

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT180103-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Urteil vom 21. September 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 2. Mai 2018 (EB180120-I)**

Erwägungen:

1. a) Mit Urteil vom 2. Mai 2018 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin
und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Be-

treibungsamtes Dübendorf (Zahlungsbefehl vom 10. Januar 2018) definitive Rechtsöffnung für Fr. 4'500.– nebst Zinsen zu 5 % seit 8. Januar 2018 und die Betreuungskosten sowie Kosten und Entschädigung gemäss Dispositiv Ziffern 2 bis 4 des Urteils. Im Mehrbetrag wies sie das Rechtsöffnungsbegehren ab (Urk. 27 S. 7, Dispositiv-Ziffer 1). Gemäss Zahlungsbefehl und angefochtenem Entscheid geht es um ausstehende Unterhaltsbeiträge im Zeitraum Juli 2017 bis Januar 2018 (Urk. 2/4, Urk. 27 S. 3).

b) Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) innert Frist (vgl. Urk. 21) mit Eingabe vom 8. Juni 2018 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 26 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des BG Uster vom 2. Mai 2018 (EB180120) aufzuheben.
2. Es sei das Gesuch der Beschwerdegegnerin um definitive Rechtsöffnung abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

c) Mit Verfügung vom 12. Juni 2018 wurde der Beschwerde des Gesuchsgegners auf seinen Antrag hin (Urk. 26 S. 2) einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt, der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme zum prozessualen Antrag angesetzt und dem Gesuchsgegner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 450.– angesetzt (Urk. 31). Nachdem der Kostenvorschuss innert Frist geleistet wurde (Urk. 32) und sich die Gesuchstellerin zum Antrag um aufschiebende Wirkung nicht vernehmen liess, wurde mit Verfügung vom 2. Juli 2018 definitiv die aufschiebende Wirkung gewährt und der Gesuchstellerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 33).

d) Mit Eingabe vom 13. Juli 2018 erstattete die Gesuchstellerin rechtzeitig die Beschwerdeantwort, wobei sie folgende Anträge stellt (Urk. 34 S. 2):

- "1. Es sei das Gesuch des Beschwerdeführers um Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 2. Mai 2018 (EB180120) abzuweisen.
2. Es sei das Gesuch der Beschwerdegegnerin um definitive Rechtsöffnung gutzuheissen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Beschwerdeführers.

4. Es sei der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Die Beschwerdeantwort wurde dem Gesuchsteller samt Beilagen mit Verfügung vom 13. August 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 34 S. 1 und Urk. 36).

e) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1 - 25). Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur einzugehen, soweit sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

2. Die Vorinstanz erteilte die definitive Rechtsöffnung gestützt auf ein Urteil (recte: einen Beschluss) des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2005, gemäss welchem der Gesuchsgegner gestützt auf eine Parteivereinbarung verpflichtet sei, der Gesuchstellerin ab 1. Februar 2005 bis 31. März 2020 monatlich im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zu bezahlen (Urk. 27 S. 4). Der Gesuchsgegner erhob vor Vorinstanz die Einrede, die Gesuchstellerin habe mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 rückwirkend per November 2007 den teilweisen Verzicht auf Unterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 500.– erklärt, weshalb er die betriebene Forderung nicht schulde. Hierzu hielt die Vorinstanz fest, dass die Verzichtserklärung der Gesuchstellerin nicht gültig sei, da sie damit auf künftige familienrechtliche Unterhaltsansprüche verzichtet habe, was unzulässig sei. Der Gesuchsgegner könne sich daher nicht auf diese Verzichtserklärung berufen (Urk. 27 S. 5).

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), das heisst 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 grundsätzlich Bestand. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

4. a) Unbestritten ist folgender Sachverhalt: Die Parteien wurden mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 13. April 1999 geschieden. In einem darauf folgenden Abänderungsverfahren schlossen die Parteien anlässlich einer Vergleichsverhandlung vor dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, unter Mitwirkung des damaligen Referenten eine Vereinbarung ab, gemäss welcher sich der Gesuchsgegner verpflichtete, der Gesuchstellerin für sich persönlich ab 1. Februar 2005 bis 31. März 2020 Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– pro Monat zu bezahlen (Urk. 2/2 S. 3). Daraufhin schrieb die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Abänderungsverfahren mit Beschluss vom 4. Februar 2005 als durch Vergleich erledigt ab (Urk. 2/2 S. 5, Dispositiv-Ziffer 3). Mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 erklärte die Gesuchstellerin gegenüber dem Gesuchsgegner, dass sie per 1. November 2007 einen reduzierten Unterhaltsbeitrag von Fr. 500.– akzeptiere, da sie nur noch eine halbe IV-Rente bekomme (Urk. 14). Mit Schreiben vom 7. Juni 2017 forderte die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner auf, wieder einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– zu bezahlen, weil das Amt für Ergänzungsleistungen die Differenz von Fr. 500.– nicht bezahle (Urk. 15).

b) Der Gesuchsgegner anerkennt in seiner Beschwerde, die Vorinstanz sei korrekt davon ausgegangen, dass der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2005 einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstelle. Ebenso führe die Vorinstanz zu Recht aus, dass die Rechtsöffnung verweigert werde, wenn der Schuldner durch Urkunden beweise, dass die Schuld seit Erlass des Rechtsöffnungstitels getilgt oder gestundet worden sei oder die Verjährung anrufe. Die Vorinstanz habe indessen das Recht falsch angewandt, indem sie davon ausgegangen sei, dass sich die Gesuchstellerin durch ihren teilweisen Verzicht auf die Unterhaltsforderungen im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässig in ihrem Rechtsgebrauch beschränkt habe. Es handle sich nämlich entgegen der vorinstanzlichen Ansicht nicht um einen Erlassvertrag im Sinne von Art. 115 OR, sondern um die Abänderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen, welche die Parteien gemäss Art. 284 Abs. 2 ZPO explizit aussergerichtlich und in einfacher Schriftlichkeit vornehmen könnten. Es könne daher keine Rede davon sein, dass die Vereinbarung vom 12. Dezember 2007 ungültig sei

(Urk. 26 S. 8). Eine Genehmigung der Abänderungsvereinbarung durch das Gericht sei gemäss Lehre und Rechtsprechung - Kinderbelange ausgenommen - nicht erforderlich (Urk. 26 S. 7). Indem die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 teilweise auf ihr zustehende Unterhaltsbeiträge verzichtet habe, liege eine gültige schriftliche Vereinbarung vor, da das Schreiben von der Gesuchstellerin, welche durch das Geschäft verpflichtet worden sei, unterzeichnet sei (Urk. 26 S. 8).

c) Die Gesuchstellerin hat mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 auf ihren nahehelichen Unterhaltsanspruch zur Hälfte verzichtet, mit der Begründung, sie erhalte nur noch eine halbe IV-Rente (Urk. 14). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung blieb unbestritten, dass die Gesuchstellerin zur Zeit der vor Obergericht geschlossene Vereinbarung Anspruch auf eine volle IV-Rente hatte (Prot. I S. 6). Dass eine (bestehende) Unterhaltsverpflichtung unter Ehegatten (im Gegensatz zur Alimentenforderung des Kindes) einem Erlass (Aufhebung) unzugänglich ist, trifft nicht zu (ZK-Aepli, Art. 115 OR N 11). Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Gesuchstellerin dadurch übermässig in ihrem Rechtsgebrauch beschränkt hätte (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Sie macht auch nichts dergleichen geltend.

Allerdings ist die Zulässigkeit eines Verzichts auf Unterhaltsbeiträge und dessen Formvorschriften entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners nicht gestützt auf Art. 284 ZPO zu beurteilen, da diese Bestimmung erst seit dem 1. Januar 2011 in Kraft ist. Würde sie auf das Schreiben der Gesuchstellerin vom Dezember 2007 betreffend Reduktion der Unterhaltsbeiträge angewendet, käme dies einer unzulässigen Vorwirkung der gesetzlichen Bestimmung gleich. Gemäss dem damals geltenden aArt. 140 ZGB war die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hatte, wobei das Gericht sich zu überzeugen hatte, dass die Ehegatten aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung die Vereinbarung geschlossen hatten und diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen war (Art. 140 Abs. 1 und 2 aZGB). Lehre und Rechtsprechung waren sich indessen einig, dass diese Bestimmung generell keine Anwendung fand nach rechtskräftiger Scheidung der Ehegatten, wenn diese über frei verfügbare Ansprüche wie beispielsweise nahehelichen Unterhalt eine neue Vereinbarung abschlossen. Auch unter der altrechtlichen Regelung war

eine Genehmigung der im Abänderungsverfahren abgeschlossenen Konvention daher entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (Urk. 34 S. 2f.) nicht erforderlich (Sutter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 140 N 9; ZR 77 [1978] Nr. 93). Daran ändert auch nichts, dass die Gesuchstellerin Ergänzungsleistungen bezog (Urk. 34 S. 2f.). Entsprechend wurde denn auch im vorliegenden Fall die von den Parteien im Rahmen des Abänderungsverfahrens geschlossene Vereinbarung vom 20. Januar 2005 von der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich nicht genehmigt, sondern das Verfahren mit Beschluss vom 4. Februar 2005 als durch Vergleich erledigt abgeschrieben (Urk. 2/2 S. 5, Dispositiv-Ziffer 3). Insofern ist die Regelung gemäss Art. 284 Abs. 2 ZPO eine Fortsetzung der bereits bestehenden Praxis unter den altrechtlichen Bestimmungen (vgl. hierzu die Botschaft ZPO, BBI 2006, S. 7363).

5. a) Die Gesuchstellerin bringt vor, dass ihr Schreiben vom 12. Dezember 2007 gestützt auf Art. 23ff. OR unverbindlich sei. Sie habe nämlich darin ausgeführt, deshalb auf Fr. 500.– Unterhalt zu verzichten, weil sie ab November 2007 nur noch eine halbe IV-Rente bekomme. Sie sei daher einem wesentlichen Grundlagenirrtum unterlegen, weil sie davon ausgegangen sei, dass ihr Unterhalt anderweitig durch Leistungen der Invalidenversicherung vollumfänglich gedeckt sei. Dies treffe aber nicht zu. Das Amt für Zusatzleistungen zur AHV/IV habe erklärt, die Differenz von Fr. 500.– nicht zu bezahlen, was einerseits durch die eingereichten Schreiben belegt sei und andererseits vom Gesuchsgegner auch nicht bestritten werde (Urk. 34 S. 3).

Die Gesuchstellerin bringt im Beschwerdeverfahren zum ersten Mal vor, sich beim Abschluss der Vereinbarung vom 12. Dezember 2007 in einem Irrtum befunden zu haben (vgl. Prot I S. 7). Aufgrund des im Beschwerdeverfahren geltenden absoluten Novenverbots ist ihr neues Vorbringen daher unbeachtlich, ebenso wie die neu eingereichte Verfügung der Stadt ... [Ort] betreffend Ausrichtung von Zusatzleistungen vom 30. Mai 2017 (Urk. 36/2).

b) Ebenfalls ein unzulässiges Novum ist das Vorbringen der Gesuchstellerin, der Schulderlass gelte nur unter der Bedingung, dass der Unterhalt in der Höhe von Fr. 500.–, auf welchen sie verzichtet habe, durch Leistungen der Invaliden-

versicherung gedeckt sei. Schliesslich habe sie in ihrem Schreiben vom 12. Dezember 2007 ausgeführt, dass sie auf Fr. 500.– verzichte, weil sie ab November 2007 nur noch eine halbe IV-Rente erhalte (Urk. 34 S. 3f.). Auch diese Behauptung bringt die Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren erstmals vor, so dass sie verspätet und damit unzulässig ist. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin auf ihr zustehende nacheheliche Unterhaltsbeiträge gerade in dem Zeitpunkt verzichtet haben sollte, als sich ihre IV-Rente reduziert hatte.

c) Weiter macht die Gesuchstellerin geltend, sie habe den Schulderlass in der Zwischenzeit rechtswirksam widerrufen. Sie habe nämlich mit Schreiben vom 7. Juni 2017 erklärt, es seien wieder Fr. 1'000.– zu bezahlen. Spätestens damit lebe die ursprüngliche Forderung wieder auf, wenn sie je aufgehoben worden sein sollte. Ein derartiger Widerruf müsse in Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB zulässig sein (Urk. 34 S. 4).

Wie bereits ausgeführt, ist vorliegend entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen von einer rechtswirksamen Abänderung der vor Obergericht gültig vereinbarten nachehelichen Unterhaltsbeiträge auszugehen. Diese neue Vereinbarung der Parteien enthält keine Befristung (Urk. 14: "... sende ich dir hiermit die Bestätigung, dass ich ab November 2007 nur noch Fr. 500.– pro Monat akzeptiere, da ich nur noch eine halbe IV-Rente ab November 2007 erhalte.") und ist daher für die weitere Dauer des nachehelichen Unterhalts gültig, wenn sie nicht erneut abgeändert wird. Für eine erneute Abänderung braucht es indessen entweder eine neue, von beiden Parteien abgeschlossene Vereinbarung oder aber einen gerichtlichen Entscheid (vgl. Art. 284 ZPO). Die Gesuchstellerin kann nicht einseitig auf die gültig vereinbarte Reduktion der Unterhaltsbeiträge zurückkommen.

6. Zusammengefasst haben die Parteien die Unterhaltsvereinbarung gemäss Beschluss der Kammer vom 4. Februar 2005 im Dezember 2007 gültig abgeändert. Damit kann die Gesuchstellerin gestützt auf den Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2005 vom Gesuchsgegner nicht mehr Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– pro Monat fordern. Da unbestritten blieb, dass der Gesuchsgegner seiner Unterhaltsverpflichtung im Umfang von Fr. 500.– pro Monat nachgekommen ist, ist die Beschwerde des Ge-

suchsgegners gutzuheissen. Das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dübendorf, Zahlungsbefehl vom 10. Januar 2018, ist demnach abzuweisen.

7. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 GebVO SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen.

b) Für das erstinstanzliche Verfahren ist dem Gesuchsgegner keine Parteientschädigung zuzusprechen, zum Einen mangels eines Antrags, zum Andern da er nicht anwaltlich vertreten war und kein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegt. Für das Beschwerdeverfahren ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner gestützt auf § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zuzüglich Fr. 38.50 (7,7 % MWSt), mithin Fr. 538.50, zu bezahlen.

8. Die Gesuchstellerin beantragt mit ihrer Beschwerdeantwort die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 34 S. 2). Sie begründet das Gesuch mit ihrer Mittellosigkeit, reicht aber keinerlei Belege zu ihrem Vermögen ein, sondern lässt lediglich ausführen, ein Kontoauszug könne bei Bedarf nachgereicht werden (Urk. 34 S. 6). Es ist indessen nicht Aufgabe des Gerichts, von einer anwaltlich vertretenen gesuchstellenden Partei solange Belege nachzufordern, bis ihr Gesuch begründet erscheint. Neben Einkünften, welche nicht ausreichen, um neben dem Lebensunterhalt auch noch für die Prozesskosten aufzukommen, wird auch vorausgesetzt, dass die gesuchstellende Partei zur Prozessfinanzierung nicht auf Vermögen zurückgreifen kann. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin die Police für eine Rechtsschutzversicherung einreicht (Urk. 36/9). In der Begründung ihres Armenrechtsgesuch führt sie zwar aus, diese übernehme die Kosten des vorliegenden Verfahrens leider nicht (Urk. 34 S. 5), was sie indessen gänzlich unbelegt lässt. Zusammengefasst kommt die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin somit ihrer Substantiierungs- und Mitwirkungsobliegenheit im Sinne von Art. 119 Abs. 2 ZPO nur ungenügend nach. Damit ist mindestens eine der beiden für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ZPO erforderlichen Vorausset-

zungen nicht erfüllt, so dass ihr Armenrechtsgesuch für das vorliegende Beschwerdeverfahren abzuweisen ist.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 2. Mai 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dübendorf (Zahlungsbefehl vom 10. Januar 2018) wird abgewiesen.
 3. Die Spruchgebühr von Fr. 250.– wird der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss von Fr. 450.– zu ersetzen.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 538.50 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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. 4'500.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. September 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
am