



Geschäfts-Nr. PN070014/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. R. Klopfer, Vorsitzender,
Dr. iur. A. Brunner und Dr. iur. J. Zürcher
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 26. Januar 2008

in Sachen

F.

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt (...)

gegen

V.

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 12. Januar 2007**

Das Gericht erwägt:

1. In der Betreuung Nr. (...) des Betreibungsamts (...) (Zahlungsbefehl vom 15. März 2006) stellte der Beschwerdeführer der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf mit Eingabe vom 15. November 2006 folgendes Rechtsbegehren:

„Es sei dem Kläger definitive Rechtsöffnung zu erteilen über den Betrag von Fr. 46'849.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 25. Oktober 2005 auf den Betrag von Fr. 46'722.00, Fr. 6'153.00 nebst Zins zu 5% seit 15. März 2006 und Fr. 115.00 Kosten des Zahlungsbefehls inklusive Zustellungskosten,

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.“

Die Parteien erschienen nicht zur Hauptverhandlung.

2. Mit Verfügung vom 12. Januar 2007 wurde das Rechtsöffnungsbegehren in Anwendung von §§ 207 f. ZPO abgewiesen und die Spruchgebühr von Fr. 500.-- dem Kläger auferlegt. Zur Begründung wurde angeführt, der Rechtsöffnungstitel, ein Urteil des hiesigen Gerichts vom 16. Februar 2006, sei im Zeitpunkt der Ausstellung des Zahlungsbefehls noch nicht rechtskräftig gewesen, weshalb kein vollstreckbares gerichtliches Urteil i.S. von Art. 80 Abs. 1 SchKG vorliege. Die Betreuungskosten würden grundsätzlich das Schicksal der Betreuung teilen, weshalb das Rechtsöffnungsbegehren auch diesbezüglich abzuweisen sei (m. Hinw. auf PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 164).
3. Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 31. Januar 2007 stellte der Kläger die folgenden Anträge:

„1. Es sei die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Dielsdorf vom 12. Januar 2007 aufzuheben.

2. Es sei dem Kläger definitive Rechtsöffnung zu erteilen über den Betrag von Fr. 46'849.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 25. Oktober 2005 auf den Betrag von Fr. 46'722.00, Fr. 6'153.00 nebst Zins zu 5% seit 15. März 2006 und

Fr. 115.00 Kosten des Zahlungsbefehls inklusive Zustellungskosten,

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten resp. zulasten der Staatskasse.“

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung klaren materiellen Rechts i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO: Die in Betreuung gesetzte Forderung über den Betrag von Fr. 46'849.-- sei gemäss Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 16. Februar 2006 seit dem 25. Oktober 2005 fällig. Die definitive Rechtsöffnung sei wie bei einem provisorischen Rechtsöffnungstitel, welcher jünger sein dürfe als der Zahlungsbefehl, zu erteilen, d.h. auch wenn das Urteil erst *nach* der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner, aber *vor* der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung rechtskräftig werde (m. Hinw. auf BASLER KOMMENTAR ZUM SCHKG, Art. 80 N 13; STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, S. 202).

4. (...)
5. Die Vorinstanz hat am 7. Februar 2007 auf Vernehmlassung verzichtet (act. 5).
6. Das Verfahren vor der Kassationsinstanz hat lediglich die Frage nach dem Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen i.S. 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, einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder verstosse gegen klares materielles Recht. Gerügt werden kann auch die Verletzung materieller Rechtsvorschriften des SchKG, z.B. betreffend die Voraussetzungen der Rechtsöffnung (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A. 1997, N 47 zu § 281 ZPO; ZR 84 Nr. 59). Nach § 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).

7. Die Vorinstanz hat erwogen, der Kläger verfüge über keinen definitiven Rechtsöffnungstitel, *weil* das Urteil vom 16. Februar 2006 im Zeitpunkt des Zahlungsbefehls am 15. März 2006 noch nicht rechtskräftig und somit auch nicht vollstreckbar gewesen sei (act. 2 S. 2 unten). Damit ist sie stillschweigend davon ausgegangen, dass diese Rechtslage klar und eindeutig sei. Dazu ergibt sich, was folgt:
 - 7.1 Der SchKG-Kommentator STAEHELIN ist der Rechtsauffassung, da es zulässig sei, nach Zustellung des Zahlungsbefehls den Rechtsvorschlag im ordentlichen Verfahren zu beseitigen (Art. 79 Abs. 1 SchKG), müsse es auch zulässig sein, nach Einleitung der Betreibung zuerst beim ordentlichen Richter einen Entscheid zu erwirken und erst danach hierfür die Rechtsöffnung zu verlangen. Voraussetzung sei dabei, dass aus dem Urteil mit Deutlichkeit hervorgehe, dass die Forderung schon zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fällig gewesen sei (STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN I, Art. 80 N 13, N 39). Dieser Auffassung schliesst sich STÜCHELI ohne weitere Begründung an (Die Rechtsöffnung, S. 202 m. Hinw. auf BJM 1980 S. 31).
 - 7.2 Die publizierte Rechtsprechung hat definitive Rechtsöffnung in Übereinstimmung mit dieser Lehrmeinung regelmässig erteilt, auch wenn der Titel erst *nach* Zustellung des Zahlungsbefehls, aber vor der Rechtsöffnung rechtskräftig geworden ist: Das *Obergericht des Kantons Zürich* hat bereits in einem Entscheid vom 6. Januar 1944 erkannt, der zur definitiven Rechtsöffnung berechtigende Titel brauche nicht älter zu sein als der Zahlungsbefehl; für die gegenteilige Auffassung sei keine stichhaltige Begründung ersichtlich. In Wahrheit befasse sich das Rechtsöffnungsverfahren wie der Aberkennungsprozess mit der Frage, ob der Zahlungsbefehl begründet gewesen sei, d.h. ob im Moment seines Erlasses die in Betreibung gesetzte Forderung und das Recht, sie auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, bestanden habe (BISchK 1944, 167 m. Hinw. auf BGE 41 III 158; SJZ 40 (1944), Heft 15, Nr. 163). Zehn Jahre später kam der *Cour de justice des Kantons Genf* zu derselben Erkenntnis, wobei er ausdrücklich diverse, u. a.

bei PANCHAUD/CAPREZ zitierte Entscheide als in Widerspruch zu Art. 81 SchKG qualifizierte. Zur Begründung wurde ausgeführt, diese SchKG-Norm enthalte eine abschliessende Aufzählung der gegen das Rechtsöffnungsbegehren zulässigen Einwendungen, zu denen die Vollstreckbarkeit des Titels im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls *nicht* zu zählen sei. Zudem sei es mit der feststehenden Praxis, wonach der Sachrichter im ordentlichen Prozess mit dem Urteil, welches *nach* Zustellung des Zahlungsbefehls ergehe (und rechtskräftig werde), die Beseitigung des Rechtsvorschlags (auf Antrag) anordnen könne, nicht zu vereinbaren, dass der Rechtsöffnungsrichter dies für ein Urteil, welches *vor* Zustellung des Zahlungsbefehls ergangen sei (und auch erst danach rechtskräftig werde), nicht sollte anordnen können. Es sei kein Rechtsgrundsatz ersichtlich, auf den sich eine derartige Regelung abstützen liesse (SemJud. 1954, 573 f.). Die *Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Kantons Luzern* hat diese Rechtsprechung in einem Entscheid vom 16. Oktober 1995 fortgeführt, indem es seinerseits argumentierte, dem Gläubiger stünde es bezüglich der definitiven Rechtsöffnung frei, zunächst einen Forderungsprozess durchzuführen und erst nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils die Betreuung einzuleiten oder umgekehrt, zuerst zu betreiben und erst nach erfolgtem Rechtsvorschlag den Prozessweg zu beschreiten. Dem Gesetz lasse sich keine Vorschrift entnehmen, wonach der Gläubiger bereits bei Erlass des Zahlungsbefehls über einen vollstreckbaren Titel verfügen müsste. Es genüge daher, wenn ein vollstreckbares Urteil im Zeitpunkt der Rechtsöffnung vorliege (LGVE 1995 I, 73). Das *Obergericht des Kantons Basellandschaft* vertrat in einem jüngeren Entscheid ebenfalls die Auffassung, das SchKG verlange nirgends, dass der (definitive) Rechtsöffnungstitel schon vor Einleitung der Betreuung vorliegen müsste. Ein von einem Zivilrichter nach dem Rechtsvorschlag erwirktes vollstreckbares Urteil gewähre Anspruch auf Fortsetzung der Betreuung ohne Rechtsöffnungsverfahren (BJM 1980 S. 32). Die *III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich* hat in einem nicht publizierten Entscheid vom 24. Februar 1984 erkannt, die Verweigerung der definitiven Rechtsöffnung mit der Begründung, im Zeit-

punkt der Zustellung des Zahlungsbefehls habe kein vollstreckbarer Titel vorgelegen, verletze klares materielles Recht i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO (Nr. 417/83). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Es besteht für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung kein ersichtlicher Grund für die Unterscheidung, ob das Urteil, auf welches der Gläubiger sein Begehren stützt, im ordentlichen Zivilprozess vor oder nach Zustellung des betreibungsrechtlichen Zahlungsbefehls ergangen ist, wenn es nur im *Zeitpunkt* der Erteilung der Rechtsöffnung rechtskräftig und vollstreckbar ist.

8. Bei dieser Rechtslage erweist sich die Nichtigkeitsrüge des Beschwerdeführers als begründet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gutzuheissen. Die in Betreuung gesetzten Beträge (inkl. Zinsen) sind durch das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 16. Februar 2006 (Dispositiv Ziff. 1 und 4) und den Zahlungsbefehl vom 15. März 2006 ausgewiesen. Die Sache ist somit spruchreif, weshalb die Kassationsinstanz selbst einen neuen Entscheid fällen kann (§ 291 ZPO). Dem Kläger und Beschwerdeführer ist die verlangte definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
9. Damit obsiegt der Kläger im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren. Die erstinstanzliche Spruchgebühr im Betrage von Fr. 500.-- ist demzufolge dem Beklagten aufzuerlegen. Er ist zu verpflichten dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu zahlen (act. 6/1 S. 3 Ziff. 4; § 3 und § 7 AnwGebV). Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz, da der Beklagte sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt hat. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung an den Kläger für das Kassationsverfahren zulasten der Gerichtskasse fehlt eine Rechtsgrundlage.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 12. Januar 2007 (EB...) aufgehoben.

2. Dem Kläger und Beschwerdeführer wird in der Betreuung Nr. (...) des Betreibungsamts (...) (Zahlungsbefehl vom 15. März 2006) definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 46'849.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 25. Oktober 2005 auf den Betrag von Fr. 46'722.00, für Fr. 6'153.-- nebst Zins zu 5% seit 15. März 2006 und für Fr. 115.-- Zahlungsbefehlskosten sowie für die Spruchgebühr und die Entschädigung gemäss Ziff. 3 und 4 dieses Beschlusses.

3. Die Spruchgebühr für das erstinstanzliche Verfahren im Betrage von Fr. 500.-- wird bestätigt. Sie wird vom Kläger und Beschwerdeführer bezogen, ist diesem aber vom Beklagten und Beschwerdegegner zu ersetzen.

Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.

4. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Kläger und Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- zu zahlen.

Für das Kassationsverfahren wird dem Kläger und Beschwerdeführer keine Prozessentschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an:

- den Vertreter des Beschwerdeführers,
- den Beschwerdegegner,
- das Betreibungsamt (...)
- die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten).

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde eingereicht werden. Massgebend dafür sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG in SR 173.110).