



---

Geschäfts-Nr. PN060275/U/Wi

**III. Zivilkammer**

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. R. Klopfer, Vorsitzender,  
Dr. iur. H. Schmid und lic. iur. P. Helm  
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

**Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 20. August 2007**

in Sachen

**Z.**,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

**W.**,

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im  
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (ERin lic. iur. A. Meier)  
vom 18. Oktober 2006**

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

**I.**

1. Das Tribunal de Martigny et St-Maurice (VS) erklärte mit Entscheid vom 16. Januar 2006 das Versäumnis- und Schlussurteil des Landgerichts Bonn (Deutschland) vom 18. Januar 2005 in der Betreuung (...) vorfrageweise für vollstreckbar und hob den vom Beklagten (heutiger Beschwerdeführer) erhobenen Rechtsvorschlag für den Betrag von Fr. 421'203.15 (...) definitiv auf. (...)
2. Nach Stellung des Fortsetzungsbegehrens vom 19. Mai 2006 (neue Betreuung [...] zufolge Zuzugs des Beklagten nach Zürich), setzte das Betreibungsamt Zürich 10 dem Beklagten gestützt auf Art. 79 Abs. 2 SchKG Frist an zur Erhebung von Einreden gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG. Der Beklagte erhob innert Frist die Einrede, er sei vom Tribunal de Martigny et St-Maurice (VS) nicht zur Verhandlung vorgeladen worden.
3. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2006 trat die Rechtsöffnungsrichterin auf das Begehren des Klägers (heutiger Beschwerdegegner) um Beseitigung der Einrede gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG des Beklagten mangels Zulässigkeit nicht ein (Dispositiv Ziff. 1) und erteilte dem Kläger definitive Rechtsöffnung (Dispositiv Ziff. 2).
4. Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 22. Dezember 2006 stellte der Beklagte die folgenden Anträge:
  - "1. Es sei die angefochtene Verfügung vollumfänglich aufzuheben.
  2. Es sei die Sache zu materieller Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
  3. Eventuell es sei auf das Rechtsbegehren des Klägers und Beschwerdegegners, wonach die Einrede des Beklagten und Beschwerdeführers gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG zu beseitigen sei, materiell einzutreten und es sei dieses Rechtsbegehren abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Beschwerdegegners."

Die Vorinstanz hat am 8. Januar 2007 auf Vernehmlassung verzichtet.

5.-7. (...)

8. Mit Beschwerdeantwort vom 30. Mai 2007 beantragte der Beschwerdegegner (innert erstreckter Frist), die in der Nichtigkeitsbeschwerde gestellten Anträge seien abzuweisen und die Verfügung der Audienzrichterin vom 18. Oktober 2006 zu bestätigen (...).

## II.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das im Gegensatz zur Berufung nicht auf eine freie Nachprüfung des angefochtenen Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zielt, sondern nur eine Überprüfung daraufhin gestattet, ob der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leide. Nach § 281 ZPO kann daher mit der Nichtigkeitsbeschwerde lediglich geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). Dabei hat der Beschwerdeführer darzulegen, dass und inwiefern ein Nichtigkeitsgrund gegeben sei; nur insoweit erfolgt eine Überprüfung des Entscheids des Sachrichters (§ 290 ZPO). Da das Nichtigkeitsverfahren keine Fortführung des vorinstanzlichen Verfahrens ist, sind hier ausserdem neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel, sog. *Noven*, unzulässig (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., S. 16 f.).
2. Die Nichtigkeitsrügen des Beschwerdeführers zielen auf eine materielle Beurteilung der streitigen Frage, ob ihm der Rechtsöffnungsentscheid des Tribunal de Martigny et St-Maurice vom 16. Januar 2006 rechtsgültig zugestellt wurde, nachdem die *Nichtzustellung* der Vorladung zur Rechtsöff-

nungsverhandlung vom 16. Januar 2006 feststeht. Dazu ergibt sich, was folgt:

- 4.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe klares materielles Recht i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO dadurch verletzt, dass sie auf das Rechtsbegehren des Klägers um Beurteilung bzw. Beseitigung der Einrede des Beklagten gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG nicht eingetreten sei (Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung). Die Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach sich die Einwendung des Betriebenen nach Art. 81 Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 SchKG, nicht richtig vorgeladen worden zu sein, nur auf ausserkantonale *materielle* Urteile, nicht jedoch auf Rechtsöffnungsentscheide beziehe, finde weder im Wortlaut des Gesetzes noch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Stütze (m. Hinw. auf BGE 128 III 248). Auch eine Zweiteilung des Einredevorgangs, wonach das Betreibungsamt diese Einwendung des Schuldners nur *formell* entgegenzunehmen habe, das Gericht dann aber zu beurteilen habe, ob überhaupt ein Entscheid i.S. von Art. 79 Abs. 2 SchKG vorliege, ergebe sich weder aus dem Gesetz noch entspreche dies der Praxis der Gerichte. Indem dem Beklagten die Anrufung von Art. 81 Abs. 2 SchKG verweigert worden sei, sei zudem sein rechtliches Gehör als ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz i.S. von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt worden. Das Nichteintreten der Vorinstanz stehe auch im Widerspruch zum Nichteintretensbeschluss der Beschwerdeinstanz vom 15. Juni 2006 (6. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich), welche den Kläger auf den Weg der sog. kleinen Rechtsöffnung verwiesen habe (m. Hinw. auf act. 3/7 S. 2 E. 1 in fine). Auf das klägerische Begehren sei richtigerweise einzutreten, es sei jedoch abzuweisen. Sollte die Rechtsauffassung der Audienzrichterin zutreffen, so sei die Sache zur Wiederaufnahme des Beschwerdeverfahrens nach Art. 17 SchKG an die Beschwerdeinstanz zu überweisen (act. 1 S. 9 ff. Ziff. 5 und Ziff. 6).

Die Vorinstanz hat erwogen, Art. 79 SchKG regle generell den Fall, in dem der Gläubiger die Fortsetzung der durch Rechtsvorschlag gestoppten Betreibung *nicht* gestützt auf einen Rechtsöffnungstitel im summarischen Ver-

fahren gemäss Art. 80 ff. SchKG, sondern gestützt auf einen im ordentlichen Prozess erfolgten Anerkennungsentscheid verfolge (m. Hinw. auf SCHKG-STAEHELIN, Art. 79 N 1; BGE 107 III 60). In diesem Sinne komme auch Abs. 2 von Art. 79 SchKG lediglich dann zur Anwendung, wenn es sich beim ausserkantonalen Entscheid um einen Zivilentscheid und damit um ein materiell-rechtliches Erkenntnis handle, welches überdies den Rechtsvorschlag im Dispositiv ausdrücklich beseitige. Auf ausserkantonale Rechtsöffnungsentscheide, welche reine, die Rechtsöffnung gewährende Vollstreckungsentscheide darstellten, sei diese Bestimmung nicht anwendbar (m. Hinw. auf SCHKG-STAEHELIN, Art. 81 N 1 und N 23 sowie JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1997, Art. 81 N 10 und N 17).

Diesen Kommentarstellen ist zu entnehmen, dass die Einrede gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG gegen ausserkantonale "*Zivilurteile*" bzw. gegen "*zu vollstreckende Entscheide*" erhoben werden könne (vgl. auch GILLIÉRON, Art. 81 N 74 [m. Hinw. auf Art. 61 aBV] und BJM 1972, S. 140). Die Einrede hat mithin zum Zweck zu verhindern, dass ein Urteil, das dem Beklagten *nicht* eröffnet worden ist, ihm als definitiver Rechtsöffnungstitel entgegen gehalten werden kann. Der Schuldner hat mit der Einrede geltend zu machen, dass ein Mangel gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG (z.B. nicht gehörige Vorladung) vorliegt, am Gläubiger ist es zu beweisen, dass dies nicht zutrefte, da "*Rechtsöffnungstitel nur ein Urteil sein kann, das den Anforderungen von Art. 81 Abs. 2 SchKG genügt*" (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, § 19 Rz 21 in fine). Aus der Sicht dieses Normzwecks muss ausgeschlossen werden, dass die Einwendung gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG - und sei es auch nur analog - gegenüber ausserkantonalen *Rechtsöffnungsentscheiden* erhoben werden kann, jedenfalls dann, wenn diese selbst keine Rechtsöffnungstitel bzw. nicht Zivilurteile sind, die es zu vollstrecken gilt. Der vom Beschwerdeführer angerufene BGE 128 III 246 ff. ändert nichts an dieser klaren Rechtslage, bestätigt das Bundesgericht doch, dass das Betreibungsamt im Falle eines rechtskräftigen "*Anerkennungsentscheides*", der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitige,

dem Schuldner nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens eine Frist von zehn Tagen ansetze, um Einreden nach Art. 81 Abs. 2 SchKG zu erheben.

Der

Beschwerdeführer verkennt, dass die vom Bundesgericht gezogene *Analogie* sich auf die vom Bund zugelassenen Krankenversicherer bezieht, die gestützt auf Art. 80 und Art. 88 Abs. 2 KVG ermächtigt sind, mit der Verfügung über die Zahlungspflicht des Versicherten gleichzeitig auch den Rechtsvorschlag zu beseitigen (vgl. dazu BGE 128 III 248 E. 2 und 3). Die Einrede gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG ist also gegen die Verfügung des Krankenversicherers zulässig, weil mit dieser materiell-rechtlich über die Zahlungspflicht entschieden wird, nicht weil sie den Rechtsvorschlag beseitigt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demzufolge hinsichtlich Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung vom 18. Oktober 2006 (Nichteintreten) abzuweisen. (...)

- 4.2 Mit der Nichtigkeitsbeschwerde wird sodann vorgetragen, die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für das Urteil des Landgerichts Bonn vom 18. Januar 2005 (Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung) stehe im offenen Widerspruch zum Nichteintreten gemäss Dispositiv Ziff. 1. Denn entweder werde auf das materielle Rechtsbegehren des Klägers um Beseitigung der Einrede des Beklagten nicht eingetreten, womit es sein Bewenden hätte, oder das Gericht trete auf das klägerische Rechtsbegehren ein und entscheide über Beseitigung oder Schutz der Einrede des Beklagten. Die Vorinstanz habe, indem sie losgelöst von den rechtlichen Zusammenhängen definitive Rechtsöffnung erteilt habe, eine willkürliche Annahme i.S. von § 281 Ziff. 2 ZPO getroffen und überdies die Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO) und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz i.S. von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt, nachdem der Kläger eben gerade nicht definitive Rechtsöffnung verlangt habe. Solange nicht festgestanden habe, ob nicht ein anderes Gericht diesen Entscheid bereits gefällt habe und damit eine *res*

*iudicata* bestanden hätte, sei die Vorinstanz auch nicht zuständig gewesen, den Rechtsöffnungsentscheid zu fällen.

Die Rechtsöffnung war tatsächlich vom Tribunal de Martigny et St-Maurice (VS) bereits mit dem Entscheid vom 16. Januar 2006 erteilt worden (vorne E. I.1), die weitere Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens aber wegen der vom Betreibungsamt Zürich 10 gestützt auf Art. 79 Abs. 2 SchKG angesetzten Frist (vorne E. I.2) durch die Einrede des Beklagten zum Stillstand gebracht worden. Die Argumentation des Beschwerdeführers erweist sich insofern als zutreffend, als Gegenstand des Verfahrens vor Vorinstanz nicht nochmals die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für den identischen in Betreuung gesetzten Betrag von Fr. 421'203.15 sein konnte, sondern ausschliesslich der Bestand der rechtshindernden Einrede gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG. Die angefochtene Dispositiv Ziff. 2 verletzt die materielle und formelle Rechtskraft des Entscheids des Tribunal de Martigny et St-Maurice (VS) vom 16. Januar 2006 und damit zweifellos auch einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz i.S. von § 281 Ziff. 1 ZPO i.V.m. §§ 190 und 191 Abs. 1 ZPO).

Die Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung vom 18. Oktober 2006 ist daher aufzuheben.

- 4.3 Der Beschwerdeführer vertritt den Standpunkt, bei nicht rechtsgültiger Zustellung des (ausserkantonalen) Rechtsöffnungsentscheids müsse zwingend entweder die Beschwerde nach Art. 17 SchKG oder die sog. kleine Rechtsöffnung nach Art. 81 Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 SchKG gegeben sein (vorne E. II.2.3). Wie gezeigt, hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass die Einrede nach Art. 81 Abs. 2 SchKG dem Beklagten im vorliegenden Fall nicht zur Verfügung stand (vorne E. II.2.1). Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich als Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG vom 15. Juni 2006 (vorne E. II.2.1) band die Rechtsöffnungsrichterin nicht, welche ihre sachliche Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen selbständig zu prüfen hatte. Der Beschwerdeführer beantragt

die Überweisung der Sache an die Beschwerdeinstanz zur Wiederaufnahme des Beschwerdeverfahrens nach Art. 17 SchKG.

Auf die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde nach Art. 17 SchKG (vgl. BGE 102 III 133 E. 3) kann im vorliegenden Kassationsverfahren nicht eingetreten werden, da diese Frage nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Audienzrichterin bildete und daher in der angefochtenen Verfügung vom 18. Oktober 2006 nicht zu behandeln war (vgl. vorne E. II.1). Es soll aber immerhin festgehalten werden, dass es sich bei der „*Einrede*“ des Beklagten (vorne E. I.2) um keine Einwendung i.S. von Art. 81 Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 SchKG handelt. War aber die Rechtsöffnungsrichterin zur Behandlung des Begehrens um Beseitigung der vom Beklagten erhobenen Einrede nicht zuständig, so konnte sie auch nicht prüfen, ob der Rechtsöffnungsentcheid des Tribunal de Martigny et St-Maurice vom 16. Januar 2006 an einem Nichtigkeitsgrund leidet, der im Vollstreckungsverfahren jederzeit geltend gemacht werden kann. Damit ist auch auf die diesbezüglichen Nichtigkeitsrügen zur Argumentation der Vorinstanz in Erwägung 4b und c des angefochtenen Entscheids (vgl. act. 1 Ziff. 7) nicht mehr einzutreten.

5. Demnach ist in teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung vom 18. Oktober 2006 aufzuheben; im übrigen ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

Es rechtfertigt sich daher, den Parteien die Kosten des Kassationsverfahrens je zur Hälfte aufzuerlegen. Prozessentschädigungen (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG) sind damit keine zuzusprechen.

Anonymisiert: 13. Dezember 2007 ..... (V. Girsberger)