



Geschäfts-Nr. PN050291/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Seeger, Vorsitzender,
Dr. iur. H. Schmid und Dr. iur. R. Wyler
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 28. Februar 2006

in Sachen

T. AG,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt (...)

gegen

M.,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt (...)

betreffend **Rechtsöffnung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil (ER lic. iur. Ch. Prinz) vom 19. Oktober 2005

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Der Beschwerdegegner stellte am 22. August 2005 beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Hinwil ein Rechtsöffnungsbegehren i.S. von Art. 80 und 82 SchKG im Forderungsbetrage von Fr. 75'000.-- nebst Zins zu 5% seit dem 25. Dezember 2004 und Betreuungskosten. (...) wurde (ihm) (...) provisorische Rechtsöffnung erteilt.
2. (...)
3. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das nicht der Fortsetzung des vor erster Instanz abgeschlossenen Verfahrens dient. Im Gegensatz zur Berufung zielt sie daher auch nicht auf eine freie Nachprüfung des angefochtenen Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, sondern gestattet nur eine Überprüfung daraufhin, ob der angefochtene Entscheid zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei an einem Nichtigkeitsgrund leide. Nichtigkeitsgründe sind gemäss § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen (Ziff. 2) und die Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). In der Beschwerdeschrift ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid mit einem der erwähnten Mängel behaftet sei, damit die Kassationsinstanz den Entscheid des Sachrichters auf den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund hin überprüfen kann (§ 290 ZPO). (...) Die Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Ziff. 3 ZPO dient nicht der Durchsetzung der materiellen Rechtseinheit, sondern lediglich der Korrektur offenkundiger schwerer Irrtümer bei Anwendung des Gesetzes. Über die Auslegung einer Rechtsnorm darf kein begründeter Zweifel bestehen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 51 zu § 281 Ziff. 3 ZPO).
4. (...)
5. Sodann wird gerügt, der angefochtene Rechtsöffnungsentscheid verstosse gegen klares materielles Recht, da die in Art. 82 SchKG enthaltenen Vor-

aussetzungen der Rechtsöffnung nicht erfüllt gewesen seien, welche nach Lehre und Rechtsprechung ausdrücklich als klares materielles Recht anerkannt seien (Hinw. auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 47 zu § 281 Ziff. 3 ZPO). Dazu ergibt sich Folgendes:

- a) Die Beschwerdeführerin trägt vor, der Kläger habe sich einen Teil der in Betreuung gesetzten Forderung erst am 17. bzw. 18. Oktober 2005 von seinen vier früheren Geschäftspartnern abtreten lassen. Der Schluss des Einzelrichters, es sei ausreichend, wenn der Gläubiger im *Zeitpunkt der Urteilsfällung* für die gesamte in Betreuung gesetzte Forderung verfahrenslegitimiert sei, sei so nicht haltbar. Die Verweisung auf STÜCHELI sei unbehelflich, da es sich dort um Gläubigerwechsel im Verlauf des Verfahrens gehandelt habe, bei denen derjenige, der die Betreuung eingeleitet habe, auch tatsächlich Gläubiger der Forderung gewesen sei (Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 69 f.; act. 1, S. 13 ff., Ziff. 48 ff.). Nach dieser Lehrmeinung, die von der Rechtsprechung in jüngerer Zeit geteilt werde (AGVE 1989, S. 45 f.), dürfe Rechtsöffnung nur erteilt werden, wenn der betriebene Anspruch im *Zeitpunkt der Anhebung* der Betreuung durch den Betreibenden einforderbar sei (m. Hinw. auf STÜCHELI, a.a.O., S. 69 f., S. 172). Die bei PANCHAUD/CAPREZ angeführten Entscheide bezögen sich auf "*altes Recht*" und überdies auf die Aberkennungsklage, nicht auf die Rechtsöffnung. Die Beklagte habe daher zu Recht Rechtsvorschlag erhoben.
- b) Die Vorinstanz hat erwogen, der Kläger sei im Zahlungsbefehl vom 24. Mai 2004 als einziger betreibender Gläubiger aufgeführt, der im Rechtsöffnungsverfahren nun auch die Forderungen der übrigen Solidarschuldner geltend mache. Aufgrund der Zessionen vom 17. bzw. 18. Oktober 2005 sei der Kläger gegenüber der Beklagten im Zeitpunkt der Urteilsfällung für die *gesamte* Forderung verfahrenslegitimiert (m. Hinw. auf PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 18, S. 41 Ziff. 1 und STÜCHELI, a.a.O., S. 69 f.).

- c) Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist für die Übertragung einer in Betreuung gesetzten Forderung allein das materielle Recht massgebend, insbesondere Art. 170 OR im Falle der Zession, und der Erwerber der Forderung tritt nach den Regeln des Betreibungsrechts ohne Weiteres in die vom Rechtsvorgänger erreichte Stellung im laufenden Verfahren ein (SchKG-Bessenich, Art. 77 N 3 [Gläubigerwechsel]). Am 1. Januar 1997 ist der neue Art. 77 SchKG in Kraft getreten, welcher den nachträglichen Rechtsvorschlag zufolge *Gläubigerwechsels* entsprechend dem von der Rechtsprechung durch Lückenfüllung erweiterten Anwendungsbereich des altrechtlichen Art. 77 SchKG (unverschuldete Fristsäumnis) nun ausdrücklich regelt (a.a.O. N 2). Nach Art. 77 Abs. 1 SchKG kann der Betriebene einen Rechtsvorschlag noch *nachträglich* bis zur Verteilung oder Konkurseröffnung anbringen, wenn der Gläubiger "*während des Betreibungsverfahrens*" wechselt. Der Schuldner erhält damit die Möglichkeit, ihm allfällig gegen den Zessionar zustehende Einreden oder die Ungültigkeit der Zession geltend zu machen (SchKG-BESSENICH, Art. 77 N 4; Art. 38 N 32). Der angefochtene Entscheid stützt sich auf diese Rechtsgrundlagen.
- d) Keine Rechtsöffnung kann indessen erteilt werden, wenn der alte Gläubiger im Zeitpunkt, als er hierzu berechtigt war, gar keine Betreuung eingeleitet hat (SchKG-STAEHELIN, Art. 82 N 75 m. Hinw. auf GAUTHIER sowie einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau [AGVE 1989, 45] und die alte Praxis des Kantons Waadt; PANCHAUD/CAPREZ, a.a.O., S. 42, Ziff. 2, ebenfalls m. Hinw. auf die Praxis des Kantons Waadt; vgl. ADRIAN STAEHELIN, in: SJZ 1968, 317). Dieser Auffassung hat sich auch STÜCHELI in seiner Dissertation angeschlossen (a.a.O., S. 172). SchKG-STAEHELIN verweist zudem auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Aberkennungsverfahren, wobei er davon ausgeht, dass sie auch auf das *Rechtsöffnungsverfahren* anwendbar sei, und hält in seinem Kommentar zu Art. 83 SchKG fest, dass auch derjenige, der die Forderung erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls übertragen erhalten habe, zur Fortführung der Betrei-

bung ermächtigt *"und demzufolge legitimiert (sei), Rechtsöffnung zu verlangen und im Aberkennungsprozess die Beklagtenrolle einzunehmen"* (m. Hinw. auf BGE 95 II 254, 620; 91 II 111; 83 II 214; vgl. auch BGE 4C.369/1998; 4C.200/2001), mit der ausdrücklichen Einschränkung, *"sofern die Betreuung vom früheren Gläubiger eingeleitet wurde"*. Habe indes der Zessionar, welcher die Forderung erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls erhalten habe, *"vorher selbst die Betreuung eingeleitet"*, so müsse die Rechtsöffnung abgewiesen werden. Diese letzte Voraussetzung werde in der bundesgerichtlichen Praxis vernachlässigt, ergebe sich aber zwangsläufig aus der Tatsache, dass die Aberkennungsklage nur dann gutgeheissen werden dürfe, wenn der betreibende Gläubiger eine im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fällige Forderung innegehabt habe, ansonsten er betreibungsrechtlich eine Stellung erhalten würde, die ihm materiellrechtlich nicht zustehe (Art. 83 N 44). Gleicher Meinung sind FRITZSCHE/WALDER (Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3.A. Zürich 1984, Bd. I, § 21 Fn 5) und GULDENER (Schweiz. Zivilprozessrecht, 3.A. Zürich 1979, S. 377 f., Fn 62 lit. f), welche die Rechtsprechung des Bundesgerichts in diesem Punkt seit BGE 95 II 254 ebenfalls kritisieren. Das Bundesgericht hat sich in BGE 128 III 44 zu *dieser* Kritik der betreibungsrechtlichen Doktrin nicht geäußert (E. 5b cc). Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat die heute herrschende Rechtsauffassung bereits in einem Entscheid vom 24. März 1970 mit der Begründung vertreten, die Betreuung dürfe nicht gestützt auf die Abweisung der Aberkennungsklage fortgesetzt werden, wenn der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl zu Recht Rechtsvor-schlag erhoben habe, weil die Forderung nicht bestand bzw. dem Betreibenden (noch) nicht zustand, würde er dabei doch der zwanzigtägigen Zahlungsfrist nach Art. 69 Ziff. 2 SchKG verlustig gehen. Zudem könnte der Betreibende im Falle einer Gruppenpfändung einen Rang erlangen, der ihm nicht zustünde (ZR 69 Nr. 21). Der Kommentar FRANK/STRÄULI/MESSMER beschränkt sich darauf, die bundesge-

richtliche Rechtsprechung zu zitieren, ohne sie zu kommentieren oder an ihr Kritik zu üben (N 3 zu § 213 Ziff. 2 ZPO).

- e) In Lehre und Rechtsprechung finden sich keine *begründeten* Zweifel an der herrschenden Rechtsauffassung, dass der Zessionar im Betreibungsverfahren nur dann in die Rechte des Zedenten eintritt, wenn Letzterer die Betreibung selbst eingeleitet hat, und nicht der (zukünftige) Zessionar. Da einzig der Kläger und Beschwerdegegner im Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Wetzikon vom 24. Mai 2005 als Betreibender aufgeführt ist, ist er im Umfange der nach Einleitung des Betreibungsverfahrens, insbesondere nach Zustellung des Zahlungsbefehls, an ihn zedierten Forderungsbeträge *nicht* verfahrenslegitimiert, so dass ihm in der vorliegenden Betreibung höchstens im Umfang seiner eigenen *Teilforderung* Rechtsöffnung erteilt werden kann.
6. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach gutzuheissen, der angefochtene Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren aufzuheben und die Sache zur neuen Vorladung zur Rechtsöffnungsverhandlung und zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...)