

ZH_KASSATIONSGERICHT AA070154 vom 9. Juli 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070154

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070154 du 9 juillet 2008

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070154 del 9 luglio 2008

Erwägungen

E. 1

Am 10. Januar 2007 wurde dem Beschwerdeführer (Beklagter und Re- kursgegner) auf Begehren der Beschwerdegegnerin (Klägerin und Rekurrentin) ein Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. _____ über eine Forderung von Fr. 92'494.54 zugestellt. Am 17. Januar 2007 erhob der Beschwerdeführer Rechtsvorschlag (ER act. 3/4). Mit Eingabe vom 26. März 2007 stellte die Be- schwerdegegnerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes _____ das Begehren, ihr sei in dieser Betreuung für Fr. 26'821.20 definitive Rechtsöffnung zu erteilen (ER act. 1 S. 2). Dazu stützte sie sich auf ein Urteil des Landgerichts _____ vom 7. März 2006, welches den Beschwerdefüh- rer verpflichtet, der Beschwerdegegnerin € 15'000.– zu bezahlen (ER act. 1 S. 3; ER act. 3/3). Mit Verfügung vom 26. April 2007 wies die Einzelrichterin das Rechtsöffnungsbegehren ab (ER act. 8a). Dagegen erhob die Beschwerdegegne- rin Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich (OG act. 1). Dessen II. Zivil- kammer hiess den Rekurs mit Beschluss vom 4. September 2007 gut und ge- währte der Beschwerdegegnerin definitive Rechtsöffnung für Fr. 26'821.20 nebst Zins und Kosten (KG act. 2 S. 5 f.). Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom

E. 4

Das Nichtigkeitsverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Es ist nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leidet (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16). Die möglichen Nichtigkeitsgründe sind in § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO aufgeführt. Eine Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides erfolgt nur im Rahmen der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nichtigkeitsgründe. Auf allfällige Nichtig- keitsgründe, die nicht geltend gemacht wurden, darf die Kassationsinstanz nicht eintreten (von Rechenberg, a.a.O., S. 17, mit Verweisung auf § 290 ZPO). In der Nichtigkeitsbeschwerde muss also genau angeführt werden, worin der Beschwer- deführer den Nichtigkeitsgrund sieht (von Rechenberg, a.a.O., S. 18). Dazu muss sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinan- - 5 - dersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO).

E. 5

a) Der Beschwerdeführer führt zuerst einmal aus, die "Mandantin der Rekurrentin" habe am 23. Mai 2007 ein verfahrenseinleitendes Dokument ver- sandt; dieses sei aber nicht dem tatsächlichen Wohnort des Beschwerdeführers zu diesem Zeitpunkt zugestellt worden, wie in Art. 46 Nr. 2 LugÜ vorgeschrieben. Somit sei der vorgeschriebene relevante Sachverhalt nach § 278 i.V.m. § 267 i.V.m. § 115 ZPO nicht ordnungsgemäss erfüllt, da das Dokument

nicht ordnungsgemäss zugestellt worden sei (KG 1 S. 2). Der Beschwerdeführer möchte mit diesen Worten wohl geltend machen, weil ihm das verfahrenseinleitende Dokument am 19. November 2005 nicht an seinen tatsächlichen Wohnort zugestellt worden sei, seien die Voraussetzungen von Art. 46 Nr. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 LugÜ nicht erfüllt. Damit macht er sinngemäss den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO (Verletzung klaren materiellen Rechts durch die Vorinstanz) geltend und rügt, dass die Vorinstanz dennoch Art. 46 Nr. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 LugÜ als erfüllt erachtet habe. In diesem Licht ist die betreffende Rüge zu behandeln. b) Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Beschwerdegegnerin mit dem Einreichen der Bestätigung des Landgerichtes _____ vom 23. Mai 2007 mit dem Titel "Bescheinigung nach den Artikeln 46 und 47 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (Lugano-Übereinkommen)" (OG act. 4/3) die Anforderungen von Art. 46 Nr. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 LugÜ erfüllt habe (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 4). Somit ist die zu prüfende Rechtsfrage, ob die Bestätigung des Landgerichts _____ vom 23. Mai 2007 (welche keine Angaben darüber enthält, was für ein Schriftstück den Rechtsstreit einleitet und in welcher Form bzw. an welche Adresse dieses Schriftstück zugestellt worden ist) die Anforderungen von Art. 46 Nr. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 LugÜ erfüllt oder nicht.

E. 6

a) Art. 46 Nr. 2 LugÜ bestimmt, dass eine Partei, welche die Anerkennung einer Entscheidung geltend macht oder die Zwangsvollstreckung betreiben will, bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift

- 6 - oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen hat, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist. Diese Bestimmung soll die Nachprüfung der Gewährung des rechtlichen Gehörs ermöglichen und ist daher diesem Zweck entsprechend auszulegen. Es muss mit anderen Worten eine Urkunde vorgelegt werden, die es dem Richter des Vollstreckungsstaates überhaupt erlaubt, die Ordnungsmässigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes zu überprüfen (BGer 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Erw. 3.2; mit Verweis auf Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage 1998, Rz 3 zu Art. 46 EuGVÜ/ LugÜ). b) Bildet die ins Recht gelegte Bescheinigung keine Urkunde im Sinne von Art. 46 Nr. 2 LugÜ, so fragt sich, ob nicht ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 48 Abs. 1 LugÜ vorliegt. Danach kann sich das Gericht (des Vollstreckungsstaates) namentlich mit gleichwertigen Urkunden begnügen, wenn die in Art. 46 Nr. 2 LugÜ angeführten Urkunden nicht vorgelegt werden. Die Bestimmung bezweckt, einen übertriebenen Formalismus auszuschliessen. Als zulässig angesehen wird unter anderem die Amtsauskunft (BGer 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Erw. 3.3.1; mit Verweis auf Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Diss. Zürich 1997, S. 473).

E. 7

a) Der Beschwerdeführer beruft sich nicht darauf, dass die Vorinstanz ihr Ermessen insofern missbraucht hätte, als sie sich mit der Einreichung einer gleichwertigen Urkunde im Sinne von Art. 48 Abs. 1 LugÜ begnügte und nicht auf der Vorlage der Urschrift oder beglaubigten Abschrift der Urschrift im Sinne von Art. 46 Nr. 2 LugÜ bestand. Vielmehr beanstandet er sinngemäss, dass die Vorinstanz die im Rekursverfahren im Original

vorgelegte, mit einem Amtsstempel versehene Bescheinigung des Landgerichts _____ vom 23. Mai 2007, wonach die Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks am 19. November 2005 erfolgt sei (OG act. 4/3), als gleichwertige Urkunde im Sinne von Art. 48 Abs. 1 LugÜ betrachtete. Dies, ohne nachzuprüfen, ob das verfahrenseinleitende Dokument dem Beschwerdeführer überhaupt an dessen tatsächlichen Wohnort zugestellt worden sei (KG act. 1 S. 2).

- 7 - b) In einem mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbaren Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass eine Bescheinigung, wonach "das gefertigte Gericht bestätigte, dass die Klage samt Auftrag zur Klagebeantwortung dem Beklagten am 13. Februar 1997 persönlich zugestellt wurde" (BGer 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Ziff. A), nicht als gleichwertige Urkunde im Sinne von Art. 48 Abs. 1 LugÜ gelten könne. Würde sie als genügende Urkunde anerkannt, so würde damit Art. 46 Nr. 2 LugÜ unterlaufen. Es führte insbesondere an, dass dem Dokument nicht entnommen werden könne, aufgrund welcher anderen Schriftstücke die bescheinigende Urkunde ausgestellt worden sei. Auch ergäben sich daraus nicht die näheren Umstände der persönlichen Zustellung (BGer 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Erw. 3.3.2). c) In diesem Sinne äussern sich auch verschiedene Autoren zu den Art. 27 Nr. 2 bzw. Art. 46 ff. LugÜ. So diene die Bestimmung von Art. 48 Abs. 1 LugÜ, wonach sich der Zweitrichter unter Umständen mit einer gleichwertigen Urkunde begnügen kann, bloss der Flexibilisierung durch Erweiterung der zulässigen Beweismittel, um übertriebenen Formalismus zu verhindern. Es gehe aber keineswegs darum, dem Antragsteller die Beweislast abzunehmen (Bischof, a.a.O., S. 472 f.). Kropholler seinerseits führt aus, dass die Nachprüfung der Ordnungsmässigkeit der Zustellung an den Zweitrichter hohe Anforderungen stelle, weil die Zustellungsübereinkommen und gegebenenfalls das autonome Recht des Urteilsstaates berücksichtigt werden müssten. Dennoch könne ihm die Nachprüfung nicht erspart bleiben. Die Bestimmung bezwecke, dem Beklagten einen wirksamen Schutz seiner Rechte, insbesondere der Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 27 Nr. 2 LugÜ, welche Vorschrift auch dann zur Anwendung kommt, wenn ein Beklagter seinen Wohnsitz im Staat des Erstrichters hatte und für die Übermittlung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nur eine Inlandzustellung notwendig war; Kropholler, a.a.O., Rz 19 zu Art. 27) zu gewährleisten. Deshalb müsse das Gericht des Vollstreckungsstaates die Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung noch einmal vornehmen (Kropholler, a.a.O., Rz 38 zu Art. 27 und Rz 3 zu Art. 46).

- 8 - d) Die Vorinstanz führte aus, dass beim Ausdruck "Zustellung", wie er in der Bescheinigung vom 23. Mai 2007 verwendet werde, ohne weiteres anzunehmen sei, dass damit die Zustellung an den Beschwerdeführer gemeint sein müsse, würde es doch wenig Sinn machen, die einleitende Rechtsschrift der Beschwerdegegnerin, welche diese selber verfasst habe, zuzustellen (KG act. 2 S. 4). Dies ist zwar zutreffend. Zu den weiteren Umständen der Zustellung (z.B. in welcher gesetzlichen Form bzw. an welche Adresse das verfahrenseinleitende Schriftstück zugestellt wurde) äussert sich die Vorinstanz jedoch nicht. Der Amtsauskunft des Landgerichts _____ vom 23. Mai 2007 (OG act. 4/3) ist hierzu auch nichts zu entnehmen. Aus ihr geht schliesslich auch nicht hervor, aufgrund welcher anderen Schriftstücke die bescheinigende Urkunde überhaupt ausgestellt worden ist. Das "Datum der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks", das in der Bescheinigung des Landgerichts _____ vom 23. Mai 2007 angegeben wird (19. November 2005; OG act. 4/3), genügt nach der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung

(vorstehend lit. b) und der Lehre (vorstehend lit. c) offensichtlich den Minimalanforderungen nicht, die an eine Urkunde im Sinne von Art. 46 Nr. 2 oder Art. 48 Abs. 1 LugÜ gestellt werden müssen. Insbesondere fehlt jede Angabe, welcher Person genau wo was für ein Schriftstück zugestellt worden ist. Indem die Vorinstanz trotzdem ausschliesslich gestützt auf die genannte Bescheinigung die Anforderungen von Art. 46 Nr. 2 i.V.M. Art. 48 Abs. 1 LugÜ als erfüllt erachtete, verletzte sie klares materielles Recht. e) Im hängigen Nichtigkeitsverfahren reichte die Beschwerdegegnerin zusammen mit ihrer Beschwerdeantwort unter anderem eine Zustellungsurkunde der _____ Post vom 19. November 2005 ein (KG act. 13/1). Dieser Beleg wie auch das ebenfalls mit der Beschwerdeantwort eingereichte Schreiben von Rechtsanwalt A. an das Landgericht _____ (KG act. 13/4) haben im Kassationsverfahren als unzulässige neue Vorbringen zu gelten. Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde folgt nämlich, dass neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Be-

- 9 - schwerdeverfahren nicht zulässig sind (sog. Novenverbot); das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt wären (Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4a zu § 288 [und N 7b zu § 115]; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 75; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996, § 39 Rz 65; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121). Auf die zusammen mit der Beschwerdeantwort eingereichten Belege wie auch auf die darauf basierenden Ausführungen in der Beschwerdeantwort selbst (KG act. 12 S. 3 f.) kann folglich nicht eingegangen werden. Nachdem die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sein wird und das Nachreichen von Urkunden im Rekursverfahren zulässig ist, sofern dadurch der relevante Sachverhalt sofort bewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden kann (§ 278 i.V.m § 267 i.V.m. § 115 ZPO), wird die Vorinstanz ihrerseits darüber befinden können, ob die beiden vorgenannten Urkunden im Rekursverfahren zulässig sind und ob sie den Anforderungen von Art. 48 Abs. 1 oder Art. 46 Nr. 2 LugÜ genügen. Allerdings wird, sollten sie für die Vorinstanz relevant sein, vorgängig dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme dazu gegeben werden müssen.

E. 8

Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen von einer Verletzung klaren materiellen Rechts ausgegangen werden muss, wenn die Vorinstanz aufgrund der eingereichten Bescheinigung des Landgerichts _____ (OG act. 4/3) annahm, dass diese den Anforderungen von Art. 46 Nr. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 LugÜ standhalte. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demzufolge gutzuheissen. Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen.

E. 9

In Bezug auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerdebegündung ist der Ergänzung halber Folgendes festzuhalten:

- 10 - a) Die vom Beschwerdeführer zwar aufgeworfene, aber nicht beantwortete Frage der "Rechtmässigkeit des angestossenen Prozesses", obwohl die Exequatur des [Urteils des Landgerichts _____] nicht verlangt worden sei, genügt den Anforderungen an die

Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. oben Ziff. 4) ebenso wenig wie die vom Beschwerdeführer angestellte Vermutung einer willkürlichen Feststellung (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Darauf kann folglich nicht eingetreten werden. b) Der Hinweis des Beschwerdeführers auf § 79 ZPO (Höhe und Art einer Prozesskaution) ist unverständlich. Die Behauptung, es liege ein Hinderungsgrund (für eine Anerkennung des Urteils des Landgerichts _____) im Sinne von Art. 27 und Art. 28 LugÜ vor (Beschwerde KG act. 1 S. 2), ist unsubstantiiert, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann. c) Ebenfalls ungenügend substantiiert sind die Behauptungen, die Beschwerdegegnerin habe unterschiedliche Beträge gefordert, diese nicht nachgewiesen, die Höhe des Zinsfusses nicht korrekt vorgetragen und bereits bezahlte Beträge nicht berücksichtigt (Beschwerde KG act. 2 S. 2). d) Vor den Vorinstanzen machte der Beschwerdeführer nicht geltend, er sei mittellos und deshalb sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Im Gegenteil; er war vor beiden Vorinstanzen säumig (ER act. 6B = Prot. S. 3; OG act. 11, act. 12, act. 13 S. 2 Erw. I). Er kann deshalb keinen Nichtigkeitsgrund daraus herleiten, dass ihm die Vorinstanz keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellte (vgl. dazu Beschwerde KG act. 1 S. 2). II I. 1. Ausgangsgemäss ist die Gebühr für das Beschwerdeverfahren der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Da es sich inhaltlich um ein Rechtsöffnungsverfahren handelt, ist nur eine Spruchgebühr im Sinne der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG) festzusetzen. Gestützt auf Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG ist diese mit Fr. 500.– zu beziffern.

- 11 - 2. Nachdem der Beschwerdeführer die Zusprechung einer Entschädigung für Zeitversäumnisse und Auslagen nicht beantragt hat, ist ihm gestützt auf Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG keine Parteientschädigung zuzusprechen. 3. Der Beschwerdeführer leistete nach Art. 48 und Art. 49 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG eine Prozesskaution von Fr. 500.– (KG act. 11). Die der Beschwerdegegnerin aufzuerlegende Spruchgebühr ist aus der Kaution zu beziehen. Dem Beschwerdeführer ist ein entsprechendes Rückgriffsrecht auf die Beschwerdegegnerin einzuräumen. IV . Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich nicht um einen Endentscheid, sondern um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (vgl. BSK BGG-Uhlmann, N 9 zu Art. 90 BGG; BGE 133 IV 137 ff. [= Pra 2007, Nr. 144]; BGE 133 V 645 ff., Erw. 2.1; BGE 134 III 136 ff., Erw. 1.2), weshalb ein (direkter) Weiterzug mittels Beschwerde an das Bundesgericht nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG zulässig wäre. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Die Rechtsmittelbelehrung erfolgt unter diesem Vorbehalt.

- 12 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.