

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT180192-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 19. März 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 22. Oktober 2018 (EB181030-L)

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) ist eine deutsche Bank mit Sitz in C._____. Der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) ist eine Privatperson mit Wohnsitz in Zürich. Am 4. Dezember 1997 war bei Notar D._____ in E._____ (...) eine Grundschuld mit Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung zugunsten der F._____ AG als Rechtsvorgängerin der Gesuchstellerin über DM 210'000.– zuzüglich 18 % Zins bestellt worden. Die Grundschuldbestellung betraf den Kauf eines Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft in G._____ (...). Der Gesuchsgegner war vertreten durch die Notariatssekretärin H._____ (Urk. 5/1, 5/2). Mit Genehmigungserklärung vom 6. November 1997 genehmigte der Gesuchsgegner sämtliche Erklärungen, welche in der Grundschuldbestellungsurkunde durch die bevollmächtigte H._____ abgegeben wurden (Urk. 5/2). Im Jahr 2005 wurde das Sicherungsobjekt zwangsverwertet und es wurden EUR 24'421.05 gelöst (Urk. 5/2 Ende). Am 13. Juli 2016 wurde dem Gesuchsgegner rechtshilfweise eine beglaubigte Abschrift der vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde zugestellt (Urk. 5/4).

2. Mit Schuldanerkennung vom 11. Januar 2018 anerkannte der Gesuchsgegner in einer früheren Betreibung die geltend gemachte Forderung in der Höhe von Fr. 155'978.– zuzüglich Zins zu 1,67 % seit dem 25.2.2016 auf Fr. 104'555.–. Gleichzeitig wurden Ratenzahlungen vereinbart (Urk. 5/6). Der Gesuchsgegner leistete von Januar 2018 bis Mai 2018 Anzahlungen von insgesamt Fr. 5'400.–, welche auf die offene Zinsforderung angerechnet wurden (Urk. 1 S. 6). Nach Ablauf der Gültigkeit des Zahlungsbefehls verweigerte der Gesuchsgegner weitere Zahlungen.

3. Mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich ... vom 28. Juni 2018 betrieb die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner für Fr. 104'555.– und für Fr. 46'023.–. Der Gesuchsgegner erhob Rechtsvorschlag (Urk 5/11). Mit

Eingabe vom 13. Juli 2018 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz das Rechtsbegehren, es sei erstens die Grundschuldbestellungsurkunde vom 4. Dezember 1997 als in der Schweiz vollstreckbar zu erklären, es sei zweitens definitive Rechtsöffnung über Fr. 104'555.– zuzüglich 1,67 % Zins seit 25.2.2016 und über Fr. 40'623.– offene Zinsen zuzüglich Betreuungskosten zu erteilen, eventua-
liter sei der Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung zu gewähren (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz setzte die Verhandlung auf den 5. September 2018 an und am 22. Oktober 2018 fällte sie den und fällte den folgenden Entscheid:

1. Der Gesuchstellerin wird *definitive* Rechtsöffnung erteilt in
Betreibung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich ...,
Zahlungsbefehl vom 28. Juni 2018, für
Fr. 104'555.– nebst Zins zu 1.67% seit 25. Februar 2016,
Fr. 40'623.–.
2. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und
Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ wird ihm als unentgeltlicher Rechtsbeistand
bestellt.
3. Die Spruchgebühr von Fr. 1'000.– wird dem Gesuchsgegner auferlegt, je-
doch infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf
die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123
Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteient-
schädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.
5. Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ wird für seine Bemühungen als Rechtsvertre-
ter des Gesuchsgegners aus der Gerichtskasse mit Fr. 2'000.– direkt ent-
schädigt.

6./7. (Schriftliche Mitteilung / Beschwerde).

4. Mit Eingabe vom 5. November 2018 erhob der Gesuchsgegner Beschwerde
und stellte die folgenden Anträge (Urk. 18 S. 2):

«Es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und das Gesuch um
definitive Rechtsöffnung in der Betreuung-Nr. ... des Betreibungsam-
tes Zürich ... abzuweisen;

u.K.u.E.F. zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beschwerdegegnerin»

«Der Beschwerdeführer stellt auch im Beschwerdeverfahren das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung.»

5. Mit Verfügung vom 21. November 2018 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 21). Die Beschwerdeantwort datiert vom 29. November 2018 (Urk. 22). Mit Eingabe vom 3. Dezember 2018 ersuchte der Gesuchsgegner um Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung der inzwischen rechtshängig gemachten negativen Feststellungsklage (Urk. 23). Mit Verfügung vom 13. Dezember 2018 wurde das Sistierungsgesuch abgewiesen und die Beschwerdeantwort dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 25). Weitere prozessuale Anordnungen und 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 (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.).

2. Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren auf eine in Deutschland aufgenommene Grundschuldbestellungsurkunde vom 4. Dezember 1997. Darin hat der Gesuchsgegner auch die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrags in der Höhe des Grundschuldbetrags und der Zinsen übernommen und sich insoweit

der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen. Die Vollstreckbarkeit der von der Gesuchstellerin als Rechtsöffnungstitel vorgelegten öffentlichen Urkunde vom 4. Dezember 1997 beurteilt sich unstreitig nach dem Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil und Handelssachen (nachfolgend: LugÜ 1988; vgl. Art. 63 Abs. 1 LugÜ 2007 e contrario). Gemäss Art. 50 Abs. 1 LugÜ 1988 werden öffentliche Urkunden, die in einem Vertragsstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, in einem anderen Vertragsstaat auf Antrag in den Verfahren nach Art. 31 ff. LugÜ 1988 - d.h. wie eine gerichtliche Entscheidung - für vollstreckbar erklärt. Es steht fest, dass zur Umsetzung dieser staatsvertraglichen Verpflichtung in das nationale Zwangsvollstreckungsrecht für eine auf Geld lautende vollstreckbare öffentliche Urkunde die definitive Rechtsöffnung zu gewähren ist (BGE 137 III 87 E. 2 und 3; bestätigt in BGer 5A_131/2018 vom 7. Dezember 2018, E. 2).

3. Die Vorinstanz bejahte die inzidente Anerkennung. Sie verwies auf die massgeblichen anwendbaren Normen und erwog, dass in der eingereichten Grundschuldbestellungsurkunde eine Grundschuld in der Höhe von DM 210'000.– mit einem Zins von 18 % pro Jahr bestellt worden sei. Der Gesuchsgegner übernehme die persönliche Haftung und er habe sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen. Der verurkundete Anspruch über eine Geldleistung sei der direkten Zwangsvollstreckung zugänglich und die Erklärung über die Zwangsvollstreckungsunterwerfung liege vor. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung sei durch den Notar D. _____ mit Amtssitz in E. _____ erfolgt. Die mit der Vollstreckbarkeitsklausel versehene Urkunde sei dem Gesuchsgegner rechtshilfweise am 13. Juli 2016 durch das Bezirksgericht Zürich zugestellt worden. Somit seien die nach deutschem Recht erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, so dass eine vollstreckbare ausländische öffentliche Urkunde vorliege. Ein Verstoss gegen den schweizerischen Ordre public sei sodann nicht ersichtlich; insbesondere sei die Tatsache, dass die Sicherungsgrundschuld nicht richterlich beurteilt worden sei, nicht als ordre public-widrig anzusehen (mit Verweis auf BGE 137 III 87 E. 3; Urk. 19 S. 6 ff.).

4. Der Gesuchsgegner beanstandet im Wesentlichen, die Vorinstanz gehe im Widerspruch zum hiesigen Rechtsverständnis davon aus, dass mit der Anerkennung der direkten Vollstreckbarkeit der zugrunde liegenden Urkunde das Exequatur immer zu erteilen sei, sofern sich der geforderte Betrag unterhalb der Limite gemäss Urkunde befinde. Die Vorinstanz verwerfe die Einrede des Gesuchsgegners, dass der Ordre public verlange, dass die Forderung einen exakt festgestellten oder mathematisch nachvollziehbaren Betrag durch richterlichen Entscheid, öffentliche Urkunde und darin verbrieft Anerkennung nenne. Es wäre wider jede Logik, wenn es dem ausländischen Gläubiger gestattet wäre, jeden beliebigen Betrag im Rahmen der Haftungsbegrenzung und ohne jeden nachgewiesenen Rechtsgrund (Beleg oder Anerkennung) hierorts geltend zu machen. So komme in der Schweiz niemand auf die Idee, eine beliebige, unbelegte Forderung eines Hypothekargläubigers zu vollstrecken, nur weil der Betrag tiefer sei als der bei der Grundpfand-Bestellung vereinbarte Maximalbetrag (vgl. Art. 818 ZGB), obwohl der Betrag selbst oder die Forderung an sich anerkannt wäre (Urk. 18 S. 3). Wenn sich der Gesuchsgegner verpflichtet habe, auch ohne (allenfalls erkennbaren) Rechtsgrund DM 210'000.– bezahlen zu müssen, obwohl die von ihm wissentlich eingegangene Schuldverpflichtung nur einen Bruchteil davon betragen habe und wissend, dass durch die Veräusserung der als Sicherheit dienenden Liegenschaft mindestens Euro 24'000 bereits bezahlt worden seien, anerkenne er nach schweizerischem Verständnis eine Nichtschuld. Im schweizerischen Recht werde eine solche Verpflichtung als übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB betrachtet. Gesetz und Rechtsprechung würden die genaue Bezifferung der Forderung verlangen. Es handle sich um einen wesentlichen Grundsatz aus dem schweizerischen Betreibungsrecht (Urk. 18 S. 3 f.).

5.1 Die Gründe für die Ablehnung der Anerkennung und der Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung sind in Art. 27 f. LugÜ 1988 bzw. Art. 34 f. LugÜ 2007 abschliessend aufgezählt. Sie sind von jenem darzulegen und zu beweisen, der sich dem Exequatur widersetzt. Was allerdings ausländische öffentliche Urkunden betrifft, kann im Rechtsöffnungsverfahren einzig der Ablehnungsgrund des Ordre public angerufen werden. Vorbringen in Bezug auf die materielle Rechtmässigkeit der Schuld müssen im Rahmen der Klagen gemäss Art 85a und

86 SchKG geltend gemacht werden. Als Ausnahmeklausel muss der Vorbehalt des Ordre public restriktiv ausgelegt werden, insbesondere in Angelegenheiten betreffend die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen und öffentlichen Urkunden, wo sein Anwendungsbereich enger ist als bei der direkten Anwendung des ausländischen Rechts. Die Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Entscheidung bzw. vorliegend der ausländischen öffentlichen Urkunde stellt die Regel dar, von der nicht ohne zwingende Gründe abgewichen werden darf (BGE 143 III 404, E. 5.2.3 = Pra 107 [2018] Nr. 86).

5.2 Der Gesuchsgegner bezieht sich sinngemäss auf Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO, wonach die Leistung in der Urkunde genügend bestimmt sein muss, was im vorliegenden Fall nicht gegeben sei. Konkret verlangt Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO, dass der Betrag ziffernmässig in der Urkunde zu nennen ist oder aufgrund der in der Urkunde enthaltenen Angaben zweifelsfrei berechnet werden kann (Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 347 N 21 ff., Botschaft ZPO, BBl 2006 7388).

Art. 347 - 352 ZPO betreffend die Vollstreckung öffentlicher Urkunden wurden mit Blick auf den Umstand eingeführt, dass solche in der Schweiz ausgestellten Titel im Ausland nicht anerkennbar waren, während für die Schweiz, welche seit dem 1. Januar 1992 an das LugÜ 1988 gebunden ist, schon ab diesem Datum gestützt auf Art. 50 aLugÜ die Verpflichtung bestand, im Ausland ausgestellte vollstreckbare öffentliche Urkunden anzuerkennen und zu vollstrecken. Da es sich vorliegend um eine öffentliche Urkunde handelt, die im Ausland ausgestellt wurde, sind Art. 347 ff. ZPO nicht anwendbar. Der Gesuchsgegner kann sich somit nicht auf eine Verletzung des schweizerischen Ordre public berufen mit der Begründung, es seien die Voraussetzungen von Art. 347 ZPO nicht erfüllt (vgl. (BGE 143 III 404, E. 5.3.2).

5.3 Ergänzend ist festzuhalten, dass die vollstreckbare öffentliche Urkunde gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung eine Partei berechtigt, die Vollstreckung für den beurkundeten Anspruch direkt einzuleiten - ohne zuvor einen Zivilprozess führen zu müssen. Die Urkunde ist somit aus sich selbst vollstreckbar, obwohl ihr die Autorität der Rechtskraft fehlt (Walpen, BK ZPO-Walpen, Art. 347 N 7 m.H.). Auch unter dem Aspekt der fehlenden richterlichen Beurtei-

lung der Sicherungsgrundschuld geht der Einwand der Verletzung des Ordre public fehl.

5.4 Die Behauptung des Gesuchsgegners, er habe eine Nichtschuld anerkannt, ist novenrechtlich verspätet (Art. 326 ZPO), zumal der Gesuchsgegner nicht darlegt, wo vor Vorinstanz er diesen Einwand erhoben hat. Auch steht derjenigen Partei, welche eine Nichtschuld bezahlt hat, eine Klage nach Art. 86 SchKG offen.

6. Der Gesuchsgegner erhebt sodann die Verjährungseinrede. Er moniert, die Rechtsöffnung sei zu verweigern, weil das Schuldbetreffnis längst verjährt sei, da für dieses primär die dreijährige Verjährungsfrist von dHGB § 238 gelten müsste (Urk. 18 S. 4). Er zeigt indessen nicht auf, wo vor Vorinstanz er diese Einrede erhoben hat, weshalb der Einwand prozessual verspätet ist (Art. 326 ZPO). Selbst wenn darauf einzutreten wäre - die Gesuchstellerin hat die Thematik von sich aus angesprochen (Urk. 1 S. 6) - wäre dem entgegenzuhalten, dass nach § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB für Ansprüche aus vollstreckbaren Urkunden eine dreissigjährige Verjährungsfrist gilt. Der deutsche Bundesgerichtshof hat entschieden, dass das in einer notariellen 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 m.H.a. BGH XI ZR 36/09 vom 17. November 2009). Im Übrigen weist die Gesuchstellerin zu Recht darauf hin, dass der Verweis auf § 238 dHGB nicht zielführend ist, da er die Buchführungspflicht und nicht die Verjährung betrifft (Urk. 22 S. 3).

7.1 Weiter wird ein Verstoss gegen Treu und Glauben moniert, welcher Grundsatz ebenfalls zum Ordre public gehöre. Es sei faktisch nicht so, dass die Gesuchstellerin einen Schuldbrief zur Verwertung vorlege, sondern ein Dokument, aus welchem hervorgehe, bis zu welchem Betrag der Schuldner nach dem Grundpfand immer noch persönlich hafte. Insofern entspreche die aktuelle Situation nicht derjenigen, welche den von der Gesuchstellerin zitierten Entscheiden vor Vorinstanz entsprechen würde (Urk. 18 S. 5).

7.2 Erstens zeigt der Gesuchsgegner nicht auf, wo er diese Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren bereits aufgestellt hat und genügt daher seiner Rügepflicht nicht. Zweitens handelt es sich nicht um ein simples Dokument, sondern um eine deutsche notarielle Urkunde mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung, die nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO/DE einen gesonderten Vollstreckungstitel darstellt. Die Vorinstanz hat insbesondere erwogen, dass die Grundschuldbestellungsurkunde dem Gläubiger das *abstrakte* Recht einräume, den in der Urkunde verbrieften Betrag geltend zu machen. Dies habe zur Folge, dass die Höhe der geltend gemachten Forderung nicht näher substantiiert werden müsse, wenn sie durch den in der Grundschuldbestellung genannten Betrag gedeckt sei. Vielmehr liege es am Schuldner, substantiiert einzuwenden, dass die kausale Forderung tiefer liege als die in Betreuung gesetzte abstrakte Forderung (Urk. 19 S. 9 m.H.a. ZR 114 [2015] Nr. 12). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Gesuchsgegner nicht substantiiert auseinander, sondern legt seine Sicht der Dinge dar. Damit kommt er seiner Begründungspflicht erneut nicht nach.

8. Der Gesuchsgegner macht ferner geltend, der Anspruch auf Vollstreckung sei verwirkt. Die Vorinstanz verneinte diese Auffassung mit folgenden Argumenten (Urk. 19 S. 10 f.):

8.1 Die Verwirkung sei im vorliegend einschlägigen deutschen Schuldrecht bis auf wenige Ausnahmen in Spezialgesetzen nicht kodifiziert. Ihre Grundsätze seien von der Rechtsprechung aus der Generalklausel des § 242 BGB (Treu und Glauben) entwickelt worden. Demnach sei ein Recht verwirkt, wenn (1) die Berechtigte *Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis* von ihrem Recht gehabt und davon *keinen Gebrauch* gemacht habe; (2) seit der Möglichkeit der Geltendmachung ein längerer Zeitraum verstrichen sei (sogenanntes *Zeitmoment*); und (3) besondere Umstände hinzutreten würden, die eine spätere Geltendmachung als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen liessen (sogenanntes *Umstandsmoment*). Das Umstandsmoment liege vor, wenn die Berechtigte bei objektiver Betrachtung durch ihr Verhalten beim Verpflichteten den Eindruck erweckt habe, sie werde ihr Recht nicht mehr geltend machen, und der Verpflichtete sich auf-

grund des damit geschaffenen Vertrauenstatbestandes darauf eingestellt habe und darauf habe einstellen dürfen.

Erstellt sei, so die Vorinstanz weiter, dass die Gesuchstellerin Kenntnis von der Sicherungsgrundschuld gehabt habe und dennoch während elf Jahren (zwischen 2005 und 2016) untätig geblieben sei. Das Vorbringen der Gesuchstellerin, sie sei nicht so lange untätig geblieben, sondern habe den neuen Wohnsitz des Gesuchsgegners eruieren müssen, sei insofern als reine Schutzbehauptung anzusehen, als dies nicht elf Jahre dauern könne. Die ersten beiden Voraussetzungen der Verwirkung seien demnach zu bejahen. Allerdings seien vorliegend keine weiteren besonderen Umstände ersichtlich, welche eine spätere Geltendmachung der Sicherungsgrundschuld als treuwidrig erscheinen liessen. Mit anderen Worten könne alleine aufgrund des Umstands, dass das Zeitmoment gegeben sei, nicht auch auf das Vorliegen des Umstandsmoments geschlossen werden. Zum reinen Zeitmoment müsse ein besonderer, vertrauensbegründender Umstand hinzutreten; der Vertrauenstatbestand könne nicht durch blossen Zeitablauf geschaffen werden (m.H.a BGH XII ZR 59/12). Einen solchen besonderen, vertrauensbegründenden Umstand bringe der Gesuchsgegner indes nicht vor und sei auch nicht aus den Akten ersichtlich. Allein aufgrund des Umstands, dass die Gesuchstellerin die Forderung jahrelang nicht geltend gemacht habe, könne der Gesuchsgegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Mangels Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen sei die Verwirkung der Sicherungsgrundschuld folglich zu verneinen (Urk. 19 S. 10 f.).

8.2 Der Gesuchsgegner führt aus, mit der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass die ersten beiden Voraussetzungen der Verwirkung erfüllt seien. Nicht einverstanden sei er jedoch mit der Auffassung, dass es an einem besonderen, vertrauensbegründenden Umstand fehlen würde (Urk. 18 S. 5). Die Vorinstanz auferlege ihm den Negativbeweis. Die intensiven Bemühungen der Gesuchstellerin, die sie bei der Verwertung der Liegenschaft an den Tag gelegt habe, müssten zusammen mit der Tatsache, dass es sich bei der Gesuchstellerin um ein professionelles Finanzinstitut handle, jeden Zweifel darüber beseitigen, dass das Finanzinstitut nicht mehr alle zur Verfügung stehenden Hebel in Bewegung setzen wür-

de, um allfälliges Guthaben einzutreiben. Es habe keinen langen Zeitablauf gebraucht, sondern es hätten wenige Monate genügt, um erwarten zu können, dass ein professionelles Finanzinstitut aktiv werden würde. Da der Gesuchsgegner schon damals hoch verschuldet gewesen sei, hätten die Betreuungsauskünfte die Aussichtslosigkeit weiterer Schuldeintreibungen ergeben. Es stelle sich logischerweise eher die Frage, weshalb nicht die Gesuchstellerin die nach Treu und Glauben zu vermutende Verwirkung zu (zer-)stören versuchen müsste, indem sie auch nur einen einzigen vernünftigen und nachvollziehbaren Grund anzugeben hätte, weshalb sie weder die angehobene Schuldeneintreibung weitergeführt noch vorsichtshalber den Gesuchsgegner wenigstens regelmässig erinnert habe, um die diskutierte Einrede zu verhindern (Urk. 18 S. 5 ff.).

8.3 Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, wo er diese Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat und kommt seiner Begründungspflicht wiederum nicht nach. Vor Vorinstanz verwies der Gesuchsgegner auf einen Entscheid des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 8. Oktober 2002. Darin erwog das Oberlandesgericht, dass für die Verwirkungsfrist vielfach bereits ein Zeitraum von 10 Jahren als ausreichend angesehen werde (Urk. 8 S. 5 m.H.a OLG Frankfurt am Main, 13 W 54/02). Die Vorinstanz führte unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus, dass der reine Zeitablauf nicht für eine Verwirkung genügt. Gemäss dem zitierten Entscheid des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2013 kann der Vertrauenstatbestand - selbst bei einer Dauer von 13 Jahren - nicht durch blossen Zeitablauf geschaffen werden (BGH XII ZR 59/12). Indem die Vorinstanz auf die Rechtsprechung des obersten Gerichts in Deutschland verwies, ist ihr nicht vorzuwerfen, sie habe das Recht unrichtig angewandt. Die Rüge ist daher nicht stichhaltig.

9. Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Beschwerde als unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

III.

1. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner kosten- und entschädigungspflichtig.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 1'500.– anzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'200.– (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu bemessen.
3. Der Gesuchsgegner stellt für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 18 S. 2 i.V.m. S. 7).
 - 3.1 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).
 - 3.2 Die Mittellosigkeit ist ausgewiesen (vgl. Urk. 14/1-20).
 - 3.3 Bei der Prüfung der Frage der Aussichtslosigkeit sind nach gefestigter Lehre und Praxis diejenigen Begehren als aussichtslos zu bezeichnen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind auf Grundlage des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz, der dagegen vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Rügen sowie der gesamten erstinstanzlichen Akten und der Rechtsmittelbegründung zu beurteilen, keinesfalls aber nach Massgabe der bei Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens gegebenen Erfolgsaussichten (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 271). Sodann ist zu berücksichtigen, in welchen Punkten und mit welchen Argumenten die gesuchstellende Partei den Entscheid anfechten will und welche Rügen oder allenfalls neue Vorbringen im Rechtsmittel zulässig sind (BGer 4D_29/2011 vom 18. Juli 2011, E. 1.1. m.H.). Der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner kann zwar ein legitimes Interesse für die Aufhebung des Rechtsöffnungs-

entscheidungs beanspruchen. Allerdings erfüllen die erhobenen Rügen die eingangs erwähnten Begründungsanforderungen oft nicht, und die Vorbringen des Gesuchsgegners zielen wiederholt an der Sache vorbei. Daher ist der Standpunkt des Gesuchsgegners unter prozessrechtlichen Gesichtspunkten als aussichtslos zu qualifizieren. Das Gesuch ist deshalb abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'292.40 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 übersteigt Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
sf