



Geschäfts-Nr. PN030172/U/ei

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,
Dr. iur. R. Wyler und Dr. iur. A. Brunner sowie die juristische
Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 20. August 2003

in Sachen

K. AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

I.

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Q. vom 28. Mai 2003 (EB ...)**

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Mit Verfügung vom 28. Mai 2003 wies der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Q. das von der Klägerin und Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. (...) des Betreibungsamts Egg ZH (Zahlungsbefehl vom ...) gestellte Rechtsöffnungsbegehren ab. Zur Begründung wurde angeführt, mit der vom Beklagten ausgestellten Quittung mit der Überschrift "Vorauszahlungen Dezember + Kredit" im Betrag von Fr. 9'000.-- sei nicht rechtsgenügend dargetan, dass es sich dabei ausschliesslich um ein Darlehen handle. Zudem sei die Fälligkeit der geltend gemachten Darlehensrückforderung nicht ausgewiesen, insbesondere sei die sechswöchige Frist gemäss Art. 318 OR nicht eingehalten. Mit dagegen erhobener Nichtigkeitsbeschwerde vom 5. Juli 2003 wurde beantragt, der Entscheid vom 28. Mai 2003 sei aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Schuld von Fr. 9'000.-- samt Zins und Verfahrenskosten zu zahlen. Zur Begründung wird vorgebracht, die angefochtene Verfügung sei in Verletzung des rechtlichen Gehörs gefällt worden, da der Einzelrichter ohne entsprechende Anforderung von Unterlagen zur Klärung des Sachverhalts entschieden habe. Gleichzeitig wurden Unterlagen ins Recht gelegt, um den Bestand der Darlehensforderung in Höhe von Fr. 9'000.-- sowie deren Fälligkeit zu untermauern. Mit Eingabe vom 11. Juli 2003 reichte die Klägerin weitere Akten zur Darlegung ihrer Forderung ein. Mit Beschwerdeantwort vom 7. August 2003 wurde sinngemäss die Abweisung der Beschwerde beantragt, indem ausgeführt wurde, die Klägerin verkenne, dass der Nachweis der Forderung und deren Abtretung (vom 20. Februar 2003) für die Gewährung der Rechtsöffnung nicht genügten. Im Übrigen sei die Forderungsabtretung nichtig, da der Beklagte gegenüber der AAA Event Solutions AG (Zedentin) am 6. Januar 2003 für die betriebene Forderung Verrechnung erklärt habe, was der Klägerin mit Schreiben vom 26. Juni 2003 auch mitgeteilt worden sei.

2. Das Verfahren vor der Kassationsinstanz hat ausschliesslich die Frage nach dem Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO zum Gegenstand. (...) Die Verletzung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO kommt grundsätzlich einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (§ 56 Abs. 1 ZPO) gleich; die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt seinerseits einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO dar, dessen Verletzung mit Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. Zürich 1997, N 1 und 14 zu § 55 ZPO).

Die richterliche Fragepflicht bestimmt, dass einer Partei, deren Vorbringen "unklar, unvollständig oder unbestimmt" ist, durch die richterliche Befragung Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben ist. Sie ist eine im Interesse der Wahrheitsfindung notwendige Ergänzung der Verhandlungsmaxime und gilt nach feststehender Praxis der Gerichte auch im summarischen Verfahren (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O. N 2; ZR 68 Nr. 117 E. 2).

3. Im summarischen Verfahren bestimmt der Richter je nach Eigenart des Falls, ob er die Beantwortung des Rechtsbegehrens mündlich in einer Verhandlung oder in schriftlicher Form durchführen will (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O. N 2 zu §§ 206/207 ZPO). Die Vorinstanz hat das Rechtsöffnungsbegehren im *schriftlichen* Verfahren aufgrund der von der Klägerin eingereichten Akten entschieden, nachdem vom Beklagten innert angesetzter Frist keine schriftliche Antwort eingegangen war bzw. die fristansetzende Verfügung vom 24. April 2003 dem Beklagten trotz mehrmaligen Zusendens nicht übermittelt werden konnte, so dass die Zustellung fingiert wurde. Nach Art. 84 Abs. 2 SchKG hat der Rechtsöffnungsrichter seinen Entscheid nach Eingang der mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme der betriebenen Person innert *fünf Tagen* zu eröffnen. Das Nichteinhalten dieser Ordnungsfrist kann als Rechtsverzögerung gerügt werden (Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A. Bern 1993, § 11 N 3). Diese bundesrechtliche Verfahrensordnung, die auf eine rasche Erledigung der Rechtsöffnungsbegehren zielt (BGE 87 I 365 E. 2b aa), rechtfertigt eine ent-

sprechend *zurückhaltende* Anwendung der Rechtswohltat der richterlichen Fragepflicht im Verfahren vor dem Rechtsöffnungsrichter. Dabei ist auch zu beachten, dass die Fragepflicht den Richter selbst im *ordentlichen* Zivilverfahren nicht dazu verpflichtet, eine Partei darauf hinzuweisen, dass sie einen wesentlichen Punkt des Tatbestands übersehen hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 55 ZPO mit Hinweis auf BGE 108 Ia 293). Im vorliegenden schriftlichen Verfahren war die Vorinstanz daher nicht verpflichtet, die Klägerin mittels Fristansetzung darauf aufmerksam zu machen, dass mit der eingereichten Quittung über Fr. 9'000.-- und dem Mahnschreiben vom 10. März 2003 die Darlehensrückforderung weder nach ihrer Höhe eindeutig bestimmbar noch deren Fälligkeit ausgewiesen sei. Im summarischen Verfahren sind die Beweismittel mit dem Begehren einzureichen oder zu bezeichnen (§ 210 Satz 1 ZPO). Eine weitere Fristansetzung zur ergänzenden Stellungnahme seitens des Betreibungsbeklagten (§ 210 Satz 2 ZPO) hätte das Rechtsöffnungsverfahren im Hinblick auf Art. 84 Abs. 2 SchKG in unzulässiger Weise verzögert. Es darf beim betreibenden Gläubiger das Wissen vorausgesetzt werden, dass nur Forderungen auf dem Betreibungswege durchsetzbar sind, deren Umfang und Fälligkeit sich unmittelbar und eindeutig aus den vorgelegten Urkunden ergeben. Da die fünftägige Frist nach Art. 84 Abs. 2 SchKG Weiterungen im schriftlichen Rechtsöffnungsverfahren entgegensteht, kann die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO in der Regel nur im mündlichen Rechtsöffnungsverfahren zum Tragen kommen.

Die als provisorischer Rechtsöffnungstitel eingereichte Quittung samt Mahnung und das Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 10. März 2003 stellen im Sinne von Art. 82 SchKG ungenügende Beweismittel dar, was zu Recht nicht bestritten wird. Die von der Klägerin im Kassationsverfahren nachgereichten Urkunden, welche diesen Mangel beheben sollen, müssen im vorliegenden Verfahren als unzulässige Noven unbeachtet bleiben.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen. Die Verfahrenskosten sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen. Dem Beklagten ist man-

gels eines entsprechenden Antrags keine Parteientschädigung zuzusprechen.