



Geschäfts-Nr. PN040175/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,
Dr. iur. R. Wyler und Dr. iur. A. Brunner
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 1. Oktober 2004

in Sachen

S., Dr. iur.
Kläger und Beschwerdeführer
vertreten durch RA (...)

gegen

B., Dr.
Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 3. Juni 2004**

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Mit Verfügung vom 3. Juni 2004 wies die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich das Begehren um definitive Rechtsöffnung des Klägers und Beschwerdeführers in der Betreuung Nr. 41390 des Betreibungsamts Zürich 8 mit der Begründung ab, die *Form der Zustellung* des Entscheids des Bezirksgerichts Baden AG vom 21. August 2003 richte sich nach dem Prozessrecht des Kantons Zürich, in welchem der Beklagte seinen Wohnsitz habe. Mit dagegen erhobener Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Kläger, den Entscheid aufzuheben und das Rechtsöffnungsge- such gutzuheissen. Der Beklagte stellt in seiner Beschwerdeantwort vom 20. August 2004 den Antrag, die Nichtigkeitsbeschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.
2. Das Verfahren vor der Kassationsinstanz hat lediglich die Frage nach dem Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 Ziff. 1, 2 und 3 ZPO zum Gegenstand. Es kann daher nur geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, er verstosse gegen klares materielles Recht oder er beruhe auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme. Gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO sind die Nichtigkeitsgründe nachzuweisen, d.h. es ist darzulegen, inwiefern und weshalb ein Nichtigkeitsgrund gegeben sein soll. Nur insoweit dies geschieht, erfolgt eine Überprüfung des Entscheids des Sachrichters (§ 290 ZPO).
3. Mit der Beschwerde wird die Verletzung klaren materiellen Rechts gerügt. Die Vorinstanz habe nämlich Art. 80 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 2 SchKG offensichtlich falsch angewendet. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 81 Abs. 2 SchKG seien die zulässigen Einwendungen gegen ein in einem anderen Kanton ergangenes vollstreckbares Urteil auf die zwei Verfahrensmängel der nicht richtigen Vorladung und der nicht gesetzlichen Vertretung beschränkt. Die Lehre halte zu Recht fest, dass es sich systematisch nicht

rechtfertigen lasse, Entscheide trotz Verfahrensmängeln einerseits als rechtsbeständig zu bezeichnen und ihnen andererseits ausserkantonale Vollstreckung zu versagen (SchKG-Staehelin, Art. 81 N 27). Die Vorinstanz habe zwar richtig erwogen, dass das Urteil in formelle Rechtskraft erwachse, wenn es gehörig eröffnet worden sei, da erst dann die Rechtsmittelfrist zu laufen beginne (SchKG-Staehelin, Art. 80 N 7). Entgegen ihrer Auffassung müsse aber die schriftliche Zustellung im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen sein, da der Beklagte das Urteil des Bezirksgerichts Baden AG vom 21. August 2003 erhalten habe und daraufhin ein Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gestellt habe, welches von der 4. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Aargau mit Entscheid vom 7. April 2004 rechtskräftig abgewiesen worden sei.

4. Nach Art. 80 Abs. 1 SchKG kann der Gläubiger beim Richter die definitive Rechtsöffnung verlangen, wenn die in Betreuung gesetzte Forderung auf einem *vollstreckbaren* gerichtlichen Urteil beruht. Die Praxis verlangt indes seit jeher, dass der Entscheid zudem *formell rechtskräftig* sein muss, d.h. nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann (SchKG-Staehelin, Art. 80 N 7, mit zahlreichen Hinweisen). Der Kommentar Gilliéron äussert sich präziser: "*Le poursuivant (...) doit en prouver, selon les cas, le caractère exécutoire ou prouver qu'elle est passée en force de chose jugée*" (Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999, Art. 81, N 12 m. Hinw. auf BGE 105 III 44 ff.; Hervorh. d. Gerichts). Es entspricht klarem Recht, dass ein Urteil dann als Rechtsöffnungstitel i.S. von Art. 80 Abs. 2 SchKG anzuerkennen ist, wenn es das zur Vollstreckbarkeit gehörende Erfordernis der *formellen Rechtskraft* aufweist, was voraussetzt, dass es gehörig eröffnet wurde, da erst dann die Rechtsmittelfrist zu laufen begonnen hat (BGE 105 III 45 E. 2a; SchKG-Staehelin, Art. 80 N 7). Die Eröffnung des Urteils als eines Verwaltungsaktes ist eine *empfangsbedürftige* einseitige Rechtshandlung, für welche der Behörde der Beweis obliegt (Art. 8 ZGB; BGE 105 III 45 a.a.O. m. Hinw. auf BGE 99 Ib 359 ff.). Der Beschwerdegegner bestreitet, im vorinstanzlichen Verfahren zugestanden zu haben, das Urteil des Bezirksgerichts Baden vom 21. Au-

gust 2003 erhalten zu haben, vielmehr habe er die Abholungseinladung für die angeblich am 11. Februar 2004 versandte Gerichtsurkunde nie gesehen. Diese Behauptung ist insoweit unzutreffend, als der Beklagte in seinem Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist vom 20. März 2004 bestätigte, die vollständige schriftliche Ausfertigung des Urteils vom 21. August 2003 mit dem Schreiben des Bezirksgerichts Baden vom 15. März 2004 effektiv empfangen zu haben. Die vom Beklagten angestrebte Appellation gemäss § 317 ff. ZPO AG hätte die Wiederherstellung der 20-tägigen Appellationsfrist zur Voraussetzung gehabt. Diese Vorfrage wurde vom Obergericht des Kantons Aargau als der zuständigen Appellationsinstanz indessen negativ entschieden, so dass die Rechtsmittelfrist unbenützt abgelaufen war. Nachdem vom Beklagten und Beschwerdegegner gegen diesen Entscheid keine staatsrechtliche Beschwerde erhoben wurde, welcher die aufschiebende Wirkung hätte erteilt werden können (Art. 94 OG), ist das Urteil vom 21. August 2003 in formelle Rechtskraft erwachsen, womit die Vollstreckbarkeit des Rechtsöffnungstitels i.S. von Art. 80 Abs. 1 SchKG ausgewiesen ist.

5. Die Rechtsverbindlichkeit des Urteils der Appellationsinstanz des Kantons Aargau vom 7. April 2004 für den Vollstreckungsrichter im Kanton Zürich ist Folge der örtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 12 GestG, wonach für Klagen aus Persönlichkeitsverletzung die alternativen Gerichtsstände am Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten *oder des Klägers* zur Verfügung stehen (Wirth, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 12 N 44). Die formelle Rechtskraft ist vom Rechtsöffnungsrichter dann nicht mehr nach den kollisionsrechtlichen Zustellungsregeln zu prüfen, wenn darüber bereits im Rechtsmittelverfahren (rechtskräftig) entschieden worden ist (SchKG-Staehelin, Art. 81 N 27 in fine; vgl. Jaeger/Walder/ Kull/Kottmann, SchKG Art. 81 N 13). Sie stellt für ihn eine *res iudicata* dar. Die Verletzung klaren materiellen Rechts durch die angefochtene Verfügung vom 3. Juni 2004 in Bezug auf Art. 80 Abs. 1 SchKG findet schliesslich darin ihren Ausdruck, dass das Urteil des Bezirksgerichts Baden vom 21. August 2003 bei Anwendung von Kollisionsrecht gar nicht mehr in formelle Rechtskraft erwachsen könnte, da die vom kantonal-

zürcherischen Prozessrecht geforderte wiederholte Zustellung für den nach Art. 12 GestG zuständigen aargauischen Sachrichter aufgrund des rechtskräftigen Urteils der Appellationsinstanz vom 7. April 2004 ausgeschlossen wäre. Das Urteil vom 21. August 2003 wäre - entgegen Art. 80 Abs. 1 SchKG - formell rechtskräftig, aber *nicht* vollstreckbar. Im Zeitpunkt der Anhebung der Betreuung wie auch der Zustellung des Zahlungsbefehls am 20. April 2004 an den betriebenen Beklagten war das Urteil vom 21. August 2003 rechtskräftig und vollstreckbar und daher als definitiver Rechtsöffnungstitel anzuerkennen. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren Nichtigkeitsrügen zu den Einreden nach Art. 81 Abs. 2 SchKG bzw. nach Art. 6 des Konkordats über die Vollstreckung von Zivilurteilen vom 20. Juni 1977 (SR 276) einzutreten.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher gutzuheissen. Die Sache ist spruchreif. Nachdem der Beklagte und Beschwerdegegner keine Tilgung, Stundung oder Verjährung behauptet hat, ist dem Kläger und Beschwerdeführer für die ihm mit Urteil des Bezirksgerichts Baden AG, 2. Abteilung, vom 21. August 2003 rechtskräftig zugesprochenen Parteikosten, die betrieben wurden, antragsgemäss definitive Rechtsöffnung zu erteilen (§ 291 ZPO).

6. Die Verfahrenskosten sind für beide Instanzen dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen. Er ist zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für beide Instanzen eine Prozessentschädigung zu zahlen.

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 3. Juni 2004 (...) aufgehoben.
2. Dem Kläger und Beschwerdeführer wird in der Betreuung Nr. 41390 des Betreibungsamts Zürich 8, Zahlungsbefehl vom 6. April 2004, für den Betrag

von insgesamt Fr. (...), nebst Zins zu 5% seit 29. März 2004, sowie für die Betreuungskosten von Fr. 100.-- **definitive Rechtsöffnung** erteilt.

3. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.-- wird vom Kläger und Beschwerdeführer bezogen. Sie ist ihm vom Beklagten und Beschwerdegegner zu ersetzen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 750.-- wird dem Beklagten und Beschwerdegegner auferlegt
5. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Kläger und Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. (...) und für das zweitinstanzliche Verfahren eine solche von Fr. (...), je zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer, zu zahlen.
6. (Schriftliche Mitteilung)