

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT110196-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic.

Urteil vom 7. März 2012

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 31. Oktober 2011 (EB110283)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1)

- " 1. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ provisorische Rechtsöffnung zu erteilen für folgende Beträge:

CHF 2'822'756.60 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2011

zuzüglich

CHF 11'937.50 (= 5% Zins auf CHF 2'865'011.00 vom 1.4. - 30.4.2011)

zuzüglich

CHF 11'849.50 (= 5% Zins auf CHF 2'843'833.20 vom 1.5. - 31.5.2011)

sowie **CHF 413.00** Zahlungsbefehlskosten sowie für die Kosten- und Entschädigungsregelung zzgl. MWST im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien standen seit Januar 2009 in einem Prozess betreffend Abänderung des Scheidungsurteils vom 28. August 2007 (Urk. 1 S. 2, Urk. 3/2). Am 8. April 2010 unterzeichneten die Parteien eine Vereinbarung "betreffend das Verfahren FP090002 am BG Meilen". Demzufolge zog der Beklagte seine Klage (Umteilung des Sorgerechts, Änderung des Besuchsrechts und Errichtung einer Beistandschaft) und die Klägerin ihre Widerklage (Sistierung des Besuchsrechts) zurück. Im Übrigen beantragten die Parteien eine Abänderung des Scheidungsurteils mit Bezug auf den Kinderunterhaltsbeitrag für die Tochter D._____ und ersuchten dafür um gerichtliche Genehmigung. Schliesslich regelten sie die Kosten- und Entschädigungsfolgen und vereinbarten "[w]eitere Bestimmungen betreffend andere Verfahren der Parteien" (Urk. 3/3). Am 17./18. Juli 2010 unterzeichneten die Parteien einen "Nachtrag zur Vereinbarung". Er lautet wie folgt (Urk. 3/4):

"Ziff. 8a: Die Parteien beantragen zudem, Ziff. 6 des Scheidungsurteils wie folgt zu ändern:

B._____ verpflichtet sich, A._____ eine Kapitalzahlung von CHF 2'949'520 als Saldovergleich unter allen Titeln zu leisten. Die Unterhaltsbeiträge in Ziffer 6 der Scheidungskonvention 20'600 CHF (inzwischen um die Teuerung korrigiert) des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 28. August 2007 entfallen. Die Unterhaltsbeiträge von B._____ für die Kinder, die er in der Regel an Frau A._____ bezahlt, werden von dieser Regelung nicht berührt.

Die Saldozahlung von CHF 2'949'520 deckt den Zeitraum ab dem 1. Januar 2011. Diese Summe ist einredefrei innert drei Monaten nach Rechtskraft der richterlichen Genehmigung des Abänderungsantrags fällig, spätestens jedoch am 31. März 2011. Bis 31. Dezember 2010 sind somit die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 6 der Scheidungskonvention (Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 28. August 2007) an A._____ weiterhin geschuldet.

Die Saldozahlung betrifft ausschliesslich Ziffer 6 des Scheidungsurteils, nicht jedoch andere Zahlungsverpflichtungen gemäss der 'Vereinbarung zwischen B._____ und A._____, Bestimmungen betreffend das Verfahren FP090002 am BG Meilen', die zusätzlich zu dieser Saldozahlung geschuldet sind.

Die Wendung 'Unterhaltsbeiträge von B._____ für die Kinder ...' im ersten Absatz ist wie folgt zu verstehen: Die Unterhaltsbeiträge sowie die Zahlungen für die Kinder gemäss Ziff. 4 und 5 des Scheidungsurteils vom 28. August 2007 werden von dieser Regelung nicht berührt."

Mit Urteil vom 4. August 2011 erledigte das Bezirksgericht Meilen das Abänderungsverfahren. Es änderte die nacheheliche Unterhaltsverpflichtung des Klägers per 1. Januar 2011 im Sinne des von den Parteien vereinbarten Nachtrags vom 17./18. Juli 2010 (Urk. 18/1). Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung erhoben (Urk. 18/2).

Bereits am 4. April 2011 leitete die Klägerin gegen den Beklagten die Betreuung für eine Forderung von Fr 2'865'011.00 nebst Zins zu 5% seit 1. April 2004 ein. Als Grund der Forderung wurde angegeben (Urk. 3/5):

"Vereinbarung 'Nachtrag zur Vereinbarung zwischen B._____ und A._____' vom 17./18. Juli 2010 im Verfahren FP09002 am Bezirksgericht Meilen (BG Meilen) Kapitalzahlung für Unterhaltsbeiträge gemäss Vereinbarung vom 17./18. Juli 2010 abzüglich bereits bezahlte Unterhaltsbeiträge für Januar bis April 2011".

Der Beklagte erhob Rechtsvorschlag.

1.2. Mit Urteil vom 31. Oktober 2011 wies die Vorinstanz das von der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 4. April 2011) gestellte Rechtsöffnungsbegehren ab und auferlegte ihr die Verfahrenskosten (Urk. 28).

1.3. Hiergegen hat die Klägerin am 17. November 2011 fristgerecht Beschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt (Urk. 29 S. 2 f.):

- " 1. Es seien die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des angefochtenen Urteils vom 31. Oktober 2011 aufzuheben.
2. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ provisorische Rechtsöffnung zu erteilen für folgende Beträge:
- CHF 2'822'756.60 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2011
- zuzüglich
- CHF 11'937.50 (= 5% Zins auf CHF 2'865'011.00 vom 1.4. - 30.4.2011)
- zuzüglich
- CHF 11'849.50 (= 5% Zins auf CHF 2'843'833.20 vom 1.5. - 31.5.2011)
- sowie CHF 413.00 Zahlungsbefehlskosten sowie für die Kosten- und Entschädigungsregelung zzgl. MWST im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren und im vorliegenden Beschwerdeverfahren.
3. Es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beklagten und Beschwerdegegner aufzuerlegen.
4. Es sei der Beklagte und Beschwerdegegner zu verpflichten, der Klägerin und Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten des Beklagten und Beschwerdegegners im Beschwerdeverfahren."

1.4. Den von der erkennenden Kammer mit Verfügung vom 8. Dezember 2011 (Urk. 30) eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– hat die Klägerin rechtzeitig einbezahlt (Urk. 31). Mit Eingabe vom 27. Dezember 2011 liess die Klägerin mitteilen, die I. Zivilkammer habe mit Urteil vom 15. Dezember 2011 die Berufung des Beklagten abgewiesen, so dass das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, auf welches sie ihr Rechtsöffnungsbegehren gestützt habe, rechtskräftig geworden sei. Sie ersuchte darum, das inzwischen ergangene Urteil vom 15. Dezember 2011 zu berücksichtigen, da der Richter von Amtes wegen zu prüfen habe, ob ein provisorischer oder definitiver Rechtsöffnungstitel vorliege (Urk. 32). Der Beklagte liess am 17. Januar 2012 mitteilen, er werde gegen das obergerichtliche Urteil Beschwerde am Bundesgericht einreichen und die aufschiebende Wirkung beantragen (Urk. 34).

1.5. Mit Verfügung vom 18. Januar 2012 wurde dem Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 35). Am 27. Januar 2012 erstattete der Beklagte selbige mit folgenden Anträgen (Urk. 36 S. 2):

- " 1. Es seien alle Anträge der Beschwerdeführerin (Punkte 1 bis 5 in Sachen Beschwerde gegen der Verfügung und Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 31. Oktober 2011 abzuweisen. Das Urteil und die Verfügung vom 31. Oktober 2011 seien dementsprechend zu bestätigen.
2. Es seien alle Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, sowie alle neu entstandenen Kosten dieser Beschwerde, zzgl Mwst, der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dem Beschwerdegegner sei eine angemessene Parteientschädigung wegen seiner juristische Beratungskosten zu bezahlen."

1.6. Mit Verfügung vom 1. Februar 2012 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu den vom Beklagten mit seiner Beschwerdeantwort eingereichten neuen Unterlagen (Urk. 38/1-7) sowie zu den Noven in der Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen. Am 17. Februar 2012 wurde der klägerischen Rechtsvertreterin von der zuständigen Gerichtsschreiberin mitgeteilt (Urk. 42), dass die Fristansetzung versehentlich erfolgt sei, da Noven im Beschwerdeverfahren aufgrund von Art. 326 Abs. 1 ZPO nicht zulässig seien, und die Zustellung der Beschwerdeantwort samt Beilagen lediglich zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ohne Fristansetzung hätte erfolgen sollen. Die klägerische Rechtsvertreterin nahm dies zur Kenntnis und erklärte sodann nach kurzer Rücksprache mit der Klägerin, zur Beschwerdeantwort keine Stellung nehmen zu wollen. Das klägerische Fristerstreckungsgesuch vom 15. Februar 2012 (hierorts eingegangen am 20. Februar 2012) (Urk. 43) ist somit obsolet geworden.

2. Prozessuales

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an

welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand. Aufgrund von Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren - wie bereits ausgeführt - neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 326 N 3 f.). Echte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 5). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8).

2.2. Somit sind die Urk. 33 und 38/1-7 sowie die neuen Vorbringen der Parteien im vorliegenden Beschwerdeverfahren unbeachtlich.

3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz wies das klägerische Rechtsöffnungsbegehren mit der Begründung ab, dass die Parteien den Nachtrag vom 17./18. Juli 2010 (Urk. 3/4) der Vorinstanz ausdrücklich eingereicht hätten, damit dieser zum Urteil erhoben werde. Aus der Bezugnahme auf das Verfahren FP090002 am Bezirksgericht Meilen sowie aus der Nummerierung des Nachtrags als Ziffer 8a gehe hervor, dass der Nachtrag einen Bestandteil der Vereinbarung vom 8. April 2010 (Urk. 2/2) bilden sollte. Die Parteien seien demnach nicht von der sofortigen Wirksamkeit der abgeänderten Bestimmung ausgegangen, sondern hätten vielmehr die gerichtliche Genehmigung als nötig erachtet, weshalb der Nachtrag nicht als provisorischer Rechtsöffnungstitel betrachtet werden könne (Urk. 28 S. 6).

3.2. Die Klägerin bestreitet in ihrer Beschwerdeschrift vom 17. November 2011, dass die Parteien die Gültigkeit der Vereinbarung von der richterlichen Genehmigung hätten abhängig machen wollen. Die Vorinstanz habe den Nachtrag vom 17./18. Juli 2010 in aktenwidriger und willkürlicher Art und Weise ausgelegt und interpretiert, obwohl dies aufgrund des klaren Wortlautes nicht nötig sei. Die vom Beklagten vorgebrachten Einwendungen würden nicht dazu führen, dass der Nachtrag als Schuldanerkennung glaubhaft entkräftet werde. Die Einwendung, das Scheidungsurteil vom 28. August 2007 sei immer noch rechtskräftig, sei irrelevant, da die Parteien die gerichtlich festgelegten Ehegattenunterhaltsbeiträge nachträglich zulässigerweise durch Vereinbarung abgeändert hätten. Diese Vereinbarung bedürfe zu ihrer Gültigkeit auch nicht der gerichtlichen Genehmigung, sondern sei ab Abschluss zwischen den Parteien bindend und stelle einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar. Die Einwendung des Beklagten, wonach ihn die Beschwerdeführerin getäuscht und er sich in einem Grundlagenirrtum befunden habe, bestreitet die Klägerin ausdrücklich und merkt an, dieser Einwand sei nicht geeignet eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG zu entkräften. Die Tatsache, dass die Vereinbarung in den Erledigungsentscheid im Verfahren FP090002 hätte aufgenommen werden sollen, habe steuerliche Gründe gehabt. Der Beklagte habe nie behauptet, dass die Vereinbarung gemäss Nachtrag vom 17./18. Juli 2010 vor der Genehmigung durch den Richter nicht hätte bindend sein sollen. Auch die Tatsache, dass der Beklagte dem Gericht geschrieben habe, es möge zur Kenntnis nehmen, dass der Nachtrag nicht *mehr* gelte, belege klar, dass er sich sowohl bei Abschluss der Vereinbarung als auch danach an die Vereinbarung gebunden gefühlt habe, auch wenn die richterliche Genehmigung gar noch nicht vorgelegen habe. Auch die Vereinbarung eines Datums, per welchem die Kapitalzahlung einredefrei und spätestens zu zahlen gewesen sei, nämlich am 31. März 2011, belege klar, dass die Parteien sich ab Abschluss an die Vereinbarung gebunden gesehen hätten (Urk. 29 S. 4 ff.).

3.3. Der Beklagte beruft sich auf den vorinstanzlichen Entscheid, in welchem die Sachlage nach seinem Dafürhalten präzise und treugenau erfasst worden sei. Bisher liege kein rechtskräftiges Gerichtsurteil vor, weshalb die Scheidungskonvention vom 28. August 2007 das "einzige rechtsgültige Gerichtsurteil" sei, welches eine

monatliche Alimentenzahlung in der Höhe von Fr. 20'600.- an die Klägerin vorsehe. In der Folge macht der Beklagte Ausführungen zum laufenden Rechtsmittelverfahren bezüglich der Abänderung des Scheidungsurteils sowie zu einem Arrestverfahren. Diese sind jedoch vorliegend aufgrund des Novenverbotes im Beschwerdeverfahren unbeachtlich. Weiter macht der Beklagte geltend, er habe immer sofort glaubhaft gemacht, dass er mit der verlangten Forderung nicht einverstanden gewesen sei. Er habe dies bereits am 26. November 2010 deutlich gemacht, als er bemerkt habe, dass die getroffene vertragliche Abmachung von der Klägerin nicht eingehalten worden sei, und "es Grundlagenirrtum und Vertragsbruch" gegeben habe. Später habe er entdeckt, dass es zudem noch eine Täuschung gegeben habe. Der Nachtrag vom 17./18. Juli 2010 sei eben dies - ein Nachtrag zur vertraglichen Einigung vom 8. April 2010 - und sei an weitere vertragliche Bedingungen geknüpft gewesen, welche die Klägerin nicht eingehalten habe. Der Beklagte erklärt, die "Vereinbarungen vom 8. April 2010" sowie den dazugehörigen Nachtrag aufgrund eines Grundlagenirrtums, eines Vertragsbruchs sowie einer Täuschung als nicht mehr bindend zu betrachten. Sinngemäss führt der Beklagte aus, der einzige für ihn relevante Punkt und gleichzeitig die Grundlage ("condicio sine qua non") für die Einigung mit der Klägerin sei gewesen, dass er seine Kinder wieder sehen und mit ihnen Ferien verbringen könne, was von der Klägerin jedoch missachtet worden sei. Die Klägerin habe die Durchführung der August-Ferien von der Unterschrift des Klägers unter der Vereinbarung abhängig gemacht, weshalb er in der Phase Mai bis Mitte Juli 2010 mit gewissen Unsicherheiten leben müssen. Er habe eine richterliche Genehmigung der Vereinbarung gewollt und eine solche nie abgeschlossen, wenn diese nicht an die "Einigung vom April" gekoppelt und richterlich zu bestätigen gewesen wäre. Der Umstand, dass die Klägerin die Vereinbarung ihrerseits nicht eingehalten habe, stelle einen klaren Vertragsbruch dar. Ausserdem habe die Klägerin ihn getäuscht, indem sie die Ergänzung "spätestens jedoch am 31. März 2011" ohne sein Wissen in die Vereinbarung eingefügt habe. Diese Formulierung sei nicht logisch und zwischen den Parteien auch nie diskutiert worden. Er habe zu dieser Klausel nie sein "ok" gegeben. Die neu eingefügte Passage habe er bei Unterschrift nicht bemerkt. Verzugszinsen seien seines Erachtens keine geschuldet, selbst wenn er alle lau-

fenden Verfahren verlieren sollte, da er bis dato gemäss der rechtsgültigen Scheidungskonvention immer pünktlich bezahlt habe (Urk. 36 S. 2 ff.).

3.4.1. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung kann auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 28 S. 5 f.) verwiesen werden. Eine definitive Rechtsöffnung, wie dies die Klägerin in ihrer Eingabe vom 27. Dezember 2011 gestützt auf das am 15. Dezember 2011 ergangene Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichtes, womit das Urteil des Bezirksgerichts Meilen rechtskräftig geworden sei, verlangt (Urk. 32), ist vorliegend aufgrund des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbotes nicht zu prüfen.

3.4.2. Wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, können die Parteien gerichtlich festgelegte nacheheliche Ehegatten-Unterhaltsbeiträge nachträglich durch Vereinbarung abändern, was auch gilt, wenn ein Abänderungsverfahren bereits rechtshängig ist (Urk. 28 S. 6 Erw. 4.2.2.). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bedarf eine solche einvernehmliche Abänderung keiner gerichtlichen Genehmigung (ZR 77 Nr. 93). Dies wurde nun in Art. 284 Abs. 2 ZPO explizit festgehalten (Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 284 N 2 mit den dortigen Verweisen). Vorliegend erfolgte die Abänderung des nachehelichen Unterhaltes durch Vereinbarung jedoch noch unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnung. Wird eine solche Genehmigung dennoch beantragt und durch das Gericht vorgenommen, so hat dies zur Folge, dass ab Rechtskraft des Entscheides ein definitiver Rechtsöffnungstitel vorliegt. Dies ist auch dann der Fall, wenn ein Abänderungsverfahren aufgrund einer dem Gericht eingereichten Vereinbarung ohne inhaltliche Genehmigung als durch Vergleich erledigt abgeschrieben wird. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Vergleich vorher bereits als provisorischer Rechtsöffnungstitel dienen kann - sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dass es sich beim hier zur Diskussion stehenden Nachtrag vom 17./18. Juli 2010 (Urk. 3/4) formell um eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkenntnis im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG handelt, wird weder von den Parteien noch von der Vorinstanz in Abrede gestellt und ist klar zu bejahen. Im Raum stehen jedoch die

Annahme der Vorinstanz, wonach dieser Nachtrag mit der Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR - Genehmigung durch das Gericht - abgeschlossen worden, mithin im Zeitpunkt des Rechtsöffnungsbegehrens noch gar nicht gültig gewesen sei, sowie die Vorbringen des Beklagten, welcher hauptsächlich die Ungültigkeit der Vereinbarung zufolge Grundlagenirrtums, Täuschung und "Vertragsbruchs" geltend macht.

3.4.3. Zunächst ist demnach zu klären, ob die Genehmigung durch den Richter eine Suspensivbedingung und damit eine Gültigkeitsvoraussetzung des Nachtrags vom 17./18. Juli 2010 (Urk. 3/4) darstellt. Der Formulierung "Diese Summe ist einredefrei innert drei Monaten nach Rechtskraft der richterlichen Genehmigung des Abänderungsantrags fällig, *spätestens jedoch am 31. März 2011*" (Urk. 3/4) [Hervorhebung durch das Gericht] lässt sich klar und eindeutig entnehmen, dass die vereinbarte Saldozahlung spätestens am 31. März 2011 hätte erfolgen sollen - unabhängig davon, ob die Abänderung bis dahin bereits richterlich genehmigt worden wäre. In diesem Zusammenhang relevant wäre lediglich eine allfällige *frühere* rechtskräftige Genehmigung der Abänderung gewesen, da eine solche den Zahlungstermin (Einzugsbefugnis) *vorverschoben* hätte. Mithin hätte der erste Teil dieser Formulierung ("Diese Summe ist einredefrei innert drei Monaten nach Rechtskraft der richterlichen Genehmigung des Abänderungsantrags fällig, [...]") lediglich für die Zeit vor dem 31. März 2011 Gültigkeit entfaltet. Wäre es tatsächlich der Wille der Parteien gewesen, den Nachtrag mit der Suspensivbedingung der rechtskräftigen richterlichen Genehmigung zu versehen, so hätte eine derartige Bestimmung ("[...], *spätestens jedoch am 31. März 2011.*") keinen Sinn gemacht. Da beide Parteien im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Nachtrags durch eine Rechtsanwältin vertreten waren, darf vorliegend ohne Weiteres vom klaren Wortlaut der Vereinbarung ausgegangen werden.

3.4.4. Zwar trifft es zu, dass der Nachtrag insofern keine vollständig unabhängige Regelung darstellt, als er als Ziffer 8.a in die ursprüngliche Vereinbarung eingefügt wurde. Mit der ursprünglichen Vereinbarung waren durch die beidseitigen Klagerückzüge und die einvernehmliche Regelung der Nebenfolgen sämtliche im Streit liegenden Punkte des Abänderungsverfahrens angesprochen wor-

den, und der Prozess hätte gestützt auf die ursprüngliche Vereinbarung erledigt werden können. Der Beklagte legte nicht substantiiert dar, dass zwischen der ursprünglichen Vereinbarung und dem Nachtrag ein *funktionaler Zusammenhang* (innere Bindung) besteht bzw. die Saldozahlung von Fr. 2'949'520.– einerseits und der Genehmigung unterliegende Punkte gemäss ursprünglicher Vereinbarung andererseits in einem Austauschverhältnis stehen (Urk. 17 S. 3 Ziff. 6: "Der Beklagte signalisierte, dass er für eine Lösung offen wäre, wo er nicht mehr zahlen würde, aber wo die Steuern optimiert werden könnten [daher die Idee einer Kapitalzahlung]"). Er behauptete einzig, sowohl die ursprüngliche Vereinbarung als auch der Nachtrag beruhen auf der gleichen Grundlage, nämlich auf der Annahme, dass er seine Kinder wieder ungehindert sehen könne, weshalb er – weil sich diese Hoffnung zerschlagen habe – getäuscht und in einen Irrtum versetzt worden sei (Urk. 17 S. 4).

3.4.5. Somit bleibt zu überprüfen, ob es dem Beklagten gelingt, Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG sofort glaubhaft zu machen. Der Begriff des Glaubhaftmachens entspricht vorliegend demjenigen des Zivilprozessrechts und bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Das Gericht muss überwiegend geneigt sein, an die Wahrheit der vom Schuldner geltend gemachten Umstände zu glauben (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 87). Willensmängel im Sinne von Art. 23 ff. OR - wie z.B. Grundlagenirrtum oder Täuschung - sind grundsätzlich geeignet, eine Schuldanerkennung zu entkräften, sofern sie wie gesagt sofort glaubhaft gemacht werden.

Der Beklagte brachte vor Vorinstanz zwar vor, er sei getäuscht worden (Urk. 17 S. 4), erläuterte dies jedoch nicht weiter. Seine Behauptung, wonach die Klägerin die Passage "[...] spätestens jedoch am 31. März 2011" ohne sein Wissen und seine Zustimmung in den Nachtrag eingefügt habe und er selbigen ohne erneute Durchsicht und damit ohne Kenntnis dieser Ergänzung unterschrieben habe, taucht erstmals im Beschwerdeverfahren auf (Urk. 36 S. 10 f.). Aufgrund des vorerwähnten Novenverbotes im Beschwerdeverfahren ist dieser Einwand daher vorliegend nicht zu beachten. Es ist indes darauf hinzuweisen, dass eine solche

Täuschung auch bei Beachtung der diesbezüglichen Vorbringen des Beklagten im Beschwerdeverfahren keineswegs als glaubhaft gemacht angesehen werden könnte. Schliesslich handelt es sich hier um eine halbe A4-Seite Text, deren Durchsicht von einem umsichtigen Vertragspartner - vor allem jedoch von seiner damaligen Rechtsvertretung - vor Unterschrift vorausgesetzt werden darf.

Bezüglich des Grundlagenirrtums beschränkt sich der Beklagte darauf zu behaupten, dass das reibungslose Funktionieren des "Besuchs-, Ferien- und Informationsrechtes" für ihn Grundlage und "conditio sine qua non" für seine Unterschrift unter dem Nachtrag vom 17./18. Juli 2010 gewesen sei. Weder aus dem Nachtrag, noch aus der Vereinbarung vom 8. April 2010 (Urk. 3/3) ergibt sich, dass dies, wie es Voraussetzung für einen Grundlagenirrtum wäre, von den Parteien zur wesentlichen und erkennbaren Vertragsgrundlage erhoben wurde. Verwertbare Beweismittel nennt der Beklagte nicht. Der Einwand des Beklagten ist daher vorliegend nicht im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft gemacht, weshalb die Schuldanerkennung dadurch nicht entkräftet wird.

Zum vom Beklagten geltend gemachten Ungültigkeitsgrund des "Vertragsbruchs" und dem von ihm zitierten Art. 60 [mutmasslich] des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111) sei angemerkt, dass dieses Übereinkommen gemäss Art. 1 desselben auf Verträge zwischen *Staaten* anwendbar ist, vorliegend also zweifelsohne nicht zur Anwendung gelangen kann. Die Festlegung des Besuchsrechts folgt überdies grundlegend anderen Kriterien als diejenige des nahehelichen Unterhalts. Erstere hat sich vor allem am Kindeswohl zu orientieren, während bei Zweiterer die Interessen des Unterhaltsberechtigten wie auch diejenigen des Unterhaltsverpflichteten im Zentrum stehen. Somit ist eine Verknüpfung der beiden Punkte im Sinne eines Austauschverhältnisses weder möglich noch zulässig, weshalb eine allfällige - vorliegend jedoch ebenfalls nicht ausreichend glaubhaft gemachte - Verletzung einer Abänderungsvereinbarung hinsichtlich des Besuchsrechts keine gültigkeitsrelevanten Auswirkungen auf die Verpflichtung zur Leistung des nahehelichen Unterhalts haben kann.

3.4.6. Die Klägerin bringt von ihrer ursprünglich in Betreuung gesetzten Forderung von Fr. 2'865'011.– zwei Teilzahlungen von je Fr. 21'127.20, welche Ende April 2011 und Ende Mai 2011 geleistet worden seien, in Abzug und verlangt provisorische Rechtsöffnung für Fr. 2'822'756.60 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2011, Fr. 11'937.50 (= 5% Zins auf CHF 2'865'011.00 vom 1.4. - 30.4.2011) und Fr. 11'849.50 (= 5% Zins auf CHF 2'843'833.20 vom 1.5. - 31.5.2011). Entgegen der Ansicht des Beklagten sind am 1. April 2011 Verzugszinsen zu bezahlen, da der gesamte im Nachtrag vom 17./18. Juli 2010 (Urk. 3/4) vereinbarte Betrag per 31. März 2011 fällig war und sich der Beklagte somit vom 1. April 2011 an in Verzug befunden hat (Art. 102 Abs. 2 OR). Die von ihm Ende April 2011 und Ende Mai 2011 bezahlten Beträge von je Fr. 21'127.20 wurden ihm von der Klägerin an die Gesamtschuld angerechnet.

Nach Korrektur einiger kleiner Berechnungsfehler bei den Zinsbetroffnissen ist der Klägerin in teilweiser Gutheissung ihrer Beschwerde die provisorische Rechtsöffnung für die folgenden Beträge zu gewähren:

Fr. 2'822'756.60 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2011

Fr. 11'381.55 (= 5% Zins auf Fr. 2'865'011.00 vom 1.4. - 30.4.2011;
29 Tage von 365 Tagen)

Fr. 11'687.00 (= 5% Zins auf Fr. 2'843'833.80 vom 1.5. - 31.5.2011;
30 Tage von 365 Tagen)

Nach der Praxis des Obergerichts ist für die Betreuungskosten keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108 Nr. 2). Diese Rechtsprechung stützt sich auf Art. 68 Abs. 2 SchKG, wonach die Betreuungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben sind, soweit dieser die Kosten tragen muss (SchKG-Emmel, Art. 68 N 16-18). Zu den Betreuungskosten zählen auch die Spruchgebühr und die Prozessentschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens.

Im Übrigen ist die Beschwerde somit abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die von der Vorinstanz korrekt festgesetzte erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.– (vgl. Urk. 28 S. 8) ist ausgangsgemäss dem nahezu vollumfäng-

lich unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs 1 ZPO). Dieser ist überdies antragsgemäss (vgl. Urk. 29 S. 3) zu verpflichten, der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 7'000.–, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zu bezahlen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

4.2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 48 GebV SchKG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und ebenfalls unter Hinweis auf den Ausgang des Verfahrens dem nahezu vollständig unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem ist er antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren gestützt auf § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 4'000.–, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 31. Oktober 2011 (EB110283) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" 1. Der klagenden Partei wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 4. April 2011) **provisorische** Rechtsöffnung erteilt für

Fr. 2'822'756.60 zuzüglich 5% Zins seit 1. Juni 2011,

Fr. 11'381.55 und

Fr. 11'687.00.

Im Mehrumfang wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen.

[...]

3. Die Spruchgebühr von Fr. 2'000.– wird von der klagenden Partei unter Verrechnung mit dem geleisteten Vorschuss bezogen, ist ihr aber von der beklagten Partei zu ersetzen.

4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 7'560.– zu bezahlen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Beschwerdegegner auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.– zu ersetzen.
5. Der Beklagte und Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Klägerin und Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'320.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 32, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

7. Wird provisorische Rechtsöffnung erteilt, kann die beklagte Partei innert 20 Tagen nach Zustellung dieses Entscheids beim zuständigen Gericht unter Beilage dieses Entscheids schriftlich und im Doppel auf Aberkennung der Forderung klagen; unterlässt sie dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.
8. 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. 2'846'542.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. S. Subotic

versandt am: js