



---

Geschäfts-Nr. PN050273/U/Wi

**III. Zivilkammer**

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

**Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 31. Januar 2006**

in Sachen

**A. AG,**

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

**P. AG,**

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (BR Dr. iur. K. Klausberger) vom 20. September 2005**

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Am 17. Dezember 2003 schlossen die Parteien in einem Schiedsverfahren einen Vergleich, worin die Beklagte (heutige Beschwerdeführerin) anerkannte, der Klägerin (Beschwerdegegnerin) den Betrag von Fr. 153'000.-- zu schulden und sie sich verpflichtete, der Klägerin zur *Sicherstellung* dieses Forderungsbetrags bis spätestens 31. Mai 2004 den Betrag von Fr. 113'000.-- sowie den beim Betreibungsamt Zürich 11 hinterlegten Betrag von Fr. 32'000.-- auf ein von der Beklagten zu bezeichnendes Sperrkonto einzuzahlen bzw. zu überweisen. Zudem verpflichtete die Beklagte sich, die (Bank) anzuweisen, den Saldo des Sparkontos (...) ebenfalls zur Sicherstellung des Vergleichsbetrags auf das erwähnte Sperrkonto zu überweisen. Mit Betreibungsbegehren vom 21. September 2004 betrieb die Klägerin die Beklagte für den Forderungsbetrag von Fr. 153'000.-- auf Sicherheitsleistung i.S. von Art. 38 Abs. 1 SchKG gemäss rechtskräftigem Vergleich vor dem Einzelschiedsrichter vom 17. Dezember 2003 und verlangte am 13. Juli 2005 die definitive Rechtsöffnung (act. 9/1). Mit Verfügung vom 20. September 2005 erteilte der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich der Klägerin definitive Rechtsöffnung in der Betreibung auf Sicherheitsleistung Nr. (...) des Betreibungsamts Zürich 10 (Zahlungsbefehl vom 22. September 2004) für Fr. 145'000.-- zuzüglich Fr. 230.-- Betreibungskosten sowie für Kosten und Entschädigung gemäss Dispositiv Ziff. 2 bis 4 der Verfügung.
2. Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. November 2005 beantragte die Beklagte, die Verfügung vom 20. September 2005 sei vollumfänglich aufzuheben und das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen; eventualiter sei die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Gleichzeitig wurde ersucht, der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen; dem Gesuch wurde die Pfändungsankündigung vom 19. Oktober 2005 beigelegt. Mit Präsidialverfügung vom 16. November 2005 wurde das

Begehren um aufschiebende Wirkung einstweilen abgewiesen, mit dem Hinweis, auf ein solches würde erst eingetreten, wenn die Beschwerdeführerin sich darüber ausweise, dass wegen der Klageforderung das Verwertungs- bzw. Konkursbegehren gestellt worden sei. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung. Die Klägerin beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2005 die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

3. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das nicht der Fortsetzung des vor erster Instanz abgeschlossenen Verfahrens dient. Im Gegensatz zur Berufung zielt sie daher auch nicht auf eine freie Nachprüfung des angefochtenen Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, sondern gestattet nur eine Überprüfung daraufhin, ob der angefochtene Entscheid zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei an einem Nichtigkeitsgrund leide. Nichtigkeitsgründe sind gemäss § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen (Ziff. 2) und die Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). In der Beschwerdeschrift ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid mit einem der erwähnten Mängel behaftet sei, damit die Kassationsinstanz den Entscheid des Sachrichters auf den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund hin überprüfen kann (§ 290 ZPO).
4. Zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde wird vorab vorgebracht, die Vorinstanz habe wesentliche Verfahrensregeln i.S. von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt, indem sie die aus Art. 38 Abs. 1 SchKG zwingend folgende Zuständigkeit und das entsprechend anwendbare Verfahren missachtet habe:
  - a) Die Beschwerdegegnerin habe ihr Betreibungsbegehren in Anlehnung an die entsprechende Abschreibungsverfügung des Einzelschiedsrichters nämlich wie folgt formuliert: "*Betreibung auf Sicherheitsleistung (...) Errichtung eines Sperrkontos im genannten Betrag; Übergabe einer Garantie einer schweiz. Bank oder Versicherungsgesellschaft*"; in gleicher Weise sei auch der Zahlungsbefehl umschrieben gewesen. Die Vorinstanz habe zwar richtig erkannt, dass die Zwangsvollstrek-

kung einer Sicherheit auf dem Wege der Schuldbetreibung deren Leistung *in Geld* voraussetze, während die Sicherstellung in anderer Form als Geld, d.h. in Form von Real- oder Personalsicherheiten, im Vollstreckungsverfahren nach kantonalem Recht als Anspruch auf Realerfüllung erzwungen werden könne. Letzteres gelte aber insbesondere auch für die zahlreichen vom Gesetz vorgesehenen Sicherheitsleistungen (m. Hinw. auf SchKG-JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 5 zu Art. 38 SchKG). Im vorliegenden Fall würden sich gegenüber der üblichen Sicherstellung eines Geldbetrags zwei grundlegende Abweichungen ergeben. Die Beschwerdeführerin habe das Recht, erstens das Sperrkonto *selbst* zu errichten und zu bezeichnen und zweitens, anstelle der Sicherheitsleistung eine Bank- oder Versicherungsgarantie zu übergeben. Damit bestehe nur *eine* Form der vereinbarten Sicherheit in einer Geldleistung, erweitert aber durch das Recht der Errichtung des Sperrkontos (act. 2 S. 10, E. 4.2b bb). Diese Konstellation sei mit jener von BGE 93 III 79 vergleichbar, wo der Anspruch auf Sicherheitsleistung durch gerichtliche Hinterlegung von Vermögenswerten habe abgegolten werden können. Die Sicherheitsleistung der Beschwerdegegnerin könne daher ebenfalls nur auf dem Wege des kantonalrechtlichen Befehlsverfahrens durchgesetzt werden.

- b) Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung der "*zwingenden*" Zuständigkeit gemäss kantonalem Befehlsverfahren (vgl. §§ 222 ff. ZPO), mit der Begründung, § 38 Abs. 1 SchKG schliesse eine Zwangsvollstreckung in die Errichtung des Sperrkontos bzw. zur Abgabe einer Bank- oder Versicherungsgarantie als Realakte aus. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, es wäre sachfremd, den Betreuungsweg stets dann auszuschliessen, wenn die Sicherheitsleistung auf ein "*bestimmtes*" Sperrkonto zu erfolgen habe. Denn dem auf Sicherheitsleistung betriebenen Schuldner stehe es frei, die Zahlung wie vereinbart oder an das Betreibungsamt als alternativem Erfüllungsort zu leisten (m. Hinw. auf SchKG-Emmel, N 1 zu Art. 12 SchKG). Die Beschwerdeführerin setzt sich mit dieser Argumentation nicht auseinander, insbesondere legt sie

auch nicht dar, inwiefern ihr durch die Sicherheitsleistung an das Betreibungsamt - insoweit sie sich weigert, vereinbarungsgemäss ein Sperrkonto zu errichten oder zu bezeichnen oder die Garantie zu stellen - ein Rechtsnachteil i.S. von § 281 ZPO erwachsen sollte.

- c) Die Beschwerdeführerin setzt sich auch nicht mit der Erwägung der Vorinstanz zum angerufenen BGE 93 III 79 (E. 2b) auseinander, jener Entscheid habe die Frage behandelt, ob die gerichtliche Hinterlegung von Vermögenswerten zwecks späteren Einbezugs in die Teilung eines Nachlasses als Sicherheitsleistung i.S. von § 38 Abs. 1 SchKG zu qualifizieren sei, weshalb sich daraus nichts auf den vorliegenden Fall übertragen lasse. Die Folgerung der Vorinstanz ist zutreffend, hat das Bundesgericht sich doch an der zitierten Stelle lediglich zum *Begriff* der Zwangsvollstreckung auf Sicherheitsleistung i.S. von Art. 38 Abs. 1 SchKG geäussert und erwogen, diese könne (nur) zur Durchsetzung eines Anspruchs darauf dienen, dass der Schuldner für die Erfüllung einer ihm obliegenden Pflicht eine Sicherheit leiste, auf die gegriffen werden könne, wenn er seine Pflicht nicht erfülle. Da die Vermögenswerte, die beim Gericht hinterlegt werden sollten, aber nicht in diesem Sinne als Sicherheit dienten, sondern im Falle der Gutheissung eines Klagebegehrens noch in die Teilung eines Nachlasses einbezogen werden sollten, konnte die gerichtliche Hinterlegung nur auf dem Wege einer vorsorglichen Massnahme zur *Erhaltung des Streitgegenstands* nach kantonalem Prozessrecht erfolgen (BGE 93 III 79 E. 2b; vgl. § 222 Ziff. 3 ZPO). Die vorliegend streitige Sicherheitsleistung lässt sich vielmehr unter die erwähnte Definition des Bundesgerichts zur Sicherheitsleistung i.S. von Art. 38 Abs. 1 SchKG subsumieren, soll doch nicht ein noch *streitiger* Anspruch, sondern die Erfüllung eines rechtskräftigen Entscheids gesichert werden. Das kantonale Prozessrecht kann wegen der derogatorischen Kraft von Art. 38 Abs. 1 SchKG ohnehin nicht vorsorgliche Massnahmen vorsehen, die die Vollstreckung einer Geldforderung nach ergangenem Urteil sichern sollen (BGE 108 II 182 E. 2a; 85 II 196, E. 2).

- d) Der Rechtsvorschlag der Beschwerdeführerin zielt nicht auf einen BGE 93 III 79 analogen Tatbestand, sondern auf die Anwendung von § 304 Abs. 1 ZPO, wonach "*Entscheide über andere Verpflichtungen im Befehlsverfahren vollstreckt (werden)*", d.h. wenn nicht eine Verpflichtung auf "*Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung*" (§ 303 ZPO) zu vollstrecken ist. Das Bundesgericht hat nun in einem jüngsten Grundsatzurteil den Lehrstreit und die uneinheitliche Rechtsprechung zur Natur der Sicherheitsleistungen i.S. von § 38 Abs. 1 SchKG dahingehend entschieden, dass diese nicht auf Sicherheiten in *Geld* beschränkt seien (BGE 129 III 193 ff. = Pra 92 Nr. 162). Ausgehend vom Wortlaut der Norm, welchem keinerlei Einschränkung auf Sicherheitsleistungen in Geld zu entnehmen sei, wurde ausgeführt, dass die Zwangsvollstreckung von Sicherheitsleistungen für alle Gläubiger und Schuldner einheitlich, wirksam und schnell angewandt werden müsse. Der Ablauf der Zwangsvollstreckung von Sicherheitsleistungen, die nicht in Geld zu erbringen seien, müsse gleich wie derjenige der Betreibungen auf Geldzahlung erfolgen und könne nicht von kantonalen Regelungen abhängen (E. 3.4, S. 196 m. Hinw. auf BGE 110 III 1, E. 2c und d = Pra 73 Nr. 186 und GILLIÉRON, Commentaire, Art. 1-88, Lausanne 1999, N 32 zu Art. 38 SchKG). Zum weiteren Verlauf der Zwangsvollstreckung nach erteilter Rechtsöffnung in Fällen wie dem vorliegenden kann ebenfalls auf E. 3.4 (Abs. 2) in BGE 129 III 193 ff. verwiesen werden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes i.S. von § 281 Ziff. 1 ZPO ist daher abzuweisen.

5. (...)

6. (...)

**Demgemäss beschliesst das Gericht:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
  7. Die Spruchgebühr von Fr. 1'000.-- wird der Beklagten und Beschwerdeführerin auferlegt.
  8. Die Beklagte und Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.--, zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer, zu zahlen.
- Schriftliche Mitteilung (...)

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Zivilkammer

Die juristische Sekretärin:

lic. iur. V. Girsberger