahlungsbefehl vom 20. November 2020 entnehmen. Darin wird nämlich festgehalten, dass der Gesuchsgegner seinen gesetzlichen Wohnsitz in I.____ hat, sich jedoch im Seniorenzentrum "D.____" in C.____ aufhält (Urk. 3/2). Sein Aufenthalt im Seniorenzentrum wurde demnach (noch) nicht als hauptwohnsitzbegründend betrachtet. Daraus lässt sich nun aber entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht ableiten, der Gesuchsgegner habe seinen behaupteten Wohnsitz in der Schweiz nicht bewiesen, weshalb vom Wohnsitz in Deutschland auszugehen sei. Vielmehr geht aus den genannten Urkunden ausreichend hervor, dass der Gesuchsgegner am 6. Mai 2020 – bzw. im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids als verfahren-

renseinleitendem Schriftstück – nicht an der Adresse der Gesuchstellerin in Deutschland wohnhaft war. Bezeichnenderweise hat die Gesuchstellerin auch nie geltend gemacht, mit dem Gesuchsgegner zusammenzuwohnen. Vielmehr weist sie lediglich darauf hin, dass er selber anerkenne, dass sein Name an der F.____-str. ..., ... G.____, Deutschland, angeschrieben sei (Urk. 32 S. 3). Vor diesem Hintergrund wäre im Übrigen – selbst bei Annahme des Wohnsitzes des Gesuchsgegners an dieser Adresse – ohnehin fraglich, ob die Zustellung des Mahnbescheids in Deutschland tatsächlich rechts- und ordnungsgemäss im Sinne der deutschen ZPO erfolgt ist. Denn die Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten nach § 180 ZPO-D fällt bei einem gemeinsam mit der Gegenpartei des Rechtsstreits genutzten Briefkasten ausser Betracht (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Beck'sche Kurzcommentare, Zivilprozessordnung, 78. Aufl., München 2020, § 178 N 28; Zöller/Schultzky, ZPO, 32. Aufl., Köln 2018, § 180 N 5). Die Ersatzzustellung müsste in diesem Fall gemäss § 181 ZPO-D durch Niederlegung auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Ort der Zustellung liegt, oder – bei Zustellung durch die Post – am Ort der Zustellung oder am Ort des Amtsgerichts bei einer von der Post dafür bestimmten Stelle, erfolgen. Da dem Gesuchsgegner jedoch bereits der Beweis gelungen ist, dass er im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids seinen Wohnsitz nicht in Deutschland, sondern in I.____ hatte bzw. sich in C.____ im Seniorenzentrum im Sinne eines Nebenwohnsitzes aufhielt, kann diese Frage offenbleiben.

3.2. Dem Gesagten zufolge steht somit fest, dass dem Gesuchsgegner das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht in einer Weise zugestellt wurde, dass er sich hätte verteidigen können. Demnach ist der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hünfeld vom 29. Mai 2020 in Verletzung von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ ergangen, weshalb die vorfrageweise zu prüfende Anerkennung und Vollstreckbarkeit desselben zu verneinen ist. Daran ändert auch nichts, dass der Gesuchsgegner – wie die Gesuchstellerin überdies im Beschwerdeverfahren zum ersten Mal ausführt – gegen eine analoge Betreuung von J.____ keinen Rechtsvorschlag erhoben haben soll, obwohl damals derselbe Gerichtsweg gewählt worden sei (Urk. 32 S. 3). Die Beschwerde ist entsprechend gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben.

4. Da die Sache spruchreif ist, ist von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen und ein neuer Sachentscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Mangels Vollstreckbarkeit handelt es sich beim Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hünfeld vom 29. Mai 2020 nicht um einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG, weshalb das Gesuch um definitive Rechtsöffnung abzuweisen ist.

IV.

1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin für beide Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die Höhe der erstinstanzlichen Prozesskosten (Spruchgebühr Fr. 320.–, Parteientschädigung Fr. 1'200.–) wurde nicht beanstandet und ist so zu belassen. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Sie werden aus dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sind ihm jedoch von der Gesuchstellerin zu ersetzen.

3. Die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 645.– inkl. 7.7% MwSt. festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 7. Mai 2021 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- "1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Birmensdorf, Zahlungsbefehl vom 20. November 2020, für Fr. 11'905.40 nebst Zins zu 5% seit 19. November 2020 wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr wird festgesetzt auf Fr. 320.–.
3. Die Spruchgebühr wird der Gesuchstellerin auferlegt.

4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchsgegners verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– zu ersetzen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 645.– zu bezahlen.
5. 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.

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. 11'905.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Dezember 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Meisel

versandt am:
ya