

# ZH\_OBERGERICHT RT160007 vom 16. März 2016

ZH Obergericht, 2016-03-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT160007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT160007)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT160007 du 16 mars 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT RT160007 del 16 marzo 2016

## Erwägungen

### E. 2

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

- 3 -

### E. 3

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil, die beiden von der Gesuch- stellerin eingereichten rechtskräftigen Einspracheentscheide vom 21. November 2012 bzw. 11. September 2014 betreffend die Rückforderung zu viel ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung würden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen ei- nes definitiven Rechtsöffnungstitels erfüllen (Urk. 12 S. 4). Der Gesuchsgegner habe jedoch eingewendet, den Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 nicht erhalten zu haben (Prot. VI S. 4). Der Gesuchstellerin sei es nun nicht gelungen, die effektive Eröffnung des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 nachzuweisen. Vielmehr fehle es nach wie vor - wie schon im vorangehenden Verfahren EB150098, Urteil vom 22. April 2015 - an einem Zu- stellungsnachweis. Hinsichtlich des Einspracheentscheids vom 11. September 2014 könne inzwischen zwar die Zustellung nachgewiesen werden (Urk. 2/5). Da- raus sei jedoch keine genügende Grundlage für die Rechtsöffnung zu ersehen. Folglich wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren ab. Die ebenfalls auf- geworfene Frage der Verjährung (Urk. 4) liess sie offen (Urk. 12 S. 4 f.). 4.a) Die Gesuchstellerin rügt mit ihrer Beschwerde, wie die Vorinstanz im ange- fochtenen Entscheid ausgeführt habe, müsse der Zustellungsnachweis nicht zwingend durch eine Postaufgabebestätigung oder einen Rückschein erfolgen, sondern könne auch mittels Indizien gelingen. Vorliegend seien der Vorinstanz die Verfügung der Arbeitslosenversicherung vom 20. Juni 2013 (Urk. 2/4) und der Einspracheentscheid der Arbeitslosenversicherung vom 11. September 2014 (Urk. 2/5) ins Recht gereicht worden, welche jeweils in den Begründungen auf den Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 Bezug nehmen und ausdrücklich die Abweisung der Einsprache festhalten würden. Der Gesuchsgegner habe sich gegen diese Feststellung nicht gewehrt. Des Weiteren reicht die Gesuchstellerin mit der Beschwerde den Zustellungsnachweis des Ein- spracheentscheides der Arbeitslosenkasse vom 21. November 2012 ins Recht (Urk. 14/2). b) Im Beschwerdeverfahren sind, wie erwähnt, neue Behauptungen und neue

Beweise nicht (mehr) zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Der Zustellungsnachweis der Post vom 28. November 2012 (Urk. 14/2) kann somit keine Berücksichtigung

- 4 - finden. Für das vorliegende Verfahren ist der Sachverhalt relevant, wie er vor Vorinstanz vorlag, mithin ist von einem fehlenden schriftlichen Zustellungsnachweis für den Rechtsöffnungstitel auszugehen. c) Hinsichtlich der Voraussetzungen zur Vollstreckbarkeit eines Entscheids, den Anforderungen an eine rechtsgültig erfolgte Zustellung bzw. Eröffnung eines Entscheids sowie zum durch die Gesuchstellerin zu erbringenden Zustellungsnachweis ist auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 12 S. 4). Der Nachweis der Zustellung kann - allerdings entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht nur bei Massesendungen (Urk. 12 S. 4, E. 3.2.) - auch aufgrund weiterer Indizien erfolgen oder gestützt auf die gesamten Umstände erbracht werden (vgl. BGer 5A\_495/2007 vom 25. Januar 2008, Pra 97 (2008) Nr. 78; BGE 105 III 43 E. 3). In diesem Zusammenhang erwog das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung einer Rechtsöffnung für Steuerforderungen, in der Regel könne angenommen werden, dass sich der Steuerpflichtige gegen wiederholte unberechtigte Mahnungen und Steuerrechnungen zur Wehr setze und nicht zuwarten bis er betriebl. In einem so späten Zeitpunkt sei der Einwand, er habe die Veranlagungsverfügung nie empfangen, wenig glaubhaft (BGE 105 III 43 E. 3). d) Gemäss den vorinstanzlichen Akten stellt sich der amtliche Rechtsverkehr des Gesuchsgegners betreffend die streitgegenständliche Rückerstattung wie folgt dar: Mit Verfügung der Gesuchstellerin vom 17. Oktober 2012 wurde er zur Rückzahlung für in den Monaten August 2009 bis und mit Mai 2010 zu viel ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung im Umfang von Fr. 11'789.05 verpflichtet (Urk. 2/2). Die von ihm dagegen erhobene Einsprache wurde mit Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 abgewiesen. Dagegen wurde kein Rechtsmittel erhoben. Beim fraglichen Entscheid über die zugesprochene Forderung von Fr. 11'789.05 handelt es sich um den Rechtsöffnungstitel. Das Erlassgesuch des Gesuchsgegners wurde sodann an die Arbeitslosenversicherung überwiesen (Urk. 2/3), welche mit Verfügung vom 20. Juni 2013 sowohl das Gesuch (Urk. 2/4) als auch mit Verfügung vom 11. September 2014 die Einsprache

- 5 - dagegen aufgrund vorsätzlicher Meldepflichtverletzung des Gesuchsgegners abwies (Urk. 2/5). In den Erwägungen der Verfügung der Arbeitslosenversicherung vom 20. Juni 2013 betreffend Erlass der Rückforderung wurde auf die Verfügung der Gesuchstellerin vom 17. Oktober 2012 sowie auf den Einsprachenentscheid vom 21. November 2012 ausdrücklich Bezug genommen und es wurde festgestellt, dass die Einsprache des Gesuchsgegners abgewiesen worden war (Urk. 2/4 S. 2). Nämliches gilt für den auf Einsprache des Gesuchsgegners erfolgten Entscheid der Arbeitslosenversicherung vom 11. September 2014 (Urk. 2/5 S. 2). Die Feststellung der Rückerstattungspflicht ist denn auch Voraussetzung für die Prüfung eines Erlassgesuchs, kann doch eine Rückforderung nur dann erlassen werden, wenn sie geschuldet ist. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang von einem mehrstufigen Verfahren gesprochen. An die Feststellung des unrechtmässigen Bezugs (Stufe 1) schliesst der Entscheid über die Rückerstattung an (Stufe 2), worauf - gegebenenfalls - über den Erlass der Rückerstattung entschieden wird (Stufe 3; vgl. ATSG-Kommentar, Ueli Kieser, 3.A., 2015, N 9 zu Art. 25 ATSG). Dass der Entscheid vom 11. September 2014 dem Gesuchsgegner rechtswirksam zugestellt werden konnte, wurde im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren - im Gegensatz zu den vorangehenden Rechtsöffnungsverfahren der Parteien (EB140159-M, EB150098-M, Urk.

5/2, Urk. 5/4) - belegt (Urk. 2/5). War der Gesuchsgegner beim Erhalt des Einspracheentscheids vom 11. September 2014 der Meinung, die vorangehende Stufe sei noch nicht durchgeführt resp. er sei trotz anderslautender Erwägung im Entscheid über deren Ergebnis nicht informiert worden, hätte er dies nach Treu und Glauben den zuständigen Behörden anzeigen müssen. Wird ein solches Verhalten gemäss zitierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei ungerechtfertigten Mahnungen von Steuerforderungen erwartet, muss dies auch für (vermeintlich) fehlerhafte Verfügungen im Rahmen eines mehrstufigen Verwaltungsverfahrens gelten. Der Gesuchsgegner hat nun weder die Behörden informiert noch sich gegen den abschlägigen Einspracheentscheid vom 11. September 2014 zur Wehr gesetzt. Erst im Rechtsöffnungsverfahren moniert er, er müsse zum dritten Mal einwenden, dass er den Einspracheentscheid vom 21. November 2012 nicht erhalten habe

- 6 - (Prot. VI S. 3). Da nunmehr feststeht, dass dem Gesuchsgegner der Einspracheentscheid der Arbeitslosenversicherung vom 11. September 2014 (spätestens) am 7. Mai 2015 zugestellt worden war (Urk. 2/5), kann sich der Gesuchsgegner im Einklang mit der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erst im Rechtsöffnungsverfahren darauf berufen, den vorgängigen Entscheid - den Einspracheentscheid der Gesuchstellerin vom 21. November 2012 - nicht erhalten zu haben. Sein Zuwarten verdient keinen Rechtsschutz. Vielmehr ist von der formrichtigen Eröffnung des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 auszugehen, weshalb ein rechtsgültiger Rechtsöffnungstitel für die betriebene Forderung vorliegt. e)aa) Dem Einwand des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin habe die Abweisung der Rechtsöffnung in den vorangehenden Verfahren jeweils akzeptiert und könne sie nicht wieder "aus der Versenkung hervorholen" (Urk. 21 S. 1) ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der Rechtsöffnung um eine rein betriebsrechtliche Streitigkeit handelt. Sie entfaltet - anders als das angeführte Scheidungsverfahren (Urk. 21 S. 1) - lediglich Wirkung auf die hängige Betreibung. Eine gestützt auf einen neuen Zahlungsbefehl eingeleitete Betreibung derselben Forderung ist demzufolge eine andere Streitsache und muss aufgrund der Behauptungen und eingereichten Urkunden in dieser neuen Betreibung beurteilt werden. bb) Ferner ist der Auffassung des Gesuchsgegners nicht zu folgen, die Gesuchstellerin sei nicht zur Hauptverhandlung vor Vorinstanz erschienen und damit mit neuen "Tatsachen" ausgeschlossen (Urk. 21 S. 1). Dies würde auf im Beschwerdeverfahren neu erhobene Behauptungen zutreffen. Vorliegend steht jedoch die Vollstreckbarkeit des Rechtsöffnungstitels und damit die Frage seiner rechtsgültigen Eröffnung resp. Zustellung zur Debatte, welche der Richter von Amtes wegen zu prüfen hat. Dabei hat die erkennende Kammer einzig den Sachverhalt zugrunde gelegt, welcher sich aus den Akten der Vorinstanz erschliesst. cc) Auch die Rüge, wonach dem Gesuchsgegner hinsichtlich der Rückfordrungsverfügung der Rechtsweg versperrt worden sei (Urk. 21 S. 1), ist nicht stichhaltig. Wie vorstehend ausgeführt, wäre es seine Sache gewesen, die Gesuchstellerin nach Erhalt des Einspracheentscheids vom 11. September 2014 auf den

- 7 - Mangel der - vermeintlich - fehlenden Zustellung des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 hinzuweisen. Aus der behaupteten fehlenden Zustellung lässt sich somit nichts zugunsten seines Rechtsstandpunkts ableiten. f) Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet. Sie ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Das Verfahren erweist sich sodann als spruchreif, weshalb in der Sache neu zu entscheiden ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). 5.a) Die gesetzlichen Voraussetzungen an

den definitiven Rechtsöffnungstitel sind vorliegend erfüllt (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Der Gesuchsgegner erhob jedoch die Einrede der Verjährung (Urk. 4 S. 2, Urk. 5/5). b) Bei der betriebenen Forderung handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Rückerstattung von zu viel ausbezahlten Arbeitslosen-taggeldern gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG. Er wurde mit Einspracheentscheid vom 21. November 2012 rechtskräftig festgesetzt. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners wird vorliegend somit nicht die Rückforderung an sich, sondern deren Vollstreckung geltend gemacht. Folglich sind nicht die Verwirkungsfristen gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG (resp. Ziff. A12 bis A15 des Kreisschreibens über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso vom April 2008, Urk. 5/5, Urk. 21 S. 2 f.) anwendbar (vgl. ATSG-Kommentar, a.a.O., N 12 zu Art. 25 ATSG), sondern die fünfjährige Vollstreckungsfrist ab Rechtskraft des Rückforderungsentscheids, mithin des Einspracheentscheids vom 21. November 2012 (vgl. BGer 8C\_152/2013 vom 28. Oktober 2013, E. 2.3., E. 3.1.). Die Vollstreckung der vorliegenden Rückerstattungsforderung ist somit nicht verwirkt. c)aa) Der Gesuchstellerin ist demzufolge gestützt auf den gültigen Rechtsöffnungstitel in der Betreibung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2015) definitive Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 11'789.05. bb) Nach der Praxis des Obergerichts ist demgegenüber für die Betreibungskosten keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108/2009 Nr. 2). Diese Rechtsprechung stützt sich auf Art. 68 Abs. 2 SchKG, wonach die Betreibungskosten von den Zah-

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

## **E. 6**

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

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