



Geschäfts-Nr. PN060244/U

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. H.A. Müller, Vorsitzender,
Dr. iur. J. Zürcher und Dr. iur. A. Brunner,
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. C. Mastroberardino

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 29. Juli 2008

in Sachen

F.

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

D.

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 1. November 2006**

Das Gericht erwägt:

I.

1. Am 22. September 2006 stellte die Klägerin dem Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich das Rechtsbegehren, es sei ihr provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 13(...) des Betreibungsamts (...), Zahlungsbefehl vom 15. Mai 2006 zu erteilen für Fr. 1'945.-- nebst Zins zu 12% seit 11. April 2005, Fr. 1'749.-- frühere Konkurskosten und Fr. 79.-- Betreuungskosten. Der Beklagte erschien nicht zur Rechtsöffnungsverhandlung, weshalb § 208 ZPO zur Anwendung gelangte. Mit Verfügung vom 1. November 2006 wurde provisorische Rechtsöffnung erteilt für den Betrag von Fr. 1'945.-- nebst Zins zu 12% seit 11. April 2005 und Fr. 79.-- Betreuungskosten sowie für die Kosten gemäss Ziff. 2 (Spruchgebühr von Fr. 300.--) und Ziff. 3 (hälftige Kostenverteilung) der Verfügung. Im Mehrbetrag wurde das Begehren abgewiesen.
2. Mit rechtzeitiger Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. November 2006 stellte die Klägerin die Rechtsbegehren, es sei ihr die provisorische Rechtsöffnung (auch) für die früheren Konkurskosten von Fr. 1'749.-- zu erteilen und es sei (demzufolge) die Spruchgebühr von Fr. 300.-- vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
3. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet. Dem Beklagten und Beschwerdegegner konnte die prozessleitende Präsidialverfügung zur Nichtigkeitsbeschwerde vom 15. November 2006 nicht zugestellt werden. Offensichtlich nimmt er Post nur postlagernd an und behündigt dann Gerichtssendungen regelmässig nicht. Vom vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren hatte er aber Kenntnis. Somit ist das Nichtbehändigen von Gerichtssendungen als schuldhafte Verhinderung der Zustellung anzusehen, was die Zustellung als gegeben betrachten lässt (§ 179 Abs. 2 GVG).

4. Am 3. Juli 2008 wurden beim Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich die Akten des Verfahrens (...) zwischen den Parteien betreffend Konkursöffnung (...) beigezogen.

II.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde i.S. von § 281 ZPO ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das im Gegensatz zur Berufung nicht auf eine freie Nachprüfung des angefochtenen Entscheides in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zielt, sondern nur eine Überprüfung daraufhin gestattet, ob der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leide. Es kann daher lediglich geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). Dabei hat der Beschwerdeführer darzulegen, inwiefern und weshalb ein Nichtigkeitsgrund gegeben sei; nur insoweit erfolgt eine Überprüfung des Entscheides des Sachrichters (§ 290 ZPO). Mit der Nichtigkeitsbeschwerde i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO wird nicht die Durchsetzung der Rechtseinheit angestrebt, sondern nur die Vermeidung offenkundiger schwerer Irrtümer bei der Anwendung des Gesetzes. Vorausgesetzt wird, dass über die Auslegung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 3. A. 1997, N 51 zu § 281 ZPO m. Hinw. auf die Rechtsprechung).
2. Zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde wird vorgetragen, die streitigen Konkurskosten von insgesamt Fr. 1'749.-- gründeten auf den Kosten von Fr. 1'600.-- für das am 30. März 2006 mangels Aktiven eingestellte Konkursverfahren gemäss der Abrechnung des Konkursamts (...) vom 5. Mai 2006. Diese Kostenabrechnung stelle - ebenso wie der Zahlungsbefehl für die "normalen" Betreuungskosten - eine öffentliche Urkunde i.S. von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar. Die Nichtbeachtung der Kostenabrechnung des Konkursamts seitens des Rechtsöffnungsrichters sei als aktenwidrig bzw. will-

kürlich i.S. von § 281 Ziff. 2 ZPO zu werten. Wenn der Richter für solche Konkurskosten einen Rechtsöffnungstitel verlange, obschon solche Kosten nach einhelliger Lehrmeinung in einer neuen Betreibung zur Hauptforderung zu schlagen seien, liege auch eine klare Verletzung von Art. 169 SchKG vor (m. Hinw. auf SCHKG-NORDMANN, Art. 169 N 12; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, BG über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1997/99, Bd. II, S. 34 N 4 zu Art. 169 SchKG; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1993, Bd. II, S. 36 N 14 zu § 36; vgl. act. 6/1 S. 3). In zwei vergleichbaren Fällen hätten das Bezirksgericht Bülach mit Verfügung vom 18. September 2002 bzw. das Kreisgericht Werdenberg-Sargans mit Entscheid vom 16. September 2005 die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin geschützt.

3. Der Einzelrichter erteilte der Beschwerdeführerin provisorische Rechtsöffnung für den privatrechtlichen Anspruch im Betrage von Fr. 1'945.-- sowie für die "*Betreibungskosten*" von Fr. 79.--, während er sie für den Betrag von Fr. 1'749.-- (frühere Betreibungs- und Konkurskosten) mit der Begründung verweigerte, für diese Forderung liege kein Rechtsöffnungstitel bei den Akten. Der streitige Betrag von Fr. 1'749.-- setzt sich aus den Gebühren und Auslagen von insgesamt Fr. 1'600.-- des Konkursamts (...) im Konkursverfahren gegen den Beklagten sowie Fr. 149.-- Betreibungskosten (Zahlungsbefehl vom 29. August 2005 in der Betreibung Nr. 12(...): Fr. 70.--; Konkursandrohung vom 12. Oktober 2005: Fr. 79.-- [in act. 12]) für die Hauptforderung von Fr. 1'945.-- zusammen. Der Betrag von Fr. 1'600.--, wovon Fr. 858.-- erst *nach* Einstellung des Konkurses entstanden sind, ist durch die sog. "*Leistungsübersicht*" des Konkursamts (...) vom 5. Mai 2006 ausgewiesen. Diese Urkunde wurde der Beschwerdeführerin (Gläubigerin) - nicht jedoch dem Schuldner (Beklagten) - vom Konkursamt mit Schreiben vom 5. Mai 2006 gestützt auf Art. 169 SchKG zur Zahlung zugestellt.
4. Nach Art. 169 Abs. 1 SchKG haftet derjenige, der das Konkursbegehren stellt, für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG) entstehen. Wird das Konkursverfahren mangels

Aktiven eingestellt, so kann der Schuldner während zwei Jahren mittels Einleitung einer neuen Betreuung auch auf Pfändung betrieben werden (Art. 230 Abs. 3 SchKG; SCHKG-NORDMANN, Art. 169 N 12), was den Gläubigern ermöglicht, zu Pfändungsverlustscheinen zu kommen (SCHKG-LUSTENBERGER, Art. 230 N 22). Als Beweis einer Schuldanerkennung i.S. von Art. 82 Abs. 1 SchKG taugen nur solche vom Schuldner *nicht* unterzeichnete öffentliche Urkunden, welchen gemäss Art. 9 ZGB erhöhte Beweiskraft zukommt und nur soweit es sich um die Vollstreckung einer privatrechtlichen Forderung handelt (SCHKG-STAEHELIN, Art. 82 N 6). Für öffentlich-rechtliche Forderungen kann grundsätzlich, selbst wenn sie unterschriftlich oder in öffentlicher Urkunde anerkannt sind, keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, wenn sie nicht vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden können (SCHKG-STAEHELIN, Art. 82 N 46, mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; a. M. ADRIAN STAEHELIN, FS SchKG, S. 75; a. M. PKG 1990, 166 [Kantonsgericht Graubünden]).

Der Vorinstanz lagen der Zahlungsbefehl vom 29. August 2005 in der Betreuung Nr. 12(...) sowie die erwähnte "*Leistungsübersicht*" des Konkursamts (...) vom 5. Mai 2006 vor. Die Konkursandrohung vom 12. Oktober 2005 lag dem Rechtsöffnungsrichter nicht vor. Gegen die Verfügungen des Konkursamts betreffend Gebühren und Auslagen, die öffentlich-rechtliche Forderungen darstellen, ist die betreibungsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG gegeben (vgl. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A. Bern 2003, S. 39, § 6 N 7, N 9). Entscheidend ist sodann, dass die "*Leistungsübersicht*" des Konkursamtes keine "*durch öffentliche Urkunde festgestellte (...) Schuldanerkennung*" des Beschwerdegegners im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG enthält.

Wird provisorische Rechtsöffnung für eine privatrechtliche Forderung erteilt, so ist der Gläubiger gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG berechtigt, die Betreuungskosten von den Zahlungen des Schuldners "*vorab*" zu erheben, d.h. er kann diese an die Betreuungskosten (Zahlungsbefehlskosten, Pfändungskosten usw.) anrechnen. Da Betreuungskosten selbst *nach* erfolgter

Rechtsöffnung noch anwachsen können, bilden sie keinen zum vornherein feststehenden Betrag; über ihren Bestand und Umfang ist gegebenenfalls vor den Aufsichtsbehörden im Verfahren nach Art. 17 SchKG zu streiten. Es ist daher weder richtig noch zweckmässig, für Betreuungskosten Rechtsöffnung zu erteilen, wie das in der Praxis oft geschieht. Ein solches Vorgehen ist denn auch insofern irreführend, als die Betreuungskosten im Zeitpunkt der Erteilung der Rechtsöffnung noch gar nicht abschliessend feststehen müssen.

5. Da Betreuungskosten, die gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG "*vorab*" zu erheben sind, einzig Kosten der *laufenden* Betreuung, die Gegenstand des Rechtsöffnungsverfahrens bildet, betreffen, fallen Verfahrenskosten aus *früheren* Betreibungen nicht darunter. Ob Betreibungs- oder Konkurskosten aus früheren abgeschlossenen Verfahren vom Schuldner zu tragen sind oder nicht, ist sodann keine vollstreckungsrechtliche, sondern eine materiellrechtliche Frage, worüber gegebenenfalls in einem *Erkenntnisverfahren* zu befinden ist. Aus Art. 169 SchKG ergibt sich einzig, dass der Gläubiger für die Kosten des von ihm angestrebten Konkursverfahrens haftet.
5. Ebenfalls nicht zu folgen ist der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Konkurskosten aus der früheren Betreuung durch eine öffentliche Urkunde festgestellt seien, weshalb auch insoweit provisorische Rechtsöffnung erteilt werden müsse. Denn Anlass zu provisorischer Rechtsöffnung können nur solche öffentliche Urkunden geben, in denen eine *Schuldanerkenntnis des Schuldners* festgestellt wird, wie dem Wortlaut von Art. 82 SchKG auch klar zu entnehmen ist. Davon kann bei den Schreiben des Konkursamtes keine Rede sein (vgl. vorne E. II.3). Damit übereinstimmend gelten nach Art. 265 Abs. 1 SchKG auch Konkursverlustscheine nur dann als provisorische Rechtsöffnungstitel, wenn in ihnen ausdrücklich angegeben wird, dass die betreffende Forderung vom Gemeinschuldner anerkannt sei. Wo eine solche Bestätigung fehlt, ist selbst ein Konkursverlustschein *kein* provisorischer Rechtsöffnungstitel. Um so mehr muss das gelten für Kosten aus einem früheren Konkursverfahren, für die kein Verlustschein

zu Lasten des Schuldners ausgestellt wurde. Die Beschwerdeführerin weist zwar auf Literaturstellen hin (SCHKG-NORDMANN, Art. 169 N 12; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O.; vgl. SJZ 48 [1952] Nr. 43, S. 127 f.), wo apodiktisch und ohne nähere Begründung festgehalten wird, bezahlte Kosten aus einem früheren Betreibungsverfahren würden auch in einer späteren Betreuung als Betreuungskosten gelten und könnten daher in diesem späteren Betreibungsverfahren ohne weiteres zur Hauptforderung geschlagen werden. Dabei wird lediglich auf die spärliche Judikatur aus den Jahren 1910 und 1951 verwiesen. Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Wie aufgezeigt, ist einerseits gegebenenfalls im Beschwerdeverfahren festzustellen, was zu den Betreuungskosten gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG zu zählen ist, und kann dem Schuldner andererseits aus einem erfolglosen Betreibungs- und Konkursverfahren nicht eo ipso auch eine Schuldanererkennung bezüglich dieser Verfahrenskosten entgegen gehalten werden. Damit verfügt die Beschwerdeführerin über keinen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG, der ihr den Rückgriff auf den Schuldner für von ihr bezahlte Konkurskosten erlauben würde.

Die Vorinstanz hat aus den dargelegten Gründen jedenfalls kein klares Recht i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt, indem sie darauf hingewiesen hat, für den Betrag von Fr. 1'749.-- liege kein Rechtsöffnungstitel bei den Akten.

6. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen. Die Spruchgebühr für die zweite Instanz ist damit der Klägerin und Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Eine Prozessentschädigung ist ihr nicht zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
(...)