



Geschäfts-Nr. PN060033/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Seeger, Vorsitzender, und
lic. iur. P. Helm, Oberrichterin Dr. iur. H. Kneubühler Dienst
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 4. April 2006

in Sachen

F.

Beklagter und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

St.

Kläger und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach (...) vom 27. Oktober 2005 (EB05...)

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2005 erteilte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks Bülach dem Kläger und Beschwerdegegner in der Betreibung Nr. (...) des Betreibungsamts Kloten (Zahlungsbefehl vom 23. August 2005) definitive Rechtsöffnung für Fr. 68'431.45 nebst Zinsen zu 5% seit 1. Januar 2000. Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 3. Februar 2006 beantragte der Beklagte und Beschwerdeführer, die Verfügung vom 27. Oktober 2005 vollumfänglich aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; (...)
2. (...)
3. Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung von § 281 Ziff. 3 ZPO, indem er vorträgt, die Argumentation der Vorinstanz, wonach ein Urteil gegen eine Kollektivgesellschaft als Rechtsöffnungstitel gegen einen früheren Gesellschafter genüge, sobald die Konkursöffnung der Gesellschaft durch Urkunden belegt sei, vermöge aus den folgenden Gründen nicht zu überzeugen:
 - a) Der Konkurs der Kollektivgesellschaft bewirke keine Universalsukzession durch die Gesellschafter, vom Übergang von Aktiven oder Schulden könne keine Rede sein, von Gesetzes wegen werde lediglich die erweiterte subsidiäre und unbeschränkt geltende Haftung der Gesellschafter ausgelöst. Eine unterschiedliche Behandlung gegenüber der gesetzlichen Ehegattenhaftung, wo der mithaftende Ehegatte sich ein Urteil gegen den anderen Ehegatten auch nicht als Rechtsöffnungstitel entgegenhalten lassen müsse, sei nicht einsehbar (m. Hinw. auf SchKG-STAEHELIN, Art. 80 N 30). Ein ehemaliger subsidiär haftender Gesellschafter sei auf den ordentlichen Zivilprozess angewiesen, um gegen die Haftungsansprüche der Gläubiger in angemessener Weise Einwendungen erheben zu können, insbesondere zum effekti-

ven Verlust des Gläubigers im Gesellschaftskonkurs und die Einreden der (teilweisen) Schuldtilgung oder der Verrechnung, zu welchen der Gesellschafter gegen einen auf die Gesellschaft lautenden definitiven Rechtsöffnungstitel nicht legitimiert sei.

- b) Die Vorinstanz hat erwogen, nach der Lehre und teilweise auch der Rechtsprechung berechtige ein Urteil gegen eine Kollektivgesellschaft zur Rechtsöffnung gegen die Gesellschafter, wenn der Gläubiger zusätzlich eine Urkunde vorlege, welche die Auflösung der Gesellschaft bescheinige. Mit der eingereichten Konkursverfügung vom 26. April 2005 habe der Kläger die Auflösung der Kollektivgesellschaft *F. & Th.* rechtsgenügend nachgewiesen, weshalb definitive Rechtsöffnung erteilt werden könne.
- c) Nach SchKG-STAEHELIN sollte ein Urteil gegen die Kollektivgesellschaft zur *definitiven* Rechtsöffnung auch gegen die Gesellschafter berechtigen, wenn sie gemäss Art. 568 Abs. 3 OR belangbar geworden seien. Zur Begründung wird angeführt, die Kollektivgesellschafter haften nicht nur von Gesetzes wegen subsidiär für die Schulden der Gesellschaft, sondern könnten gleichsam als "*Rechtsnachfolger*" der aufgelösten Gesellschaft gelten (Art. 80 N 32 m. Hinw. auf RAPP; Art. 82 N 60). Dieser Rechtsauffassung hat sich STÜCHELI angeschlossen (Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 180 f. und Fn. 72). Die publizierte Rechtsprechung hat die *provisorische* Rechtsöffnung gegen Kollektivgesellschafter bewilligt, weil die in Konkurs geratene Kollektivgesellschaft die Forderung anerkannt hatte (BJM 1955, 200 [Basel-Stadt]) oder einfach, weil die Kollektivgesellschaft in Konkurs gegangen war (JdT 1969 II 31 [Waadt]; zit. bei PANCHAUD/CAPREZ, Die Rechtsöffnung, 2. A. Zürich 1980, N 1 zu § 22). Die zürcherische Rechtsprechung vertrat früher ebenfalls die Auffassung, dass nach Auflösung der Kollektivgesellschaft für ein rechtskräftiges Urteil in der Betreuung gegen einen subsidiär haftenden Gesellschafter nur *provisorische* Rechtsöffnung erwirkt werden könne, da ihm seine gegen den

Gläubiger persönlich zustehenden Einreden erhalten bleiben müssten; seine Interessen seien aber durch die Möglichkeit der Aberkennungsklage ausreichend gewahrt (ZR 16 Nr. 42 E. 4). Diese Auffassung wurde verschiedentlich auch von anderen kantonalen Gerichten vertreten. Zur Begründung wurde jeweils angeführt, würde die Passivlegitimation im Rahmen der *definitiven* Rechtsöffnung bejaht, so würde der Kollektivgesellschafter seiner persönlichen Einreden benommen und könnte bloss noch die *nach* Erlass des Urteils eingetretenen und gemäss Art. 81 SchKG zulässigen Einwendungen erheben, weshalb es richtig erscheine, ihn auf dem ordentlichen Prozesswege einzuklagen, in welchem Verfahren er sämtliche persönlichen Einreden erheben könne (ZBJV 1913, 285 ff. [Bern]; SJZ 1936/37, 127 E. 2 [Basel-Land]; JDT 1982 II, 96 [Waadt]). In ZR 32 Nr. 39 wurde von der zürcherischen Praxis dann auch die *definitive* Rechtsöffnung mit der Begründung erteilt, der subsidiär zur aufgelösten Kollektivgesellschaft belangte Gesellschafter könne die ihm gegen den Gläubiger *persönlich* zustehenden Einreden sehr wohl auch noch im Vollstreckungsverfahren nach Art. 81 SchKG geltend machen, und unabhängig davon, ob die Aktiven und Passiven der Gesellschaft übernommen worden seien, sei es doch Sache der Gesellschafter, sich auch noch nach Auflösung der Kollektivgesellschaft um deren prozessuale Rechte zu kümmern.

- d) Im vorliegenden Fall erfolgte die Betreibung des Beklagten für eine Gesellschaftsschuld, nachdem die Kollektivgesellschaft *F. & Th.* am 26. April 2005 zufolge Konkureröffnung aufgelöst worden war (vorne E. 3b). Die Auflösung der Kollektivgesellschaft löst stets die Solidarhaftung nach Art. 568 Abs. 3 OR aus, so dass der einzelne Gesellschafter - selbst nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft - von Gesetzes wegen Solidarschuldner mit der Gesellschaft wird und für Gesellschaftsschulden persönlich belangt werden kann, wobei der Gläubiger die Wahl hat, gegen die Kollektivgesellschaft (in Liquidation) oder gegen den Gesellschafter vorzugehen (BGE 100 II 376 E. 2a). In Ergänzung zur privatrechtlichen Haftungsregelung des Art. 568 Abs. 3

OR sieht Art. 217 SchKG dementsprechend vor, dass der Gläubiger, der von einem Solidarschuldner bereits teilweise befriedigt wurde, dennoch berechtigt ist, seine Forderung in ihrem vollen ursprünglichen Betrag im Konkurs der Kollektivgesellschaft einzugeben (in casu: Fr. 68'431.45 nebst Zinsen zu 5% seit 1. Januar 2000 [Disp. Ziff. 1]). Aber auch der Solidarverpflichtete selbst, der die Teilzahlung erbracht hat, ist berechtigt, die ganze Forderung im Konkurs anzumelden (Art. 217 Abs. 1 und 2 SchKG). Der auf den Gläubiger entfallende Anteil an der Konkursmasse kommt diesem bis zu seiner vollen Befriedigung zu, während der teilzahlende Solidarschuldner, sofern er nach Art. 148 Abs. 2 OR rückgriffsberechtigt ist, von einem allfälligen Überschuss nur denjenigen Betrag erhält, den er bei selbständiger Geltendmachung seines Rückgriffsrechts im Konkurs zugeteilt bekäme. Der Solidarschuldner erhält mithin immer nur die Konkursdividende für seine Regressforderung; ein allfälliger weiterer Rest verbleibt der Konkursmasse (Art. 217 Abs. 3 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A. 2003, § 42 Ziff. III.2 [Konkursforderung bei Haftungskonkurrenz]; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1993, Bd. II, § 42 Rz 47). Gemäss dieser Regelung bedarf der belangte solidarisch haftende Gesellschafter im Zwangsvollstreckungsverfahren nach Art. 81 SchKG weder einer Einwendung zum effektiven Verlust des Gläubigers im Gesellschaftskonkurs noch der Einrede der teilweisen oder ganzen Schuldtilgung (vorne E. 3a), während ihm gestützt auf Art. 573 Abs. 3 OR seine gegen den Gläubiger persönlich zustehenden Verrechnungseinreden im Rahmen des Urkundenbeweises erhalten bleiben müssen (SchKG-STAEHELIN, Art. 81 N 10; ZR 32 Nr. 39).

- e) Auch die Verrechnungseinrede für die Prozessentschädigung im Betrage von Fr. 6'700.--, die der Kollektivgesellschaft *F. & Th. (in Liquidation)* zusteht (Disp. Ziff. 2), vermöchte grundsätzlich gegen den definitiven Rechtsöffnungstitel durchzudringen, selbst wenn sie erstmals in der Rechtsöffnungsverhandlung erhoben würde (SchKG-STAEHELIN,

Art. 81 N 10 f.; BGE 115 III 100 E.4). Die weitere Nichtigkeitsrüge, wonach die Vorinstanz es unterlassen habe, den Beklagten anlässlich der Verhandlung vom 27. Oktober 2005 zur formellen Verrechnungserklärung für die Gegenforderung im Betrage von Fr. 6'700.-- anzuhalten, obwohl er sinngemäss eine entsprechende Absicht geäussert habe, vermag ihm dennoch nicht zum Nachteil zu gereichen. Denn mit der Konkursöffnung vom 26. April 2005 wurde diese Forderung von Gesetzes wegen vom Konkursbeschluss erfasst und damit als Bestandteil der Konkursmasse der Verfügungsberechtigung der Gesellschafter entzogen. Die Verrechnung wird zwischen der Konkursverwaltung und dem Kläger erfolgen müssen (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 40 Ziff. I und V.5 m. Hinw. auf BGE 76 III 15; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., Bd. II, § 40 Ziff. II.1 Rz 4). Insofern kommen die Bedenken eines Teils der Rechtsprechung hinsichtlich des Verlusts von Einwendungen des Gesellschafters im Rahmen von Art. 81 SchKG (vorne E. 3c) jedenfalls bei Auflösung der Kollektivgesellschaft zufolge *Konkurses* nicht zum Tragen.

4. (...)

5. (...)

6. (...)

(Teilweise Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde)