

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT110191-O/U01.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer  
und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.  
G. Ramer Jenny

## Urteil vom 16. Mai 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch B. \_\_\_\_\_ GmbH

gegen

**C.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 31. Oktober 2011 (EB110146)**

### Erwägungen:

#### I.

1. Mit Urteil vom 31. Oktober 2011 erteilte die Vorinstanz der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_ definitive Rechtsöffnung für ausstehende Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 28'336.80 nebst Zins zu 5% seit 18. Oktober 2010 und Fr. 124.– Betreuungskosten sowie Kosten und Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren. Im Mehrbetrag wies sie das Begehren ab (Urk. 20 S. 15). Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 12. November 2011 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen:

- "1. Es sei in der Betreuung Nr. ... für die Forderung von CHF 28'336.80 zuzüglich 5% Zins seit 30.09.2010 plus CHF 1'438.35 (Verzugszins) und zuzüglich der Betreuungskosten von CHF 124 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von mindestens CHF 500 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

2. Nach rechtzeitigem Eingang des Kostenvorschusses (Urk. 22, 23) reichte der Beklagte und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 26. Januar 2012 die Beschwerdeantwort ein (Urk. 25). Unter dem 1. Februar 2012 erstattete er eine weitere sachbezügliche Eingabe (Urk. 28, 29).

#### II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 15 zu Art. 321 ZPO), mithin hat Bestand, was nicht gerügt wird. Es

herrscht ein umfassendes Novenverbot (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO, BGE 5A\_405/2011, Erw. 4.5.3).

2. In seiner Beschwerdeantwort beantragt der Beklagte neben der Abweisung der Beschwerde auch die Abweisung des klägerischen Rechtsöffnungsbegehrens. Zur Begründung führt er an, die betriebene Schuld sei nicht mehr geschuldet (Urk. 25 S. 2). Die Schweizerische Zivilprozessordnung kennt keine Anschlussbeschwerde (Art. 323 ZPO). Da es der Beklagte vorliegend unterlassen hat, selbständig Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid zu erheben, kann er demnach keine Änderung desselben zuungunsten der Klägerin erreichen. Entsprechend ist er mit dem fraglichen Antrag nicht zu hören. Inwiefern der vom Beklagten angestrebten Revision des vorinstanzlichen Entscheides Erfolg beschieden wäre, ist von dieser Instanz nicht zu entscheiden. Immerhin erscheint die Erfüllung der formellen Voraussetzungen fraglich (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO). Unbenommen bleibt es dem Beklagten jedoch, selbst ein Verfahren zur richterlichen Aufhebung der Betreibung anzustrengen (vgl. Art. 85 und 85a SchKG).

3.a) Die Klägerin rügt die Höhe des zugesprochenen Verzugszinses. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Beklagten, mithin den 18. Oktober 2010, als für den Zinsenlauf massgeblich erachtet (Urk. 20 S. 12, 15). Indes sei der gerichtlich bestimmte Termin für die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ein Verfalltag, weshalb es für die Inverzugsetzung des Schuldners weder einer Mahnung noch des Ablaufs einer angemessenen Reaktionszeit bedürfe, sondern der Beklagte mit Ablauf des Vormonats im Umfang des laufenden Unterhaltsbeitrages in Verzug falle. Ferner seien Unterhaltsleistungen nicht unter die Spezialbestimmung von Art. 105 OR zu subsumieren. Entsprechend sei für den konkret berechneten Verzugszins von Fr. 1'438.35 (bis 31. August 2010, Urk. 19 S. 3 f., Urk. 3/4) sowie für die Zeit ab Einreichung der Betreibungsforderung am 30. September 2011 ([recte: 30. September 2010], Urk. 1 S. 3, 19 S. 4) Rechtsöffnung zu erteilen (Urk. 19 S. 3 f.).

b) Gemäss Art. 105 Abs. 1 OR sind Verzugszinse auf Zins- und Rentenschulden sowie bei Schulden aus Schenkungsversprechen nicht schon ab Verzugseintritt, sondern erst ab Datum der Betreuung oder Klageeinleitung geschuldet.

Der Klägerin ist insofern beizupflichten, als unter Renten gemäss Art. 105 OR grundsätzlich nur diejenigen Beträge fallen, welche an die Stelle des Kapitals treten. Dies ist bei allgemein periodischen Leistungen wie Unterhaltsleistungen nicht der Fall (vgl. BK-Weber, Art. 97 - Art. 109 OR, Bern 2000, N 16 zu Art. 105 ZGB). Auch sind die im von ihr angeführten Entscheid des Bundesgerichts gemachten Erläuterungen zum Eintritt des Verzuges bei gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträgen zweifellos zutreffend. Allerdings ist der entsprechende Entscheid vorliegend insofern nicht einschlägig, als die Verzugsfolgen im Rahmen eines Schadenersatzes zu beurteilen waren (vgl. BGE 6B\_509/2009 E. 2.1). Zudem wird verkannt, dass im Falle von Art. 105 OR die entsprechenden Verzugszinsen *trotz* bereits eingetretenen Verzugs erst zu einem späteren Zeitpunkt zu laufen beginnen. Es ist folglich irrelevant, ab welchem Zeitpunkt der Schuldner der fraglichen Forderung in Verzug war, solange dieser nur vor Anhebung der Betreuung resp. Klageeinleitung eintrat. Die Argumentation betreffend Verfalltag ist daher nicht stichhaltig (BGE 6B\_509/2009 E 2.1, 2.3). Die Subsumtion familienrechtlicher Unterhaltsleistungen unter die Renten gemäss Art. 105 OR, wie dies von namhaften Autoren befürwortet wird (vgl. BK-Weber, a.a.O., N 17 zu Art. 105 ZGB mit Hinweisen) überzeugt auch aus folgenden Überlegungen: Mit der Einschränkung der allgemeinen Verzugszinspflicht zugunsten des Schuldners beabsichtigte der Gesetzgeber, unzumutbaren Belastungen des Schuldners entgegenzuwirken. Die sachliche Begründung für diese Ausnahmeregelung liegt darin, dass Renten an sich für den Unterhalt bestimmt sind und nicht gewinnbringend angelegt werden, mithin nicht für eine kapitalistische Verwendung bestimmt sind. Der Verzugszinsenlauf soll zudem nicht unüberblickbar werden (vgl. zum Ganzen BK-Weber, a.a.O, N 4 f, 10 zu Art. 105 OR). Sodann erscheint denn auch mit Blick auf die Natur der eherechtlichen Unterstützungspflicht eine mildere Behandlung des Schuldners gegenüber demjenigen eines synallagmatischen Vertragsverhältnisses gerechtfertigt, was ebenfalls für die Subsumtion unter die Spezialbestimmung

spricht. Insgesamt erscheint es somit sachgerecht, familienrechtliche Unterhaltsbeiträge als Renten im Sinne von Art. 105 OR zu qualifizieren.

c) Unangefochten und aufgrund der Aktenlage erstellt ist, dass sich der Beklagte mit der Zahlung der betriebenen Forderung im Umfang von Fr. 28'336.80 in Verzug befindet.

d) Während die Vorinstanz definitive Rechtsöffnung für den Verzugszins ab Zustellung des Zahlungsbefehls erteilte (Urk. 20 S. 12), hält die Klägerin mit ihrer Beschwerde den Zeitpunkt der Einreichung der Betreuung beim Betreibungsamt für massgebend (Urk. 19 S. 4). Der Verzugszins ist vom Tage der Anhebung der Betreuung an geschuldet (vgl. Art. 105 Abs. 1 OR).

Die Vorinstanz stützt sich auf Art. 38 Abs. 2 SchKG, wonach die Schuldbetreibung mit der Zustellung des Zahlungsbefehls beginnt. Allerdings ergibt sich bereits aus der von ihr angeführten Kommentarstelle, dass Verzugszinsen seit Einreichung des Betreibungsbegehrens gefordert werden können, wenn sich der Schuldner bei Einleitung der Betreuung bereits in Verzug befand (vgl. BSK I-Staehelin, Basel 2010, N 32 zu Art. 82 SchKG e contrario). Dieser Auffassung ist zuzustimmen, muss doch die Betreuung bei der vorliegenden Konstellation dem Schuldner nicht mehr zur Kenntnis gebracht werden um die Verzugsfolgen auszulösen. Der Schuldner befindet sich bereits in Verzug und ist sich der Fälligkeit seiner Schuld bewusst. Einer weiteren Mitteilung, wie der Zustellung des Zahlungsbefehls, bedarf es daher nicht. Die Anhebung der Betreuung im Sinne von Art. 105 Abs. 1 OR ist somit mit der Einreichung des Betreibungsbegehrens beim Betreibungsamt gleichzusetzen (vgl. auch Urteil dieser Kammer vom 18. Januar 2012, RT110172). Dies entspricht denn auch Wortlaut und Systematik des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, zweiter Titel, Kapitel V, Art. 67 SchKG). Indem die Vorinstanz für den Verzugszins Rechtsöffnung erst ab Zustellung des Zahlungsbefehls erteilte, hat sie das Recht unrichtig angewandt (Art. 320 lit. a ZPO). Die Rüge erweist sich insofern als begründet, weshalb die Beschwerde in diesem Umfang gutzuheissen ist.

e) Die Sache ist spruchreif (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Die Höhe des Zinssatzes und der Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens am 30. September 2010 blieben unbestritten (Urk. 1 S. 3, 1; Urk. 6, 11 und 16). Entsprechend ist der Klägerin in teilweiser Gutheissung der Beschwerde definitive Rechtsöffnung zu erteilen für Verzugszins von 5% auf den Betrag von Fr. 28'336.80 seit 30. September 2010.

4.a) Schliesslich rügt die Klägerin, die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung liege deutlich unter den tatsächlichen Aufwendungen für das aufwändige Verfahren resp. den festgelegten Grundgebühren gemäss Anwaltsgebührenverordnung, und fordert eine Entschädigung von mindestens Fr. 500.– (Urk. 19 S. 2, 4).

b) Die Klägerin ist berufsmässig vertreten (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, Urk. 2, Urk. 20 S. 8). Die gemäss Art. 27 SchKG als gewerbsmässig qualifizierte Vertretung (Urk. 20 S. 5 ff.) ist zutreffend und blieb denn auch unangefochten. Entschädigungen für Kosten der gewerbsmässigen Vertretung im Sinne von Art. 27 SchKG fallen indes in vorliegenden Summarverfahren ausser Betracht (Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO), da diese nicht dem Schuldner überbunden werden dürfen (Art. 27 Abs. 3 SchKG, vgl. Suter/von Holzen in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 36 zu Art. 95 ZPO). Entsprechend hat es mit der von der Vorderrichterin festgesetzten Parteientschädigung sein Bewenden. Dies gilt auch für die im Übrigen unangefochten gebliebene vorinstanzliche Kostenregelung.

5. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 300.– festzusetzen und der Klägerin angesichts ihres nahezu vollumfänglichen Unterliegens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ferner hat sie dem Beklagten eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, § 4 Abs. 1 i.V.m. 9 und 13 Abs. 2 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren vom 31. Oktober 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Klägerin wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 6. Oktober 2010) **definitive Rechtsöffnung** erteilt für Fr. 28'336.80 nebst Zins zu 5% seit 30. September 2010 und Fr. 124.– Betreuungskosten sowie Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 4 dieses Urteils."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von Urk. 28 und 29, und an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'504.35.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. Mai 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. G. Ramer Jenny

versandt am:  
mc