



---

## **Praxisänderung zu § 272 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO**

### **(Rechtsöffnung bei Vollstreckung eines ausländischen Entscheids)**

Zwischen Exequatur und Rechtsöffnung ist zu unterscheiden. Lautet das Begehren auf Rechtsöffnung, so ist im Dispositiv nur hierüber zu entscheiden (Erw. II.1.).

Aufgabe der Praxis der Spaltung des Rechtswegs (Rekurs gegen Vollstreckbarerklärung, Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheid). Zulässig ist allein der Rekurs (Erw. II.2.).

#### **I.**

1. Mit Verfügung vom 4. Mai 2006 erklärte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht y das Versäumnisurteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 14. Oktober 2005 für vollstreckbar (Dispositiv-Ziffer 1. von act. 2) und erteilte der Klägerin in der Betreuung Nr. x des Betreibungsamtes Z (Zahlungsbefehl vom 6. Februar 2006) definitive Rechtsöffnung für Fr. 3'884.70 (Euro 2'500.--) nebst Zins zu 9.47 % seit 29. August 2004, Fr. 4'972.40 (Euro 3'200.--) nebst Zins zu 9.47 % seit 30. August 2004, Fr. 3'977.95 (Euro 2'560.--) nebst Zins zu 9.47 % seit 5. September 2004, Fr. 11'517.05 (Euro 7'411.79) nebst Zins zu 9.47 % seit 30. September 2004 und Fr. 2'684.60 (Euro 1'727.68), die Betreuungskosten sowie die Kosten und Entschädigung im einzelrichterlichen Verfahren. Die Spruchgebühr wurde auf Fr. 1'000.-- festgesetzt und von der Klägerin unter Ersatz durch die Beklagte bezogen, welche zudem zu einer Prozessentschädigung von Fr. 968.40 (inklusive Mehrwertsteuer) an die Klägerin verpflichtet wurde.
2. Dagegen erhob die Beklagte rechtzeitig Rekurs mit am 29. Juni 2006 bei der Kammer eingegangener Eingabe. Die Beklagte verlangt darin die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides (Vollstreckbarerklärung) sowie die Rück-

weisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung. Parallel dazu gelangte die Beklagte mit rechtzeitig erhobener Nichtigkeitsbeschwerde an die III. Zivilkammer des Obergerichtes, wobei sie die Nichtigklärung des vorinstanzlichen Entscheides, die Rücknahme der definitiven Rechtsöffnung, die Stattgabe des Rechtsvorschlages sowie die Aufhebung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen verlangt. Mit Präsidialverfügung der III. Zivilkammer vom 3. Juli 2006 wurde das Kassationsverfahren der II. Zivilkammer zum Entscheid überwiesen. Die Vorinstanz hat als Rechtsmittel gegen Dispositiv Ziff. 2.-5. des vorinstanzlichen Entscheides (Gewährung der definitiven Rechtsöffnung, Kosten und Entschädigungsfolgen) die Nichtigkeitsbeschwerde angegeben. Nach neuer obergerichtlicher Praxis (vgl. E II.) ist indessen auch in diesen Punkten der Rekurs als Rechtsmittel zulässig. Der Beklagten wurde daher mit Präsidialverfügung vom 6. September 2006 Gelegenheit gegeben, ihre Eingabe vom 29. Juni 2006, in welcher sie ihre Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 281 ZPO begründete, im Sinne einer Rekurschrift zu ergänzen oder neu eine Rekurschrift einzureichen. Da die Beklagte diese Frist ungenutzt verstreichen liess, wird ihre Eingabe vom 29. Juni 2006 (androhungsgemäss) als Rekurschrift entgegengenommen. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung. Seitens der Klägerin gingen am 16. November 2006 die Rekursantwort sowie deren Ergänzung ein. Darin stellt sie das Begehren um Abweisung des Rekurses und der Nichtigkeitsbeschwerde sowie um Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

## **II. (Praxisänderung)**

1. Zwischen Exequatur und Rechtsöffnung ist zu unterscheiden. Dem Exequaturentscheid kommt materielle Rechtskraft über die konkrete Betreuung hinaus zu, während der Rechtsöffnungsentscheid nur in der konkreten Betreuung Wirkung entfalten kann. Die klagende Partei hat sich festzulegen, was sie will: Exequatur oder Rechtsöffnung oder beides. Wenn Bezirksgerichte bis anhin die Praxis verfolgten, bei einer internationalen Vollstreckung

ungeachtet des Rechtsbegehrens im Dispositiv stets auch das Exequatur zu erteilen, dann scheint dies nicht zulässig.

2. Die Praxis ging bis anhin von einer Spaltung des Rechtsweges aus (Rekurs gegen die Vollstreckbarerklärung, Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid). FRANK/STRÄULI/MESSMER [Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 17 zu § 272 ZPO] weisen in diesem Zusammenhang auf die Praxis zu § 377 II altZPO hin, die den Rekurs gegen die Verfügung des Einzelrichters dann zugelassen habe, "wenn sie ein besonderes Dispositiv betr. die Vollstreckbarerklärung nicht enthält und sich formell als blosser Rechtsöffnungsverfügung darstellt". Diese Praxis wurde mit ZR 85 Nr. 76 und 87 Nr. 8 unter neuem Recht weitergeführt. In ZR 87/1988 Nr. 8 S. 20, hat das Kassationsgericht - die bisherige Praxis rapportierend - ausgeführt:

"Der dort [scil. Frank/Sträuli/Messmer] zitierte Entscheid ZR 76/1977 Nr. 62 lässt denn auch ausdrücklich den Rekurs gegen 'Entscheide im Rechtsöffnungsverfahren' zur Frage der Vollstreckbarkeit zu, wogegen hinsichtlich Bestand und Umfang der Forderung der Entscheid mit Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten ist. Etwas anderes kann auch nicht gelten, wenn über die Vollstreckbarkeit in separatem Dispositiv befunden worden ist."

§ 377 Abs. 2 der ZPO vom 13. April 1913/7. April 1935 bestimmte:

"Auf Begehren einer Partei entscheidet der Einzelrichter im summarischen Verfahren über die Anerkennung oder die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils. Gegen den Entscheid ist der Rekurs an das Obergericht zulässig."

Gemeint war damit ein separates Exequaturverfahren. Gemäss § 334 Ziff. 7 aZPO konnten Erledigungsverfügungen des Einzelrichters mit dem Rekurs weitergezogen werden, aber gemäss § 334 Ziff. 7 lit. c aZPO ausdrücklich nicht "Verfügungen ... betreffend Rechtsöffnung". Gegen solche war gemäss § 346 Abs. 2 aZPO die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig.

Diese Rechtslage musste zur Spaltung des Rechtsweges führen. In Sträuli/Hauser, N. 29 zu § 334 der ZPO von 1913/1935 steht dazu:

"Da im Rechtsöffnungsgesuch, das sich auf ein ausländisches Urteil stützt, implicite auch ein Begehren um Vollstreckbarerklärung desselben liegt,

gestattet die Praxis in derartigen Rechtsöffnungsstreitigkeiten einen Rekurs gegen die Verfügung des Einzelrichters auch dann, wenn sie ein besonderes Dispositiv betreffend die Vollstreckbarerklärung nicht enthält und sich daher als blosser Rechtsöffnungsverfügung darstellt. In Betracht kommt diesfalls der Rekurs nach § 377 Abs. 2".

Angesichts des Umstandes, dass das Gesetz in § 346 Abs. 2 aZPO für Rechtsöffnungsentscheide an und für sich nur die Nichtigkeitsbeschwerde vorsah, führte dies nach der Praxis zur Spaltung des Rechtsweges. Nach altem Recht war das nicht zu vermeiden. Anders präsentiert sich die Rechtslage jedoch nach geltendem Recht.

Gemäss geltendem § 272 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO sind Erledigungsverfügungen, welche die Rechtsöffnung betreffen, mit dem Rekurs nicht anfechtbar, "sofern nicht die Vollstreckung eines ausländischen Entscheides in Frage steht". Wäre die bisherige Praxis der Spaltung richtig, so wäre der letzte Einschub gänzlich unnötig. Rechtsöffnungsentscheide sind ohnehin nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar. Ein Exequatur, das nicht nur vorfrageweise, sondern im Dispositiv erteilt wird, ist bereits auf Grund von § 272 Abs. 1 ZPO rekurrabel. Der Gesetzesvorschrift von § 272 Abs. 1 ZPO lässt sich schliesslich nicht entnehmen, dass bei der Behandlung des Rekurses nicht auch jene Fragen beurteilt werden dürfen, die mit dem ausländischen Entscheid an und für sich nichts zu tun haben (Tilgung der Forderung, Verrechnungseinreden usw.). Steht mithin im Rahmen eines Rechtsöffnungsentscheides die Vollstreckung eines ausländischen Urteils in Frage, muss der Rekurs gegen den Rechtsöffnungsentscheid uneingeschränkt zulässig sein, soweit jedenfalls als der erforderliche Streitwert gegeben ist. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass im Rekursverfahren nur die internationalrechtlichen Fragen überprüft werden könnten. Einzuzuräumen ist, dass damit bei Rechtsöffnungsbegehren, bei welchen sich gleichzeitig die Frage der Vollstreckbarerklärung stellt, der Rekurs, bei andern Rechtsöffnungsbegehren jedoch nur die Nichtigkeitsbeschwerde als Rechtsmittel zulässig ist. Dies entspricht indessen dem klaren Wortlaut der massgeblichen Gesetzesbestimmung. Die Rechtsprechung ist daher im Sinne vorstehender Erwägungen zu ändern.

### III. (vorfrageweise Überprüfung der Vollstreckbarkeit)

1. Auf die Vorbringen der Klägerin und der Beklagten vor Vorinstanz kann in Anwendung von § 161 GVG verwiesen werden.
2. Die Klägerin stützte ihr Begehren um Vollstreckbarerklärung auf ein Versäumnisurteil des Landgerichts Feldkirch in Österreich vom 14. Oktober 2005 sowie auf eine Amtsbestätigung des Landesgerichts Feldkirch vom 11. Januar 2006, mit welcher bescheinigt wird, dass die Zustellung der Klage und der Auftrag zur Klagebeantwortung an die Beklagte am 22. Juni 2005 persönlich, ordnungsgemäss und rechtzeitig erfolgte, andererseits, dass das Versäumnisurteil vom 14. Oktober 2005 am 28. Oktober 2005 ordnungsgemäss zugestellt wurde, rechtskräftig und vollstreckbar ist. Mit zutreffender Begründung stellte die Vorinstanz fest, dass das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zur Anwendung gelange und bejahte in der Folge ihre Zuständigkeit. Die Einzelrichterin prüfte das Vorliegen der Negativvoraussetzungen gemäss Art. 27 und 28 LugÜ sowie der weiteren Voraussetzungen zur Vollstreckung gemäss Art. 25, 46 und 47 LugÜ und kam (vorfrageweise) zum Resultat, dass das Versäumnisurteil des Landgerichtes Feldkirch vom 14. Oktober 2005 als vollstreckbar erklärt werden könne.
3. Was die Beklagte in formeller Hinsicht gegen den vorinstanzlichen Entscheid vorbringt, überzeugt nicht. Wie bereits vor Vorinstanz macht die Beklagte auch im Rekursverfahren geltend, das Landgericht Feldkirch sei zum Erlass des Versäumnisurteils nicht zuständig gewesen, weshalb es auch nicht durch das Bezirksgericht y für vollstreckbar hätte erklärt werden dürfen. Die Argumentation der Beklagten wurde jedoch bereits mit zutreffender Begründung der Vorinstanz widerlegt. So führte diese aus, die internationale Zuständigkeit des Sachrichters dürfe der Rechtsöffnungsrichter grundsätzlich nur bezüglich der zwingenden Gerichtsstände von Art. 7 ff., 13 ff. und 16 LugÜ überprüfen, welche im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben seien. Dem ist auch im Rekursverfahren beizupflichten. Allerdings ist festzuhalten, dass die Klägerin vor Vorinstanz lediglich die Rechtsöffnung und nicht auch gleich die formelle Erteilung des Exequaturs verlangte. Da die Vorinstanz in-

des das Exequatur in einer eigenen Dispositivziffer erteilt, setzte sie sich über das Rechtsbegehren der Klägerin hinweg. Vom Ergebnis her - wenn auch mit anderer Begründung als dies die Beklagte vorträgt - ist der Rekurs insofern gutzuheissen, als dass das im angefochtenen Entscheid in Dispositivziffer 1 erteilte Exequatur ersatzlos zu streichen ist. Dies ändert jedoch nichts an der zutreffenden rechtlichen vorfrageweisen Prüfung der Vollstreckbarkeit durch die Vorinstanz.

#### **IV. (Rechtsöffnung)**

1. Auf die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zur definitiven Rechtsöffnung kann in Anwendung von § 161 GVG verwiesen werden.
2. Die Vorinstanz stellte fest, dass die Beklagte die üblichen Einreden gegen einen definitiven Rechtsöffnungstitel (Tilgung, Stundung, Verjährung) nicht erhoben habe. Mit dem Versäumnisurteil vom 14. Oktober 2005 liege ein definitiver Rechtsöffnungstitel vor, welcher eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG obsolet mache, weshalb der Klägerin entsprechend den Beträgen des Zahlungsbefehls definitive Rechtsöffnung zu erteilen sei.
3. Die Beklagte führt im Rekursverfahren aus, die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, zumal sie Art. 2 LugÜ nicht angewendet habe, was fälschlicherweise zur Zuständigkeit der Vorinstanz geführt habe. Die Vorinstanz habe im übrigen eine aktenwidrige bzw. willkürliche Anwendung getroffen, da die Beklagte sich über die wichtigen Belange der definitiven Rechtsöffnung nicht äussern können. Zudem sei die Beklagte nicht darauf hingewiesen worden, dass es sich um ein Verfahren um definitive Rechtsöffnung gehandelt habe. Die Eingabe der Beklagten habe durchaus "eine klare Aufstellung und Beweisführung" enthalten und damit die von der Klägerin geltend gemachten Beträge bestritten. Das Gericht habe die von ihr eingereichten Beilagen nicht berücksichtigt. Die Vorinstanz habe alsdann klares materielles Recht verletzt, da für die Verhandlung über die Rechtsöffnung das Bezirksgericht y zuständig sei und nicht ein ausländi-

sches Gericht. Es sei eine Verletzung des Rechts, dass die Beklagte vor einem österreichischen Gericht belangt und von diesem verurteilt worden sei.

4. Soweit die Beklagte im Rekursverfahren geltend macht, das österreichische Gericht sei aufgrund der Bestimmungen des LugÜ nicht zuständig gewesen, kann auf die vorstehenden Ausführungen zur Vollstreckbarerklärung verwiesen werden. Die Argumentation der Beklagten zielt diesbezüglich ins Leere. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso sich die Beklagte über die wichtigen Belange der definitiven Rechtsöffnung nicht habe äussern können. Die Beklagte hatte dazu anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz vom 4. Mai 2006 Gelegenheit. Allein schon aufgrund der Klageschrift hätte ihr so dann klar sein müssen, dass es sich um ein Verfahren um definitive Rechtsöffnung handelt. Die von der Beklagten geltend gemachte Aufstellung und Beweisführung anhand der Eventualanträge, hilft ihr im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung nicht weiter. Zu Recht hat die Vorinstanz denn im angefochtenen Entscheid auch darauf hingewiesen, dass Einreden (im Sinne von Art. 81 SchKG) seitens der Beklagten nicht erhoben worden seien. Solche macht sie im übrigen auch im Rekursverfahren nicht geltend. Unverständlich ist zudem die Argumentation der Beklagten, für die Verhandlung über die Rechtsöffnung sei das Bezirksgericht y zuständig und nicht ein ausländisches Gericht. Genau mit dieser Thematik jedoch befasste sich das Bezirksgericht y.
5. Damit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Beklagte im Rekursverfahren nichts vorbringt, was eine andere Beurteilung des angefochtenen Entscheides nahe legen würde, weshalb der Rekurs mit Ausnahme der ersatzlos aufzuhebenden formellen Erteilung des Exequaturs abzuweisen ist.

#### **IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

1. Die Beklagte unterliegt im Rekursverfahren bezüglich der vorfrageweisen Überprüfung der Vollstreckbarkeit und der Rechtsöffnung. Sie obsiegt einzig insofern, als dass die formelle Erteilung des Exequaturs ersatzlos zu strei-

chen ist. Bei diesem überwiegenden Obsiegen der Klägerin rechtfertigt es sich, die Kosten des Rekursverfahrens der Beklagten aufzuerlegen. Die Beklagte hat die Klägerin antragsgemäss zu entschädigen.

2. Da es sich (aufgrund der lediglich vorfrageweisen Prüfung der Vollstreckbarerklärung) inhaltlich ausschliesslich um eine Rechtsöffnungsverfahren handelt, ist nur eine Spruchgebühr im Sinne der GebV SchKG festzusetzen. Der Klägerin ist eine im Sinne von Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Dabei fällt insbesondere in Betracht, dass es sich um ein summarisches Verfahren handelt und die Vollstreckbarkeit nicht selbständig, sondern als Vorfrage zu prüfen war (§ 5 AnwGebVo). Da die Klägerin Wohnsitz im Ausland hat, ist ihr eine Entschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

#### **V. (Rechtsmittel)**

Als Rechtsmittel ist die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zu bezeichnen. Über das Exequatur ist vorliegend lediglich vorfrageweise zu entscheiden. Art. 37 Abs. 2 Lugü dürfte daher nicht zur Anwendung kommen. Über die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde hat indessen letztlich das Kassationsgericht zu entscheiden.

II. ZK Obergericht Zürich  
NL060078  
Beschluss vom 30.11.2006