



Geschäfts-Nr. PN070221/U/Wi

III. Zivilkammer

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

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 12. Januar 2008

in Sachen

Sch.-P.,

Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwältin X.

gegen

Sch.,

Beklagter und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 2. Oktober 2007**

Das Gericht erwägt:

I.

1. Mit Beschluss vom 11. Februar 2004 verpflichtete die I. Zivilkammer des Obergerichts den heutigen Beklagten (Beschwerdegegner) im Eheschutzverfahren der Eheleute Sch.-P., der Klägerin (Beschwerdeführerin) rückwirkend ab 15. März 2003 monatlich im voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 2'000.-- (...) zu bezahlen. Gestützt auf diesen Beschluss verlangte die Beschwerdeführerin mit Zahlungsbefehl vom 20. August 2007 (...) die Zahlung von Fr. 33'600.--, nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2007. Der Beschwerdegegner erhob Rechtsvorschlag.
2. Mit Rechtsöffnungsbegehren vom 4. September 2007 beantragte die Beschwerdeführerin, dem Einzelrichter am Bezirksgericht Winterthur, es sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und es sei der Klägerin die definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Mit **Verfügung vom 2. Oktober 2007** wurde das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen.
3. Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 19. Oktober 2007 wurde beantragt, es sei die Verfügung vom 2. Oktober 2007 aufzuheben und der Klägerin die definitive Rechtsöffnung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.
4. Die Vorinstanz liess sich am 23. Oktober 2007 zur Nichtigkeitsbeschwerde vernehmen.
5. Mit Beschwerdeantwort vom 13. November 2007 wurde beantragt, es sei die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen.

II.

1. 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, auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder verletze klares materielles Recht. Nach § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO sind die Nichtigkeitsgründe nachzuweisen, d.h. es ist darzulegen, inwiefern die Erwägungen der Vorinstanz an einem Nichtigkeitsgrund leiden. Nur insoweit dies geschieht, überprüft die Kassationsinstanz den Entscheid des Sachrichters (§ 290 ZPO). Da das Nichtigkeitsverfahren keine Fortführung des vorinstanzlichen Verfahrens ist, sind neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel (Noven) unzulässig, weshalb auf solche nicht einzutreten ist (VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., S. 16 f.). Ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, hebt die Kassationsinstanz den angefochtenen Entscheid auf. Sie kann einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällen, wenn dieser spruchreif ist; andernfalls wird der Prozess zur Verbesserung des Mangels und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen (§ 291 ZPO).

6. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung klaren Rechts i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO dadurch, dass die Vorinstanz die definitive Rechtsöffnung verweigere, obwohl der Beklagte keine *Urkunden* vorgelegt habe, die einen der Einredetatbestände des Art. 81 Abs. 1 SchKG beweisen würden.

- 6.1 Die Beschwerdeführerin trägt dazu vor, die Annahme des Einzelrichters, sie habe dem Wegzug der Töchter zum Beklagten stillschweigend zugestimmt und damit auch konkludent ihr Einverständnis zur Kürzung der gerichtlich zugesprochenen Unterhaltsbeiträge gegeben, sei unrichtig. Die Klägerin habe lediglich auf rechtliche Schritte gegenüber dem Beklagten verzichtet; einen *schriftlichen* Verzicht auf die Unterhaltsbeiträge habe sie aber zu keiner Zeit erklärt. Sie habe lediglich geduldet, dass die Töchter beim

Beklagten wohnten, ihm damit aber keinesfalls die während der Obhut des beitragspflichtigen Elternteils fällig werdenden Beiträge erlassen. Die Tatsache, dass der Beklagte eine bestimmte Naturalleistung für die Töchter erbracht habe, ändere nichts an der Vollstreckbarkeit des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 11. Februar 2004. Wenn die Klägerin die Betreuung erst im August 2007 eingeleitet habe, sei darin auch kein Handeln wider *Treu und Glauben* zu erkennen. Es sei der Beklagte, der eine Abänderungsklage hätte anstrengen müssen, wenn er der Auffassung gewesen sei, dass er mit dem Zuzug der Töchter weniger Unterhaltsbeiträge an die Klägerin zu leisten habe.

- 6.2 Die Lehre und die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts vertreten die Auffassung, Art. 2 ZGB gelte grundsätzlich auch im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts, so dass der Schuldner bei der definitiven Rechtsöffnung - in allerdings ganz eingeschränktem Umfang - die Einwendung erheben könne, die Vollstreckung des Urteils sei rechtsmissbräuchlich, was er durch Urkunden zu belegen habe. Hingegen müsse der Schuldner das Urteil durch den ordentlichen Richter abändern lassen und könne nicht einfach bei der Vollstreckung die Einrede des Rechtsmissbrauchs wegen Tatsachen, die *nach* dem Urteil eingetreten seien, erheben. Es sei - besondere Umstände vorbehalten - auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die Gläubigerin eine Forderung erst nach Ablauf einer gewissen Zeit geltend mache (SCHKG-STAEHELIN, Art. 81 N 17 [m. Hinw. auf BK-MERZ, N 71 ZU Art. 2 ZGB,] N 47 zu Art. 80 [m. Hinw. auf BK-BÜHLER/SPÜHLER, Ergänzungsband, Art. 151 ZGB N 98]; STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 232 f.; PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, § 110 II, Nr. 34 = SJZ 1966, 192 N 144; BGE 106 IV 37). Auf Nichtigkeit einer Betreuung wegen Rechtsmissbrauchs kann mithin nur in Ausnahmefällen erkannt werden, nämlich wenn es offensichtlich ist, dass der Gläubiger mit der Betreuung Ziele verfolgt, die nicht das geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben (BGE 115 III 18).
- 6.3 Die Nichtigkeitsrüge der Klägerin erweist sich aus der folgenden Überlegung als begründet: Die Erwägung der Vorinstanz, die Inhaberin der elterlichen

Obhut, die der Unterbringung des Kindes beim anderen Elternteil zustimme, sei auch einverstanden dass dieser den Unterhaltsbeitrag *in natura* leiste, worin sinngemäss ein Erlass der während der Dauer dieser Unterbringung fälligen Unterhaltsbeiträge liege, verkennt, dass der unterhaltsverpflichtete Elternteil primär auf die Abänderungsklage i.S. von Art. 134 Abs. 2 ZGB verwiesen ist. Der Einwendung der rechtsmissbräuchlichen Vollstreckung des Urteils (Art. 2 ZGB) kann daher nur *subsidiäre* Bedeutung zukommen, insofern als sie dann angerufen werden soll, wenn andere Rechtsbehelfe fehlen. Die Einforderung der rechtskräftig beurteilten Unterhaltsbeiträge zweieinhalb Jahre nach dem Wegzug der jüngeren bzw. ein Jahr nach dem Wegzug der älteren Tochter verstösst nach herrschender Auffassung, wie gezeigt, nicht gegen Treu und Glauben i.S. von Art. 2 ZGB. Der Hinweis auf HEGNAUER, wonach die betreibungsrechtliche Einforderung der Unterhaltsbeiträge rechtsmissbräuchlich sei, wenn ein (bereits älteres) Kind von sich aus zum beitragspflichtigen Elternteil ziehe und sich weigere zurückzukehren, so dass dieser Elternteil tatsächlich für den ganzen Kindesunterhalt aufkomme (act. 2 S. 4 f. E. III.3b und III.3c, m. Hinw. auf HEGNAUER, Zur Erfüllung der Unterhaltspflicht geschiedener Eltern, in: ZVW 35 101 ff.), wird von den massgebenden Kommentatoren und der Rechtsprechung zum Zwangsvollstreckungsrecht nicht geteilt (vorne E. II.2.2). HEGNAUER erwähnt immerhin auch, der unterhaltspflichtige Vater könne Unterhaltsbeiträge, deren Zahlung die Mutter durch Betreibung zu erzwingen vermöge, gestützt auf Art. 86 SchKG mit der Begründung zurückfordern, die aufgrund seiner Beistandspflicht gemäss Art. 272 ZGB erbrachten Beitragsleistungen seien untergegangen (a.a.O., S. 102 Ziff. 4 in fine; vgl. act. 11). Den Umfang des Untergangs der Beitragsforderung hat er damit aber im ordentlichen Zivilverfahren substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Die entsprechende Kognition des Rechtsöffnungsrichters ist im Bereich von Art. 81 Abs. 1 SchKG dagegen nur gegeben, wenn der Schuldner sofort den entsprechenden Urkundenbeweis erbringt.

7. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach gutzuheissen. Da alle Grundlagen für einen Sachentscheid in den Akten vorhanden sind, ist die Sache spruch-

reif, so dass die Kassationsinstanz einen neuen Entscheid fällen kann (vorne E. II.1 in fine; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A. 1997, N 5 zu § 291 ZPO). Der in Betreuung gesetzte Betrag von Fr. 33'600.-- errechnet sich aus den von März 2005 bis August 2006 monatlich im Betrage von Fr. 800.-- und von September 2006 bis August 2007 monatlich im Betrage von Fr. 1'600.-- nicht bezahlten Unterhaltsbeiträgen, als Folge des nacheinander erfolgten Umzugs der beiden Töchter zum Beklagten. Die Berechnung des eingeklagten Betrags von Fr. 33'600.-- ist nicht bestritten. (...) Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass ihre Aktivlegitimation mit der Volljährigkeit (der einen Tochter) (10. März 2007) für deren Unterhaltsbeiträge „*grundsätzlich*“ erloschen sei, sowie die diesbezügliche Kognition des Rechtsöffnungsrichters (act. 2 S. 6, E. V.4 [Eventualerwägung]). Ihre Begründung, sie sei dennoch aktivlegitimiert, den Gesamtbetrag von Fr. 2'395.-- in Betreuung zu setzen, ist indessen rein appellatorischer Natur, indem sie nicht dartut, inwiefern die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz an einem Nichtigkeitsgrund leiden sollte. Damit ist definitive Rechtsöffnung mangels Aktivlegitimation *nicht* zu erteilen für die monatlichen (im voraus zahlbaren) Unterhaltsbeiträge von Fr. 800.-- für (diese Tochter) von April 2007 bis August 2007; sie kann erteilt werden für den restlichen Betrag von Fr. 29'600.-- (Fr. 33'600.-- ./ Fr. 4'000.-- [Fr. 800.-- x 5]). (...)

8. Das Rechtsöffnungsbegehren ist demzufolge teilweise gutzuheissen. Die Klägerin obsiegt mit dem Betrag von Fr. 29'600.-- im erstinstanzlichen Verfahren zu 88%, weshalb ihr die Spruchgebühr zu einem Zehntel und dem Beklagten zu neun Zehntel aufzuerlegen ist. Die Spruchgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten und Beschwerdegegner aufzuerlegen. Er ist überdies zu verpflichten, der Klägerin und Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung zu zahlen (§§ 3, 7 und 12 AnwGebV). Die Klägerin beantragte vor Vorinstanz die Zusprechung einer Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (Prot. S. 2). Dieser Betrag erweist sich

ohne weiteres als angemessen; hinzukommt die beantragte Prozessentschädigung für das Kassationsverfahren.