

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT220077-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 14. Juli 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts Audienz am
Bezirksgericht Zürich vom 8. April 2022 (EB211233-L)**

Erwägungen:

1. a) Mit Entscheid vom 8. April 2022 erteilte die Vorinstanz dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) in der Betreuung Nr. ..., Ufficio esecuzioni Regione Bernina, 7742 Poschiavo (Zahlungsbefehl vom 4. März 2021) – gestützt auf den Entscheid des Bezirksgerichts Sankt Veit an der Glan, Österreich, vom 15. November 2019 (Urk. 5/6) – definitive Rechtsöffnung für Fr. 2'427.38 nebst 4 % Zins seit 4. März 2021, Fr. 460.23 und Fr. 2'899.99. Im Mehrbetrag wurde das Gesuch abgewiesen (Urk. 22 = Urk. 25).

Für den Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) wurde das obgenannte Urteil am 11. April 2022 in ... [Adresse] in Empfang genommen (Urk. 23b).

b) Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 21. April 2022 innert Frist (Art. 321 Abs. 2 ZPO) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 24 S. 2):

- " 1. Der Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich vom 08.04.2022 sei aufzuheben und es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Poschiavo, 7742 Poschiavo die Beseitigung des Rechtsvorschlages zu verweigern.
Die obengenannte Betreuung sei aus dem Betreibungsregister des Gesuchsgegners zu löschen.
Sämtliche Vorakten seien von der Vorinstanz der Berufungsinstanz einzureichen.
2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die Anerkennung des Versäumnisurteils des Bezirksgerichts Sankt Veit an der Glan vom 15.11.2019 (Verfahren-Nr. 3 C 631/18w) sei für das Staatsgebiet der Schweiz zu verweigern und dessen Vollstreckbarkeit zu verneinen.
4. Es sei dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung gemäss der unter Fristansetzung durch die Beschwerdeinstanz nachzureichenden Honorarnote zu entrichten.
5. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren unter angemessener Fristansetzung für das Einreichen der erforderlichen Dokumente.

6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zulasten der Gesuchsteller."

Mit Eingaben vom 5. Mai 2022 (gleichentags der Post übergeben; vgl. den an Urk. 28 angehefteten Briefumschlag) und 15. Mai 2022 (am 15. Juli 2022 der Post übergeben; vgl. den an Urk. 31 angehefteten Briefumschlag) ergänzte der Gesuchsgegner seine Beschwerdeschrift (Urk. 28, Urk. 30/16-24, Urk. 31, Urk. 32/25).

Mit Schreiben vom 27. September 2022 teilte der Gesuchsteller der beschliessenden Kammer mit, dass das Konkursgericht Locarno mit Wirkung ab 22. September 2022, 10 Uhr, den Konkurs über den Gesuchsgegner eröffnet habe (Urk. 34). Der Gesuchsteller belegte dies durch den Entscheid des Konkursgerichts Locarno vom 21. September 2022 im Verfahren SO.2022.464 (Urk. 35).

Mit Eingaben vom 10. und 11. Oktober 2022 ergänzte der Gesuchsgegner ein weiteres Mal seine Beschwerdeschrift (Urk. 36, Urk. 38/22+25, Urk. 40, Urk. 42/26).

Mit Verfügung vom 12. Oktober 2022 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um der beschliessenden Kammer schriftlich mitzuteilen, ob er gegen den Entscheid des Konkursgerichts Locarno vom 21. September 2022 (Verfahren SO.2022.464) Beschwerde erhoben habe, ob er – sollte er Beschwerde erhoben haben – die aufschiebende Wirkung beantragt habe und – sollte er diese beantragt haben – ob sie von der Beschwerdeinstanz gewährt worden sei (Urk. 39).

Mit Eingabe vom 24. Oktober 2022 machte der Gesuchsgegner – unter Beilage des Entscheides der Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello vom 7. Oktober 2022 (Urk. 46/1) – geltend, er habe gegen den Konkursentscheid vom 21. September 2022 am 3. Oktober 2022 frist- und formgerecht Beschwerde erhoben und dabei die aufschiebende Wirkung beantragt (Urk. 43). Sodann reichte er in Ergänzung seiner Beschwerdeschrift weitere Urkunden ein (Urk. 45/27).

Mit Verfügung vom 28. Oktober 2022 wurden die Parteien ersucht, die abschliessende Kammer über den weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens 14.2022.121 bei der Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello in Lugano auf dem Laufenden zu halten (Urk. 47).

Mit Eingabe vom 13. Dezember 2022 informierte der Gesuchsteller die Kammer unter Beilage des Entscheids der Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello vom 2. Dezember 2022 (Urk. 49/1) darüber, dass auf die Beschwerde des Gesuchsgegners gegen das Konkurserkennnis vom 21. September 2021 (recte: 2022) nicht eingetreten worden sei. Das Konkurserkennnis vom 21. September 2022 sei damit definitiv und rechtskräftig (Urk. 48).

Die Urkunden 48 und 49/1 wurden in der Folge dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt. Am 5. Januar 2023 wurden diese Urkunden für den Gesuchsgegner in Empfang genommen (Urk. 50).

Unter Beilage des Urteils des Bundesgerichts vom 26. Juni 2023 im Verfahren 5A_70/2023 (Urk. 52/1) führte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 4. Juli 2023 aus, das Bundesgericht sei auf die vom Gesuchsgegner gegen den Entscheid der Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello in Lugano vom 2. Dezember 2022 (Beschwerdeverfahren 14.2022.121 gegen das Konkurserkennnis vom 21. September 2021 [recte: 2022]) erhobene Beschwerde nicht eingetreten. Das Konkurserkennnis vom 21. September 2022 sei damit definitiv und rechtskräftig (Urk. 51).

Die Zustellung der Eingabe des Gesuchstellers vom 4. Juli 2023 an den Gesuchsgegner vor Erlass des vorliegenden Beschlusses erübrigt sich, da dieser vom bundesgerichtlichen Urteil vom 26. Juni 2023 selber Kenntnis erhalten hat (vgl. Urk. 52/1 S. 6 Dispositivziffer 5) und da aus der dazugehörigen Eingabe des Gesuchstellers einzig hervorgeht, dass das Bundesgericht mit Entscheid vom 26. Juni 2023 auf die Beschwerde des Gesuchsgegners nicht eingetreten sei, weshalb das Konkurserkennnis vom 21. September 2022 definitiv und rechtskräftig sei (Urk. 51).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-23b).

2. Gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG ist eine Wirkung des Konkurses, dass alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben sind. Ausgenommen sind Betreibungen auf Verwertung von Pfändern, die von Dritten bestellt worden sind. Alle gegen den Konkurschuldner anhängigen Betreibungen fallen im Moment der Eröffnung des Konkurses und nicht erst mit dessen Publikation dahin, und zwar mit Wirkung ex nunc. Diese Wirkung entspricht dem Grundsatz, während der Dauer des Konkursverfahrens die Spezialexécution gegen den Schuldner auszuschliessen (BSK SchKG II-Wohlfart/Meyer Honegger, Art. 206 N 7 m.w.H.). Mit der Konkurseröffnung fallen nicht nur die hängigen Betreibungen, sondern auch die auf ihnen beruhenden Gerichtsverfahren als gegenstandslos dahin, soweit sie vollstreckungsrechtlicher Natur sind. Zu diesen betreibungsrechtlichen Gerichtsverfahren gehören insbesondere Begehren um Rechtsöffnung. Sie werden nicht gemäss Art. 207 SchKG eingestellt, sondern fallen dahin (BGer 5A_449/2019 vom 12. Oktober 2022, E. 2 m.w.H.; BSK SchKG II-Wohlfart/Meyer Honegger, Art. 206 N 11 m.w.H. und N 13; siehe auch KUKO SchKG-Stöckli/Possa, Art. 206 N 10 m.w.H.). Hängige Betreibungen sind solche, die zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht zu einer Verwertung geführt haben (KUKO SchKG-Stöckli/Possa, Art. 206 N 3; SK SchKG-Schober, Art. 206 N 2).

Über den Gesuchsgegner wurde mit Entscheid des Konkursgerichtes Locarno-Città vom 21. September 2022 mit Wirkung ab 22. September 2022, 10.00 Uhr, der Konkurs eröffnet (Urk. 35). Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner in Anwendung von Art. 174 Abs. 1 SchKG Beschwerde, auf welche mit Entscheid der Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello vom 2. Dezember 2022 nicht eingetreten wurde (Urk. 49/1). Mit Urteil vom 26. Juni 2023 trat schliesslich das Bundesgericht auf die Beschwerde des Gesuchsgegners gegen den Entscheid der Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello del Cantone Ticino vom 2. Dezember 2022 nicht ein (Urk. 52/1). Die Konkurseröffnung über den Gesuchsgegner ist demnach in Rechtskraft erwach-

sen, weshalb das vorliegende Beschwerdeverfahren dahinfällt und als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

3. a) Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen (nach Art. 106 ZPO) abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei hat das Gericht bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat und wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Die Prozessaussichten sind ohne Verursachung weiterer Umtriebe im Einzelnen zu prüfen. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessuale Kriterien zurückzugreifen. In erster Linie wird jene Partei entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 8 m.w.H.).

Im Folgenden ist in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen deshalb zu prüfen, wie das Beschwerdeverfahren mutmasslich ausgegangen wäre.

b) Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO; vgl. dazu auch die korrekte Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid, Urk. 25 S. 22 Dispositivziffer 8). Die den Gesuchsgegner betreffende Beschwerdefrist ist demnach – unter Berücksichtigung der Betreibungsferien (Art. 56 Ziff. 2 SchKG; BGer 5A_634/2020 vom 14. August 2020, E. 4 m.w.H.) – am 5. Mai 2022 abgelaufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO).

Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die nach dem 5. Mai 2022 durch den Gesuchsgegner der Post übergebenen ergänzenden Noveneingaben zu seiner Beschwerdeschrift vom 21. April 2022 sind daher als verspätet zu betrachten und hätten bei der Urteilsfindung von der Kammer im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden dürfen.

c) Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren 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 erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist grundsätzlich umfassend (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 326 N 3 f.).

Die Urk. 27/2-3, Urk. 27/5-6, Urk. 30/16-22, Urk. 30/23 S. 6, S. 11 und S. 14-20 sowie Urk. 30/24 reichte der Gesuchsgegner erstmals im Beschwerdeverfahren ein, weshalb sie aufgrund von Art. 326 Abs. 1 ZPO bei der Urteilsfindung im Beschwerdeverfahren nicht hätten berücksichtigt werden können. Dies gilt auch für die durch den Gesuchsgegner in Urk. 28 zu Urk. 30/16-22, Urk. 30/23 S. 6, S. 11 und S. 14-20 sowie Urk. 30/24 gemachten Ausführungen.

d) Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern sein Zweck beschränkt sich darauf, den erstinstanzlichen Entscheid auf bestimmte, in der Beschwerde zu beanstandende Mängel hin zu überprüfen. In der schriftlichen Beschwerdebegründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO) ist daher hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) leidet. Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Standpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen. In wörtlichen Wiederholungen der bei der Vorinstanz erfolgten Eingaben kann von vornherein keine genügende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid erblickt wer-

den. Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO; zum diesbezüglich analogen bundesgerichtlichen Verfahren BGer 4A_498/2021 vom 21. Dezember 2021, E. 2.1 m.w.H., und BGer 5A_563/2021 vom 18. Oktober 2021, E. 2.3 m.w.H.).

Erfüllt die Beschwerde grundlegende Inhaltsanforderungen nicht, fehlt es an einer Eintretensvoraussetzung und die Rechtsmittelinstanz hat darauf nicht einzutreten. Inhaltliche Nachbesserung der Begründung ist nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht zulässig (BGer 5D_215/2015 vom 16. März 2016, E. 3.1 m.w.H.).

Die Beschwerdeschrift des Gesuchsgegners vom 21. April 2022 genügt diesen Anforderungen zum grössten Teil nicht. Der Gesuchsgegner wiederholt in ihr von Randziffer 14 bis und mit Randziffer 43 (S. 8-52) im Wesentlichen wortwörtlich seine im erstinstanzlichen Verfahren mit Eingabe vom 22. November 2021 (Urk. 11 S. 8-58 Rz. 8 ff.) gemachten Vorbringen, ohne konkret anzugeben, was genau an welchen vorinstanzlichen Erwägungen unzutreffend sein soll (unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung). Dies stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine genügende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid dar, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

e) In Wiederholung der vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 25 S. 4 E. 2.3) ist vorliegend zu betonen, dass eine Person ihren Wohnsitz an dem Ort hat, an dem sie sich in objektiver und für Dritte erkennbarer Weise mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (BGer 5A_284/2020 vom 23. Dezember 2020, E. 2.4.2 m.w.H.). Damit ist zu prüfen, ob die Person den entsprechenden Ort zu ihrem persönlichen, sozialen oder beruflichen Lebensmittelpunkt gemacht hat oder dies zu machen gedenkt (BGer 5A_30/2015 vom 23. März 2015, E. 4.1.2 m.w.H.). Nicht direkt massgebend für den zivilrechtlichen Wohnsitz ist, wo eine Person angemeldet ist und ihre Schriften hinterlegt hat, wo sie ihr Stimmrecht ausübt und Steuern bezahlt oder wo sie das Sozialversicherungsrecht domiziliert sieht. Dies sind nur, aber immerhin, Indizien für die Absicht dauernden Verbleibens (BGer 5A_680/2020 vom 8. Dezember 2020, E. 5.1.1 m.w.H.; *OGer ZH PS200233-O vom 01.02.2021, E. 6 m.w.H.*). Behauptet der Schuldner, er habe einen von den

Angaben des Gläubigers abweichenden Wohnsitz, so ist er hierfür beweispflichtig (BGer 5A_937/2020 vom 24. Juni 2021, E. 2.1 m.w.H.).

Der Gesuchsgegner macht im Beschwerdeverfahren geltend, unter anderem aufgrund der Wohnsitzbestätigung des Ufficio Controllo abitanti der Stadt C._____ vom 17. Mai 2021 (Urk. 27/4, Urk. 13/2, Urk. 20/1 S. 1) sei erstellt, dass er seit 14. Mai 2021 in C._____ angemeldet sei und demnach auch dort seinen Wohnsitz habe (Urk. 24 S. 4 ff. Rz. 11 und 12). Wie bereits erwähnt, handelt es sich hierbei einzig um ein Indiz für die Absicht dauernden Verbleibens. Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid demgegenüber konkret aus, weshalb dieses Indiz vorliegend nicht genügt, um zu beweisen, dass C._____ den Wohnsitz des Gesuchsgegners im Sinne von Art. 23 ZGB darstellt (Urk. 25 S. 5 f. E. 2.7). Der Gesuchsgegner setzte sich in der Beschwerdeschrift vom 21. April 2022 mit diesen Erwägungen nicht substantiiert auseinander, weshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass C._____ nicht der tatsächliche Wohnsitz des Gesuchsgegners darstellt.

Unbestritten liess der Gesuchsgegner in der Beschwerdeschrift vom 21. April 2022 sodann die vorinstanzliche Feststellung, für eine Wohnsitzbegründung in Zürich spreche zuallererst, dass seine beiden minderjährigen Kinder am D._____weg ... in ... Zürich lebten und er sich in regelmässigen Abständen dort aufhalte. Ebenfalls unbestritten liess der Gesuchsgegner die Feststellung der Vorinstanz, aufgrund des von ihm im Rahmen seines Fristerstreckungsgesuchs eingereichten Arztzeugnisses vom 28. Oktober 2021 sei davon auszugehen, dass er sich in Zürich in ärztlicher Behandlung befinde. Auch zu den Erwägungen der Vorinstanz, dass sich der Gesuchsgegner in regelmässigen Abständen an der Adresse des Büros E._____ AG (... [Adresse]) aufhalte (Urk. 25 S. 6 f. E. 2.8), äusserte er sich nicht in seiner Beschwerdeschrift. Einzig auszuführen, der Hinweis der Vorinstanz, wonach er mehrfach Verfügungen in Zürich entgegengenommen habe, heile den gesetzlichen Mangel nicht, dass Zustellungen nicht an seinem Geschäftsort vorgenommen werden dürften, solange ein Wohnsitz bestehe (Urk. 24 S. 6 f. Rz. 12), stellt keine genügende Bestreitung der vorinstanzlichen Erwägungen dar, wonach die zahlreich vorliegenden objektiven Anknüpfungspunkte für

Dritte erkennen liessen, dass sich der Gesuchsgegner mit der Absicht des dauernden Verbleibens in Zürich aufhalte (Urk. 25 S. 7 E. 2.9). Dem Gesuchsgegner gelang es somit im Beschwerdeverfahren nicht nachzuweisen, dass er seinen persönlichen, sozialen und beruflichen Lebensmittelpunkt nicht in Zürich hat.

f) Der Gesuchsgegner bringt in seiner Beschwerdeschrift vom 21. April 2022 sodann vor, ein ausländischer Entscheid dürfe nicht gegen den *ordre public* verstossen und die verurteilte Partei müsse die uneingeschränkte Möglichkeit gehabt haben, sich ausreichend dagegen verteidigen zu können. Die Vorinstanz habe alle diese Voraussetzungen in Verletzung der massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens (Art. 34 und 35 LugÜ) bejaht, ohne seine für das genaue Verständnis unverzichtbaren Erläuterungen überhaupt zuzulassen, geschweige denn darauf einzugehen und sich mit diesen vertieft und gründlich auseinanderzusetzen. Dieses Vorgehen sei eine Beschneidung seines verfassungsmässig garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (Urk. 24 S. 7 Rz. 13).

Der Gesuchsgegner machte in seiner erstinstanzlichen Stellungnahme vom 22. November 2021 (Urk. 11) in den Randziffern 12-35 geltend, wieso gemäss seiner Ansicht in Bezug auf den Entscheid des Bezirksgerichts Sankt Veit an der Glan, Österreich, vom 15. November 2019 Verweigerungsgründe gemäss Art. 34 LugÜ vorliegen würden. Abgesehen von Randziffer 20, bei welcher es sich um eine rein theoretische Ausführung handelt, hat sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid mit all den genannten Randziffern befasst (Urk. 25 S. 11-19 E. 4.6-4.11). Da es der Gesuchsgegner im Beschwerdeverfahren unterlassen hat, substantiiert aufzuzeigen, mit welchen seiner erstinstanzlichen Vorbringen sich die Vorinstanz nicht vertieft und gründlich auseinandergesetzt habe, ist auf seine diesbezügliche Rüge nicht weiter einzugehen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz liegt demnach nicht vor.

g) Der Gesuchsgegner rügt in der Beschwerdeschrift vom 21. April 2022 sodann, die von der Vorinstanz entschiedene Abweisung der von ihm erstinstanzlich gestellten Editionsanträge sowie der Anträge auf zahlreiche Zeugen- und Parteibefragungen sei gesetzes- und verfassungswidrig. Er habe in seiner Klageantwort

und auch in der vorliegenden Beschwerde mehr als ausreichend begründet und dargelegt, warum er nicht im Besitz der von ihm erwähnten Unterlagen und Dokumente sei. Gerade für solche Fälle sei der Antrag auf Edition nicht nur zulässig, sondern auch im Rahmen der Wahrnehmung der Verteidigung und Ausübung seines verfassungsmässig garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör zwingend erforderlich. Deren Abweisung sei willkürlich. Dasselbe betreffe die beantragten Einvernahmen von Zeugen und Parteien; solange seine Ausführungen und Einwendungen vom Gesuchsteller nicht anerkannt würden, bleibe ihm gar nichts anderes übrig, als als weitere Beweismittel die Befragung der Parteien und Zeugen zu beantragen (unter Hinweis auf Art. 228 ff. ZPO in Verbindung mit Art. 268 ZPO). Deren Abweisung verletze den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör und sei willkürlich (unter Hinweis auf Art. 29 Abs. 2 BV; Urk. 24 S. 52 Rz. 44).

Die Vorinstanz führte zu den erwähnten erstinstanzlichen prozessualen Anträgen im angefochtenen Entscheid aus, hinsichtlich der zahlreichen Editionsanträge des Gesuchsgegners sei Art. 254 ZPO massgebend. Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO sei der Beweis in erster Linie durch Urkunden zu erbringen. Diese seien dem Gesuch beizulegen (unter Hinweis auf BSK ZPO-Mazan, Art. 254 N 3). Die zahlreichen Editionsanträge des Gesuchsgegners seien folglich allesamt abzuweisen, zumal er weder darlege, inwiefern die Editionen ausnahmsweise zulässig sein sollten, noch solche Ausnahmen ersichtlich seien. Gleiches gelte für die Anträge auf Zeugen- und Parteibefragung, welche ebenfalls abzuweisen seien (Urk. 25 S. 11 E. 4.5).

Das summarische Verfahren zeichnet sich durch eine Beweisbeschränkung aus, die sich vorrangig in einer Beweismittelbeschränkung auf liquide Beweismittel zeigt. Die Beweismittelbeschränkung stellt einen Eingriff in das Recht auf Beweis dar, welcher gerechtfertigt ist, da sie auf einer gesetzlichen Grundlage basiert (Art. 254 ZPO), im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 254 N 1 f. m.w.H.). Art. 254 Abs. 1 ZPO legt fest, dass der Beweis im summarischen Verfahren grundsätzlich mittels Urkunden (Art. 177 ZPO) zu erbringen ist. Die Urkunden sind dem Gesuch beizulegen (Art. 221

Abs. 2 lit. c ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO; CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 254 N 4 m.w.H.). Dies entspricht der Konzeption des Summarverfahrens, wonach lediglich liquide Beweismittel zu verwenden sind (BK ZPO-Güngerich, Art. 254 N 2).

Der Gesuchsgegner macht im Beschwerdeverfahren in unsubstantiiertes Weise geltend, dass er in seiner Klageantwort und auch in der vorliegenden Beschwerde mehr als ausreichend begründet und dargelegt habe, warum er nicht im Besitz der besagten Unterlagen und Dokumente sei und wieso Zeugen- und Parteibefragungen ausnahmsweise zulässig sein sollten. Da er es im Beschwerdeverfahren bei diesen allgemeinen Vorbringen belies und entgegen seiner Behauptung die Stellen in seiner erstinstanzlichen Eingabe vom 22. November 2021 nicht konkret bezeichnete, denen zu entnehmen sein soll, wieso er die Unterlagen und Dokumente nicht sofort einreichen könne und wieso Zeugen- und Parteibefragungen ausnahmsweise zulässig sein sollten, ist darauf vorliegend mangels genügender Substantiierung nicht näher einzugehen.

h) Damit ist davon auszugehen, dass die Beschwerde des Gesuchsgegners im Urteilsfall abgewiesen worden wäre. Demnach – und ferner auch, da er Beschwerde erhoben und daher das vorliegende Beschwerdeverfahren veranlasst hat – sind dem Gesuchsgegner in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Für das Beschwerdeverfahren beträgt der Streitwert Fr. 5'327.37 (= Fr. 2'427.38 + Fr. 2'899.99). Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG auf Fr. 300.– festzusetzen.

Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines mutmasslichen Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), dem Gesuchsteller mangels relevanter Umtriebe (vgl. Urk. 34 und Urk. 48; Art. 95 Abs. 3 ZPO).

4. Der Gesuchsgegner hat im Beschwerdeverfahren ein Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 24 S. 2 und S. 4 Rz. 10). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b

ZPO). Die Beschwerde war jedoch von vornherein als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägung 3), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage je einer Kopie der Urk. 24, 36, 37, 38/22, 40, 41, 43, 44 und 46/1-2 sowie der Doppel der Urk. 26, 27/2-6, 28, 29, 30/16-24, 31 und 32/25, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels der Urk. 51 sowie einer Kopie der Urk. 52/1, an das Ufficio esecuzioni Regione Bernina, 7742 Poschiavo, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen 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. 5'327.37.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 14. Juli 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
st