

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV180013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 27. März 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 28. November 2018
(EZ180007-K)**

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 28. November 2018 entschied die Vorinstanz über das von der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 17. August 2018 eingereichte Vollstreckungsbegehren (Urk. 1) wie folgt (Urk. 26 S. 5 f. = Urk. 20 S. 5 f.):

1. Der Gesuchsgegner wird unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.–) verpflichtet, sich auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin beim Grundbuchamt und Notariat C._____, ... [Adresse], zusammen mit der Gesuchstellerin einzufinden zwecks öffentlicher Beurkundung des beiliegenden Pfandvertrages über die Errichtung eines Registerschuldbriefs für die offene Forderung von Fr. 375'000.– gemäss Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 13. September 2017, Dispositiv-Ziffer 5/a sowie zwecks Eintragung dieses Schuldbriefs beim Grundbuchamt (namentlich Abgabe der notwendigen Willenserklärungen für die Eintragung). Der Pfandvertrag (act. 3) ist diesem Urteil beigelegt.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.–.
3. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung.)
6. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

1.2 Hiergegen erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) mit Schreiben vom 7. Dezember 2018 (eingegangen am 10. Dezember 2018) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 25 S. 2):

- "1. Das Urteil sei aufzuheben.
2. Keine Gerichtsgebühren zu meinen Lasten, da der Auftrag zur Errichtung längstens beim Notariat vorhanden war und Frau B._____ die Zeit verstreichen liess.
3. Keine Parteientschädigung."

2.1 Die Vorinstanz hielt Folgendes fest: Das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 13. September 2017

(Geschäfts-Nr. FE130430-K) sei am 3. Oktober 2017 in Rechtskraft erwachsen und vollstreckbar geworden. Der Gesuchsgegner sei mit besagtem Urteil verpflichtet worden, der Gesuchstellerin Fr. 100'000.– bis zum 31. Dezember 2017 sowie Fr. 350'000.– bis zum 31. Dezember 2019 zu bezahlen. Ausserdem sei der Gesuchsgegner verpflichtet worden, zur Sicherstellung des Gesamtbetrages von Fr. 450'000.– auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin einen Registerschuldbrief auf der Liegenschaft D. _____-strasse ... in E. _____ zu errichten. Demnach stelle die Nichtvornahme der Errichtung trotz entsprechender Aufforderung grundsätzlich die Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung des Urteils dar, solange die Zahlungen von total Fr. 450'000.– noch nicht vollständig geleistet worden seien. Die Gesuchstellerin habe geltend gemacht, der Gesuchsgegner habe bisher von der ersten Teilzahlung lediglich Fr. 75'000.– geleistet. Trotz entsprechender Aufforderung sei der Gesuchsgegner seiner Pflicht zur Eintragung des Registerschuldbriefes nicht nachgekommen. Angesichts der nicht vollständigen Zahlung der ersten Tranche sei das entsprechende Sicherheitsbedürfnis auch klarerweise ausgewiesen, wobei aber der Sicherheitsanspruch unabhängig davon sowieso bestehe. Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass der Gesuchsgegner innert Frist dazu keine Stellung genommen, indes mit Schreiben vom 14. Oktober 2018 einen von Hand korrigierten Entwurf des Pfandvertrages eingereicht habe, bei welchem die Pfandsumme auf Fr. 350'000.– reduziert worden sei (Urk. 26 mit Verweis auf Urk. 11 und Urk. 12). Der Gesuchsgegner habe jedoch keine Urkunde eingereicht, welche seinen sinngemässen Einwand, die Forderung sei im entsprechenden Umfang getilgt worden, belegen würde. Darüber hinaus sei die Tilgung von der Gesuchstellerin bestritten worden (Urk. 26 mit Verweis auf Urk. 15). Damit sei erstellt, dass der Gesuchsgegner trotz entsprechender Aufforderung durch die Gesuchstellerin der in Dispositiv-Ziffer 5 a des Urteils vom 13. September 2017 festgelegten Pflicht nicht nachgekommen sei. Schliesslich qualifizierte die Vorinstanz die Androhung einer Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB als angemessen und ausreichend, weshalb sie den Gesuchsgegner – wie eingangs aufgeführt – verpflichtete (Urk. 26 S. 5).

2.2 Der Gesuchsgegner bestätigt beschwerdeweise, der Gesuchstellerin gemäss Scheidungskonvention noch Fr. 375'000.– zu schulden, wobei Fr. 25'000.– per 31. Dezember 2017 fällig gewesen seien und Fr. 350'000.– per 31. Dezember 2019 fällig würden. Er habe am 10. Oktober 2018 beim Notariat C._____ einen Registerschuldbrief über Fr. 350'000.– bestellt; die Unterlagen seien seit dem 10. Oktober 2018 beim Notariat gewesen. Die Gesuchstellerin habe dazu aber keine Stellung genommen. Er habe sowohl dem Gericht als auch der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass er am 15. Oktober 2018 eine Achillessehnen-Operation gehabt habe, weshalb er bis Januar 2019 krank geschrieben sei. Per 5. Dezember 2018 habe er vom Notariat einen Termin erhalten. Man habe ihm mitgeteilt, die Gesuchstellerin habe den Registerschuldbrief über Fr. 350'000.– unterzeichnet; er könne vorbeikommen. Damit habe die Gesuchstellerin während zwei Monaten nichts unternommen; vermutlich habe sie in arglistiger Art und Weise auf das Urteil der Vorinstanz gewartet, um eine Entschädigung auszuhandeln. Richtig sei, dass er bis dato nach wie vor den Betrag von Fr. 25'000.– schulde, welchen die Gesuchstellerin mittels Betreuung geltend mache. Diesen Betrag werde er in den kommenden Tagen bezahlen können, da er eine Liegenschaft aus dem Geschäftsvermögen per 14. Dezember 2018 verkaufe. Nach dem Gesagten sei die Beilage zum Urteil ("öffentliche Beurkundung über Errichtung des Registerschuldbriefes" über Fr. 375'000.–) falsch; er habe dies ja bereits am 18. Oktober 2018 beim Notariat C._____ eingereicht (Urk. 25 S. 1 f.).

3.1.1 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und mittels Verweisungen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Die blosser Verweisung auf die Ausführungen vor Vorinstanz oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. Au-

gust 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.).

3.1.2 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 326 N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

3.2.1 Der Gesuchsgegner hatte vor Vorinstanz lediglich ausgeführt, er habe dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin die Korrektur des Pfandvertrages mitgeteilt und ihm das Original zugestellt (Urk. 11). Ansonsten hatte sich der Gesuchsgegner – abgesehen von seinen Fristerstreckungsgesuchen (Urk. 7-8; Urk. 18) – zur Sache nicht vernehmen lassen. Demgemäss sind die Ausführungen des Gesuchsgegners, welche über das vor Vorinstanz bereits Dargelegte hinausgehen, neu und damit unzulässig und unbeachtlich (vgl. Erw. 3.1.2 hiervor). Entsprechend ist auf die Einwendungen des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin den Pfandvertrag erst mehr als zwei Monate später unterzeichnet habe, er am 5. Dezember 2018 einen Termin zur Unterzeichnung erhalten habe, er per 14. Dezember 2018 eine Liegenschaft aus dem Geschäftsvermögen verkaufe und der Gesuchstellerin aus dem Erlös den Betrag von Fr. 25'000.– bezahle, nicht weiter einzugehen. Dies gilt ebenso für die erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen (Urk. 28/1).

3.2.2 Daran vermag auch der Einwand des Gesuchsgegners, er habe der Vorinstanz und der Gesuchstellerin seine Achillessehnen-Operation und seine damit verbundene Krankschreibung bis im Januar 2019 mitgeteilt, nichts zu ändern: Richtig ist zwar, dass der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 30. August 2018 um Erstreckung der ihm mit Verfügung vom 21. August 2018 angesetzten Frist zum Erstellen der Gesuchsantwort ersucht hat (Urk. 5; Urk. 7). Diese Frist wurde ihm mit Verfügung vom 31. August 2018 bis zum 13. September 2018 erstreckt (Urk. 7). Sein erneutes Fristerstreckungsgesuch vom 11. September 2018 wurde mit Verfügung vom 13. September 2018 bewilligt und die Frist letztmals bis zum 30. September 2018 erstreckt (Urk. 8). Sodann klärte die Vorinstanz den Gesuchsgegner mit separatem Schreiben vom 17. September 2018 auf, dass er einen Vertreter zu bestellen habe, sollte er selber aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sein, selbständig eine Stellungnahme zu verfassen; eine Fristerstreckung um 4 bis 6 Monate könne nicht gewährt werden (Urk. 9). Der Gesuchsgegner liess sich hierauf erst wieder mit Schreiben vom 14. Oktober 2018 vernehmen (Urk. 11). Die ihm mit Verfügung vom 1. November 2018 angesetzte Frist erstreckte die Vorinstanz letztmals mit Verfügung vom 9. November 2018 bis zum 19. November 2018 (Urk. 18). Wiederum liess sich der Gesuchsgegner nicht vernehmen.

Nach dem Gesagten kann der Gesuchsgegner mit seiner Einwendung nichts zu seinen Gunsten ableiten: Wie ausgeführt, hatte ihn die Vorinstanz mit Schreiben vom 17. Oktober 2018 explizit und zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Fristerstreckung um 4 bis 6 Monate unter Berücksichtigung der Verfahrensart sowie der Komplexität des vorliegenden Falles als unangemessen erscheine und es an ihm sei, einen Vertreter zu bestellen (Urk. 9). Leistet der Gesuchsgegner dieser Aufforderung keine Folge, hat er die daraus resultierenden Konsequenzen zu tragen, zumal er vor dem 15. Oktober 2018 offensichtlich in der Lage gewesen war, schriftlich zu korrespondieren (vgl. Urk. 7, Urk. 8, Urk. 11, Urk. 12 und Urk. 28/1). Umso mehr wäre es ihm möglich gewesen, einen Vertreter zu bestellen und diesen zu instruieren. Tut er dies nicht, hat er die Säumnisfolgen zu tragen. Demzufolge ist die Feststellung der Vorinstanz, der Gesuchsgegner habe sich innert Frist nicht vernehmen lassen, zutreffend und nicht zu beanstanden.

Demnach hat die Vorinstanz zu Recht aufgrund der Akten entschieden; sie hat den Anspruch des Gesuchsgegners auf Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht verletzt.

3.3 Im Übrigen beanstandet der Gesuchsgegner zu Recht nicht, vor Vorinstanz lediglich den von ihm unterzeichneten Pfandvertrag mit handschriftlich auf Fr. 350'000.– reduzierter Pfandsumme eingereicht zu haben. Der Gesuchsgegner hat vor Vorinstanz weder behauptet noch belegt, die Errichtung des Registerschuldbriefes sei bereits eingeleitet worden. Wie vorangehend erwähnt, ist die beschwerdeweise vorgebrachte Behauptung, wonach er bereits am 10. Oktober 2018 das Gesuch um Erstellung eines Registerschuldbriefes an das Notariat C._____ gestellt habe, aufgrund des Novenverbots unbeachtlich. Sodann setzt sich der Gesuchsgegner auch nicht mit der Feststellung der Vorinstanz auseinander, wonach er keine Urkunden eingereicht habe, welche eine Tilgung im Umfang von Fr. 25'000.– belegten. Vielmehr bestätigt der Gesuchsgegner im Beschwerdeverfahren, von der ersten Teilzahlung mit Fälligkeit per 31. Dezember 2017 die Summe von Fr. 25'000.– noch nicht beglichen zu haben. Dementsprechend ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass insgesamt Fr. 375'000.– der gesamten Schuld von Fr. 450'000.– bis zum Erlass des Urteils ausstehend waren. Demnach zielt der Einwand des Gesuchsgegners ins Leere, der dem Urteil beigefügte Pfandvertrag sei falsch. Damit hat es sein Bewenden.

3.4 Schliesslich ist auch der Einwand unbehelflich, die Gesuchstellerin habe die ihr zugesprochene Entschädigung in arglistiger Art und Weise herbeigeführt: Der Gesuchsgegner führt selber aus, erst nach Einreichen des Vollstreckungsgesuchs seitens der Gesuchstellerin den Pfandvertrag unterzeichnet und das Notariat mit der Bestellung eines Registerschuldbriefes beauftragt zu haben. Selbst wenn dem Gesuchsgegner zuzustimmen wäre – was vorliegend neben der fehlenden Zulässigkeit unbewiesen blieb –, hat er das vorliegende Verfahren veranlasst, da er nicht auf erste Aufforderung der Gesuchstellerin hin den Registerschuldbrief errichten liess (vgl. Urk. 4/2-3). Demgemäss wäre er auch dann kosten- und entschädigungspflichtig geworden, wenn die Gesuchstellerin – wie vom Gesuchsgegner behauptet – nicht zwei Monate gewartet hätte, bis sie den Pfand-

vertrag unterzeichnete. Damit bleibt es bei der erstinstanzlichen Kostenregelung, zumal der Gesuchsgegner nicht gegen die Höhe der ihm auferlegten Kosten und Entschädigung opponiert.

3.5 Dementsprechend erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

4.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Kosten sind dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage je eines Doppels bzw. einer Kopie der Urk. 25, Urk. 27 und Urk. 28/1-5 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. 375'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
sf