

# GR\_GERICHTE ZB 2005 62 vom 31. Januar 2006

GR Gerichte, 2006-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZB 2005 62](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZB_2005_62)

FR: GR\_GERICHTE ZB 2005 62 du 31 janvier 2006

IT: GR\_GERICHTE ZB 2005 62 del 31 gennaio 2006

## Regeste

sachliche Zuständigkeit (Aberkennungsklage, Nichtigkeit der provisorischen Rechtsöffnung) | Leitentscheid, publiziert als PKG 2006 7\3Cbr\3E | Prozessrecht 232 Ziff. 1-8 ZPO

## Erwägungen

### E. 01

Dezember 2005, in Sachen der Klägerin und Beschwerdeführerin gegen den K r e i s O b e r e n g a d i n , 7503 Samedan, Beklagter und Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Alexander Blöchlinger, Via Stredas 4, 7500 St. Moritz, betreffend sachliche Zuständigkeit (Aberkennungsklage, Nichtigkeit der provisorischen Rechtsöffnung), hat sich ergeben: A. X. lebt seit dem 1. Juli 2003 im Alters- und Pflegeheim "Promulins" in Samedan. Das Heim wird auf besonderer gesetzlicher Grundlage in der Rechtsform der nicht rechtsfähigen, das heisst unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt

### E. 2

Die Kosten dieses Verfahrens von CHF 250.— gehen zu Lasten der Gesuchsgegnerin und werden beim Gesuchssteller unter Erteilung des Rückgriffrechts auf die Gesuchsgegnerin bezogen.

### E. 3

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchssteller mit CHF 572.45 ausseramtlich zu entschädigen.

### E. 4

(Rechtsmittelbelehrung).

3

### E. 5

(unentgeltliche Rechtspflege).

4

### E. 6

und eine Begründung enthaltend, und bei der zuständigen Instanz (Art. 233 ZPO) eingelegt wurde, ist einzutreten. 2. Für den Fall, dass die Vorinstanz ihre sachliche Zuständigkeit zu Recht verneint haben sollte, stellt die Beschwerdeführerin das Eventualbegehren, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und "dahingehend zu rektifizieren, dass das Verwaltungsgericht Graubünden ausdrücklich als für die Erledigung der vor Be-

zirksgericht Maloja rechtshängig gemachten Aberkennungsklage zuständig bezeichnet werde und das Verfahren diesem Gericht zur Streiterledigung zu übertragen". Das ist abzuweisen. Nach dem Prinzip der Kompetenz-Kompetenz entscheidet jeder Richter autonom über seine eigene Zuständigkeit. Der Kantonsgerichtsausschuss kann über seine eigene Zuständigkeit befinden. Sodann kann er kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung und daraus sich ergebender funktioneller Zuständigkeit im Rechtsmittelverfahren über die Zuständigkeit von unteren Zivilgerichtsinstanzen in für diese bindender Weise befinden (Art. 232 ZPO). Dabei mag es - zur Begründung der Unzuständigkeit der Zivilgerichte - allenfalls angebracht sein, Erwägungen dazu anzustellen, welches andere Gericht zuständig sein könnte. Hingegen ist dem Kantonsgerichtsausschuss offensichtlich verwehrt, per Dispositiv eine autoritative, das Verwaltungsgericht bindende Feststellung über die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zu treffen.

3. Das Hauptbegehren der Beschwerdeführerin lautet auf Kassation der angefochtenen Entscheidung, und es sei das Bezirksgericht Maloja für die Beurteilung der rechtshängig gemachten Aberkennungsklage als sachlich zuständig zu bezeichnen. Sinngemäss wird damit die Rückweisung zur materiellen Behandlung durch das Bezirksgericht beantragt.

a. Zur Begründung wird geltend gemacht, wenn sich das Bezirksgericht mit seiner Entscheidung im Kern gegen den Rechtsöffnungsentscheid des Kantonsgerichtsausschusses mit dem Hinweis wende, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien vom öffentlichen Recht beherrscht werde und die Vereinbarung über den Heimaufenthalt nicht als (provisorischer) Rechtsöffnungstitel herangezogen werden könne und daher mangels Anfechtungsobjekt die Erhebung einer Aberkennungsklage beim Zivilrichter ausgeschlossen sei, wersetze es sich einem Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses als übergeordneter Instanz. Nachdem der Kantonsgerichtsausschuss die provisorische Rechtsöffnung erteilt habe, sei der Be-

## E. 7

schwerdeführerin nichts anderes übrig geblieben, als die Rechtsöffnungsklage [recte: Aberkennungsklage] beim Zivilrichter anhängig zu machen. Falls - wie vorliegend - provisorische Rechtsöffnung erteilt worden sei, müsse einem Schuldner von Bundesrechts wegen in jedem Fall die Aberkennungsklage offen stehen und zwar beim Zivilgericht, da gemäss Art. 14 des Verwaltungsgerichtsgesetzes kein Gerichtsstand beim Verwaltungsgericht gegeben sei. Lückenfüllend müsse für öffentlich-rechtliche Forderungen, für welche provisorische Rechtsöffnung erteilt worden sei, aberkennungsweise der Zivilrichter zuständig sein. Jede andere Betrachtungsweise führe im Ergebnis zur Rechtsverweigerung gegenüber dem Schuldner. Dieser rein formalen Argumentation und Schlussfolgerung kann sich der Kantonsgerichtsausschuss nicht in allen Teilen anschliessen. Richtig ist zwar, dass der Kantonsgerichtsausschuss mit seinem - inzwischen formell rechtskräftigen - Entscheid der provisorischen Rechtsöffnung (SKG 05 5) X. auf den Rechtsweg der Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG verwiesen hat und ihr nun dieser Weg mit dem angefochtenen Entscheid des Bezirksgerichts abgeschnitten werden soll. Es kann vorweggenommen werden, dass es im Licht des Rechtsschutzes damit zweifelsohne nicht sein Bewenden haben kann. Indessen kann dem Zivilgericht im Rahmen des ordentlichen Zivilverfahrens nicht verwehrt sein, die Prozessvoraussetzungen für eine Aberkennungsklage frei zu prüfen und sie allenfalls zu verneinen. b.aa. Sowohl die Vorinstanz als auch beide Parteien gehen zutreffend davon aus, dass die hier interessierende Rechtsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin als Heiminsassin einerseits und dem Altersheim Promulins beziehungsweise dem Kreis

Oberengadin als dem gesetzlichen Rechtsträger der nicht rechtsfähigen, unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt andererseits vom öffentlichen Recht beherrscht wird (act. 05.3.6, Ziff. 10 HTO). Rechtsträgerschaft und Natur der Anspruchgrundlage schliessen aus, dass die Heimtaxen privatrechtlich vereinbart werden können. Die BESA-Einstufung und die davon abhängenden Taxen sind, gestützt auf die von der Heimkommission erlassene, generell-abstrakte Rechtssätze darstellende Heim- und Taxordnung, von der Heimleitung nur einseitig - unter Vorbehalt entsprechender verwaltungsrechtlicher und verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe - hoheitlich zu verfügen (Ziff. 3.2, 3.3, 4.2, 10 HTO). Die Heim- und Taxordnung ist ausschliessliche Grundlage für die Bestimmung von Leistungen, Taxen und Preise des Altersheims Promulins (Ziff. 1 Abs. 2 HTO). Das Regelwerk der HTO, deren grundsätzliche Anwendbarkeit von den Parteien nicht bestritten ist, sagt überdies, dass die Taxen im individuellen Anwendungsfall von der

## **E. 8**

Heimleitung hoheitlich verfügt werden. Anders können Ziff. 3.2 HTO, wonach der Entscheid betreffend BESA-Einstufung - und damit verbunden die entsprechenden Taxen (Ziff. 4.2 und 5.2 HTO) - schriftlich zu eröffnen ist und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft erwächst, sowie Ziff. 10 HTO (Rechtsschutz), wonach gegen Entscheide und Anordnungen der Heimleitung bei der Heimkommission Beschwerde geführt werden kann und Beschwerden in Form einer schriftlichen Verfügung zu entscheiden sind, nicht interpretiert werden. Für eine privatrechtliche Vereinbarung über die Heimtaxen bleibt kein Raum. X. konnte folglich privatautonom kein Schuldbekenntnis im Sinne von Art. 82 SchKG abgeben, beziehungsweise es kann ein gleichwohl abgegebenes Schuldbekenntnis kraft zwingenden öffentlichen Rechts dem Kreis Oberengadin nicht als Anspruchgrundlage für die Einforderung, die zwangsvollstreckungsrechtliche Durchsetzung und/oder die gerichtliche Geltendmachung der Heimtaxen erhalten. Dass eine privatrechtliche Vereinbarung über die Taxen im Sinne übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen gemäss Art. 1 OR irrelevant ist, geht im Wesentlichen auch aus der ominösen Parteivereinbarung vom 25. Juni 2003 selbst hervor, wird doch dort einleitend festgehalten, dass sie auf der jeweils gültigen Taxordnung beruhe, welche einen integrierenden Bestandteil der Vereinbarung bilde (act. 05.3.5). Die sachlich richtige Praxis wäre zweifellos, auf die bloss Verwirrung stiftende "Vereinbarung" gänzlich zu verzichten und ausschliesslich - auch bei Neueintritt von Insassen - einseitig und hoheitlich zu verfügen. bb. Bei dieser Ausgangslage kann auf ein Rechtsöffnungsgesuch des Hoheitsträgers für derartige Heimtaxen entweder definitive oder gar keine Rechtsöffnung erteilt werden, mithin ist bereits auf Grund der Natur des zwischen den Parteien herrschenden Rechtsverhältnisses ausgeschlossen, den Rechtsvorschlag nur provisorisch zu beseitigen. Die provisorische Rechtsöffnung kann nämlich nur aufgrund privatrechtlicher, nie aufgrund öffentlichrechtlicher Ansprüche erteilt werden. Die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für eine Forderung des öffentlichen Rechts, welche letztlich nicht vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden kann, kommt schlechterdings nicht in Betracht, und dies auch dann nicht, wenn sie vom Schuldner unterschrieben oder in öffentlicher Urkunde anerkannt worden ist. Entscheidend ist, ob eine aus dem öffentlichen Recht stammende Forderung materiell auf dem Verwaltungsweg oder vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden muss (falsch deshalb wohl PKG 1990 Nr. 31 E. 1a, wie bei Daniel Staehelin, Basler Kommentar, N 46 zu Art. 82 SchKG angetönt). Das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung mit anschliessender Aberkennungsklage vor dem Zivilrichter steht nicht zur Verfügung. Die gegenteilige

Meinung von Alois Jenni (Die Beseitigung des

## **E. 9**

Rechtsvorschlag in der Betreuung für öffentlichrechtliche Forderungen, Diss. Zürich 1970, S. 73-75) dürfte mit der Revision von Art. 79 Abs. 1 SchKG hinfällig sein. Denn dem Gesetz kann seither dem Wortlaut und der Systematik nach der Hinweis entnommen werden, dass für im öffentlichen Recht begründete Forderungen das Institut der Aberkennungsklage nicht gedacht ist. Das Gesetz verweist in Art. 79 Abs. 1 SchKG alternativ zum ordentlichen Prozess auf das Verwaltungsverfahren, bei der Aberkennungsklage in Art. 83 Abs. 2 SchKG verweist es hingegen nur auf den ordentlichen Prozess beim (Zivil)Gericht des Betreuungsorts. Eine provisorische Rechtsöffnung für öffentlichrechtliche Forderungen ist allenfalls noch dort denkbar, wo ein Verwaltungszweig nicht hoheitlich verfügt (Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 327 f., 393; Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 122, N 12 und 19; Staehelin, a.a.O., N 46 zu Art. 82 SchKG, N 43 zu Art. 83 SchKG; Spühler/Gehri/Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, S. 92). Das ganze Rechtsbehelfssystem des SchKG kennt somit für öffentlichrechtliche Ansprüche, deren Bestehen hoheitlich festzustellen ist, weder provisorische Rechtsöffnung noch Aberkennungsklage. cc. Dieser grundlegende Aspekt der vollkommen unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen wurde im provisorischen Rechtsöffnungsentscheid (SKG 05 5) ausser Acht gelassen. Der Kantonsgerichtsausschuss hat im genannten Entscheid zunächst geprüft, ob die Voraussetzungen für die definitive Rechtsöffnung gemäss Art. 80 SchKG gegeben sind und dabei eingelegtes Beweismaterial daraufhin geprüft, ob es die Mindestanforderungen an "Verfügungen und Entscheide kantonaler Verwaltungsbehörden über öffentlichrechtliche Verpflichtungen" erfüllt (act. 05.3.4, E. 3 S. 5-7). Damit ging der Kantonsgerichtsausschuss - stillschweigend - davon aus, dass das Forderungsverhältnis der Parteien vom öffentlichen Recht beherrscht wird, womit der geldwerte Anspruch des Kreises Oberengadin gegenüber X. hoheitlich zu verfügen war. Dessen ungeachtet hat der Kantonsgerichtsausschuss nachfolgend ohne Umschweife, namentlich ohne weitere Prüfung dieser Frage und insofern auch in Widerspruch zu eigenen vorangestellten Erwägungen (öffentlichrechtliche Ansprüche, Verwaltungsakt mit Verfügungscharakter, notwendiger Inhalt einer Leistungsverfügung), das Vorliegen einer privaten Schuldanererkennung in Form der "Vereinbarung für einen Heimaufenthalt" vom 25. Juni 2003 bejaht und die provisorische Rechtsöffnung erteilt (act. 05.3.4, E. 4 S. 7-9, Dispositiv S. 11). Obwohl selbst davon ausgehend, dass "dem Rechtsöffnungsgesuch die Heim- und Taxordnung zugrunde liegt" (act. 05.3.4, E. 4b S. 8) hat der Kantonsgerichtsausschuss im Beschwerdeverfahren der Rechtsöffnung somit gar nicht geprüft, beziehungsweise übersehen, dass das hier interessierende Forderungsverhältnis schlechterdings

## **E. 10**

nicht durch eine Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG erzeugt werden kann und damit einer provisorischen Rechtsöffnung von vornherein der Boden entzogen ist. c. Es stellt sich die Frage, wie sich dieser qualifizierte Mangel auf den provisorischen Rechtsöffnungsentscheid auswirkt. Das Bezirksgericht Maloja geht - stillschweigend - davon aus, dass er mit einem von jeder Behörde und jederzeit zu beachtenden Nichtigkeitsgrund behaftet ist, und es ihn daher nicht zu beachten brauchte. Die vorinstanzliche Qualifikation verdient im Ergebnis Zustimmung. aa. Gemäss Art. 22 Abs. 1 SchKG sind Verfügungen, welche gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen

Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest. Einerseits können auch richterliche Entscheidungen auf dem Gebiet des Zwangsvollstreckungsrechts, nichtig sein, und andererseits kann die Nichtigkeit von vollstreckungsbehördlichen Handlungen auch vom ordentlichen Zivilrichter festgestellt werden (Pauline Erard, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Art. 22 N 3, N 17; Franco Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Basel 2000, N 146 ff., 153; Bruno Weiss, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf von Betreibungshandlungen, Diss. Zürich 1957, S. 1 f.). Verfügungen müssen indessen von Betreibungsorganen beziehungsweise Entscheidungen von betreibungsamtlichen Aufsichtsbehörden ausgehen, ansonsten sie nicht Objekte der Nichtigkeit im Sinne von Art. 22 Abs.1 SchKG sein können. Zwar können auch gerichtliche Verfügungen nichtig sein; dabei soll es sich jedoch nicht um Nichtigkeit im Sinne von Art. 22 SchKG handeln (Lorandi, a.a.O., N 6, mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; a.A.: Erard, a.a.O., Art. 22 N 3, und wohl auch Weiss, a.a.O., S. 6, der die provisorische Rechtsöffnung in diesem Zusammenhang als Betreibungshandlung betrachtet (ebenso Vital Schwander, Nichtige Betreibungshandlungen, in BISchK 1954 S. 2) und damit zum potentiellen Objekt der Nichtigkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren macht; die "Eigenständigkeit" des Nichtigkeitsbegriffs im SchKG relativierend: Flavio Cometta, Balsler Kommentar, N 10 zu Art. 22 SchKG). Ob vorliegend die Frage der Nichtigkeit gestützt auf Art. 22 Abs. 1 SchKG oder ausserhalb von dessen Anwendungsbereich aufgrund allgemeiner Grundsätze zu prüfen ist, führt indessen zu keinem anderen Resultat.

## **E. 11**

bb. Der in Frage stehende Akt ist zwar eine richterliche Entscheidung, aber nichtsdestotrotz eine Betreibungshandlung (Weiss, a.a.O., S. 6; BGE 115 III 91 E. 3a), die den Gläubiger seinem Ziel näher bringt, also eine individuell-konkrete Anordnung im Sinne des im Wesentlichen öffentlichen Verwaltungsrecht darstellenden SchKG. Nichtigkeit als absolute Unwirksamkeit einer Verwaltungsverfügung, ist nur ausnahmsweise anzunehmen. Eine Verfügung wird gemäss der so genannten Evidenztheorie als nichtig erklärt, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird. Somit ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Die Nichtigkeit wirkt ex tunc und gilt ohne amtliche Aufhebung als nicht vorhanden, als rechtlich unverbindlich. Nach einem allgemeinen Grundsatz führt eine Gesetzesverletzung nur dann zur Nichtigkeit einer Handlung, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der fraglichen Norm ergibt. Mit anderen Worten liegt Nichtigkeit ausser in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen nur ausnahmsweise vor, wenn nach den Umständen das System der Anfechtbarkeit nicht den notwendigen Schutz verleiht. So kann nach der Rechtsprechung nur von der Nichtigkeit einer Verfügung ausgegangen werden, wenn ihr Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, oder wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet ist. Materiellrechtliche Mängel führen nur in seltenen Fällen zur Nichtigkeit eines Entscheids; demgegenüber sind schwerwiegende Verfahrensmängel sowie die qualifizierte Unzuständigkeit der verfügenden Behörde Nichtigkeitsgründe (Cometta, a.a.O., N 8 und 9).

Nichtigkeit eines behördlichen Akts kann nur im Fall von Rechtsverletzung vorliegen. Darüber hinaus muss die Rechtsverletzung eine qualifizierte sein, was namentlich dann in Betracht fällt, wenn es sich um einen Verstoss gegen Vorschriften handelt, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind (im Anwendungsbereich von Art. 22 Abs. 1 SchKG vgl. Lorandi, a.a.O., N 2, 17 ff.; Cometta, a.a.O., N 11; zur Situation im SchKG vor der Legaldefinition der Nichtigkeit durch Art. 22 vgl. Lorandi, a.a.O., N 9 f. mit Hinweisen; BGE 115 III 24 E. 1, Weiss, a.a.O., S. 20 ff.; Schwander, a.a.O., S. 7; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A. Bern 2005, § 31 Rz 16- 18). Auch wenn eine Vielzahl von Bestimmungen des SchKG nur den Interessen der Verfahrensbeteiligten dient, gehört das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht insgesamt doch zum öffentlichen Recht und verfolgt demzufolge in erster Linie öf-

## E. 12

fentliche Interessen. Im öffentlichen Interesse aufgestellt sind vor allem gewisse verfahrensrechtliche Bestimmungen sowie einzelne Normen über die sachliche Zuständigkeit der Betreibungsbehörden. Ihr Zweck besteht in der Regel darin, die Ordnungsmässigkeit des Verfahrens und damit die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Solche Verfahrensvorschriften verfolgen vorab dann öffentliche Interessen, wenn sie eine wichtige Funktion im Verfahrensablauf einnehmen, so dass deren Verletzung erhebliche Auswirkungen auf den Fortgang des Betreibungsverfahrens hat. Dies trifft namentlich dann zu, wenn Unmögliches, Unsinniges oder Unzumutbares verhindert werden soll (Lorandi, a.a.O., N 19 f.). cc. Betreibungshandlungen, welche in Verletzung von Art. 43 SchKG für öffentlich-rechtliche Forderungen auf Konkurs anstatt auf Pfändung gehen, werden als nichtig taxiert, weil sie eine im öffentlichen Interesse aufgestellte Verfahrensnorm verletzen (Lorandi, a.a.O., N 44 mit Hinweisen). Die unterschiedliche Qualifikation öffentlich-rechtliche Forderung oder privatrechtliche Forderung führt dort zu einer wichtigen Weichenstellung für den Fortgang des Verfahrens. Je nach Anspruchsgrundlage, geht das Verfahren einen anderen Weg (Pfändung oder Konkurs). Dies dürfte der Grund dafür sein, dass der Verletzung von Art. 43 SchKG die rigorose Folge der Nichtigkeit zugeschrieben wird. Eine analoge Bedeutung im Sinne öffentlichen Interesses muss nach Auffassung des Kantonsgerichts ausschliesslich den Normen von Art. 79/82 SchKG und ihrer Verletzung zumindest im vorliegend interessierenden Zusammenhang (Rechtsweg) zugeschrieben werden. Wenn für einen hoheitlich zu verfügenden öffentlich-rechtlichen Anspruch die provisorische Rechtsöffnung erteilt wird, so ist dieser Entscheid inhaltlich zweifellos falsch. Ob solcher Fehlerhaftigkeit Nichtigkeitsfolge zugeschrieben werden soll, ist stets eine wertend zu lösende Frage. Es geht im Grunde genommen darum, eine wertende Vergleichung des missachteten Rechtsguts mit den gegen den Eintritt der Nichtigkeitssanktion wirkenden Interessen vorzunehmen. Der Entscheid, ob eine Vorschrift, deren Verletzung in Frage steht, öffentliche Interessen schützt, ist aus deren Stellung im Schuldbetreibungsverfahren und unter Berücksichtigung der Konsequenzen von deren Verletzung zu treffen (Lorandi, a.a.O., N 21). Es ist sozusagen auf die Schädlichkeit der Folgen zu schießen und dann die Wertung vorzunehmen (Weiss, a.a.O., S. 16/18). Zweifellos kommt der provisorischen Rechtsöffnung und ihr vorausgehend der grundlegenden Frage, welcher Rechtsnatur (öffentlich-rechtlich oder private Schuldanererkennung) ein in Betreibung gesetzter Anspruch sei, (auch) eine wichtige Funktion für den weiteren Verfahrensablauf zu. Denn der Schuldner wird mit Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung implizite auf den

### **E. 13**

Weg der Aberkennungsklage vor dem Zivilrichter verwiesen - einen Weg, den es laut Gesetz für öffentlich-rechtliche Forderungen nicht geben soll. Im Licht des Rechtsbehelfssystems des SchKG muss in einem solchen Fall die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung als gravierend mangelhaft eingestuft werden. Der Fehler ist vorliegend leicht erkennbar; im Prinzip ergibt er sich bereits aus den im betroffenen Entscheid selbst enthaltenen Widersprüchen. Nach Auffassung des Kantonsgerichtsausschusses ergibt sich sodann aus dem Sinn und Zweck von Art. 82 SchKG in Verbindung mit Art. 83 Abs. 2 und Art. 79 SchKG, dass ein provisorischer Rechtsöffnungsentscheid für unbestreitbar hoheitlich zu verfügende öffentlich-rechtliche Ansprüche keine Rechtswirkungen entfalten können. Der Kantonsgerichtsausschuss ist vorliegend als zivilrechtliche Beschwerdeinstanz aufgerufen, etwas Unmögliches zu verhindern, nämlich, dass über einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, den ein Zivilgericht nicht materiell beurteilen kann, ein Aberkennungsprozess gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG durchgeführt wird. Das Merkmal der besonderen Schwere des Mangels, welches zur Qualifikation der Nichtigkeit führt, liegt in der für die Integrität der Verfahrensordnung höchst verwirrenden und schädlichen Folge, dass die mangelhafte Entscheidung einen Rechtsweg (Aberkennungsklage) zu öffnen scheint, den es gar nicht gibt. Es kann nicht zugelassen werden, dass das Rechtsbehelfssystem des SchKG derart auf den Kopf gestellt wird. Das missachtete Rechtsgut ist die Verfahrens- und mittelbar die Zuständigkeitsordnung, an welcher im Interesse einheitlicher Rechtsanwendung und Rechtssicherheit unbedingt festzuhalten ist. Wird diesem missachteten Rechtsgut im konkreten Fall Nachachtung verschafft, indem auf die Aberkennungsklage nicht eingetreten wird, wird damit gleichzeitig ein anderes Rechtsgut, nämlich das berechtigte Vertrauen der Beschwerdeführerin in die (scheinbare) Möglichkeit von Art. 83 Abs. 2 SchKG, schwer enttäuscht. Liesse man die Rechtswirkungen der provisorischen Rechtsöffnung weiter bestehen, würde der Schuldnerin der Rechtsweg abgeschnitten, weshalb der Mangel besonders schwer wiegt. Der Beschwerdegegner könnte die Zwangsvollstreckung fortsetzen und es erscheint unbillig, die Beschwerdeführerin dagegen auf die Möglichkeit der Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG respektive auf die verwaltungsgerichtliche Klage gemäss Art. 14 VGG zu verweisen. Wie gesehen, kann das entstandene Dilemma nur dadurch gelöst werden, dass der provisorische Rechtsöffnungsentscheid für nichtig erklärt wird. Aus der Sicht des Gläubigers sind die Nichtigkeitsfolgen verkräftbarer als jene Folgen, welche die Schuldnerin treffen, falls die Folgen des fehlerhaften Rechtsöffnungsentscheids bestehen bleiben. Dass der Schuldnerin der Weg der Aberkennungsklage verbaut wird, beschwert den Gläubiger nicht. Wird durch die Nichtigklärung die provisorische Rechtsöffnung in ihren Folgen hinfällig, befindet sich das Verfahren im Stadium der hängigen

### **E. 14**

Rechtsöffnungsbeschwerde von X.. Für den Fall, dass die Rechtsöffnungsbeschwerde von X. abgewiesen und damit die definitive Rechtsöffnung bestätigt würde, entstünde dem Kreis Oberengadin keine Nachteil. Für den Fall, dass die Rechtsöffnungsbeschwerde gutgeheissen würde, wäre der Kreis Oberengadin vor die Situation gestellt, wie sie das Gesetz in Art. 79 Abs. 1 SchKG als einzigen gegebenen Weg vorsieht. Eine zusätzliche Beschwerde ist nicht auszumachen, so ist beispielsweise nicht ersichtlich, dass der Beschwerdegegner im Vertrauen auf den (falschen) Rechtsöffnungsentscheid in der

Zwischenzeit Dispositionen getroffen hat, die sich nun im Nachhinein als Schaden herausstellen. Soweit es sich um erhöhte Verfahrens- und Parteikosten im Rechtsöffnungsverfahren handelt, liegt es an den Parteien, dem Kantonsgerichtsausschuss in Rechtsöffnungssachen die entsprechenden Anträge zu stellen. dd. Eine Überweisung der Sache an den Kantonsgerichtsausschuss als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen zwecks Nichtigerklärung (dazu Lorandi, a.a.O., N 148 ff.) kommt hier - angesichts der Tatsache, dass es sich beim Objekt der Nichtigkeit um einen richterlichen Entscheid handelt - von vorneherein nicht in Betracht, so dass diese Aufgabe nur dem Kantonsgerichtsaus- schuss im hängigen Verfahren der zivilrechtlichen Beschwerde zufallen kann. d.aa. Das Bestehen einer gültigen Betreibung und einer provisorischen Rechtsöffnung sind Voraussetzungen für eine Aberkennungsklage (Alfred G. Syz, Diss. Zürich 1972, S. 15; Lorandi, a.a.O., N 146; Urteil des Bundesgerichts vom 2.6.2003, 7B.76/2003, E. 2). Wie bereits erwähnt, handelt es sich entgegen der Vor- instanz beim provisorischen Rechtsöffnungsentscheid nicht um das Anfechtungs- objekt der Aberkennungsklage. Die Aberkennungsklage ist kein Rechtsmittel gegen die provisorische Rechtsöffnung (BGE 94 I 365 E. 4). Ein Anfechtungsobjekt fehlt bei der Aberkennungsklage, weil damit nicht ein hängiges Verfahren fortgesetzt, sondern ein anderes neu in Gang gesetzt wird. Streitgegenstand der Aberken- nungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG als negativer Feststellungsklage materi- ellen Rechts ist - wie bei der spiegelbildlichen Anerkennungsklage des Gläubigers (Leistungsklage) gemäss Art. 79 SchKG (BGE 124 III 208 E. 3a) - die Schuldaner- kennung im Sinne von Art. 82 SchKG beziehungsweise der Bestand des materiell- rechtlichen Anspruchs. Wie erkannt, konnte und kann es zwischen X. und dem Al- tersheim Promulins zu einer solchen Schuldanererkennung schlechterdings nicht kommen. Der Weg der Aberkennungsklage erscheint auch aus diesem Grund als nicht gegeben (vgl. Stücheli, S. 301 f.). Durfte die Vorinstanz den provisorischen Rechtsöffnungsentscheid des Kantonsgerichtsausschusses für ihre Belange als

#### **E. 15**

nicht-existent ansehen, fehlte es an einer notwendigen Prozessvoraussetzung für die Aberkennungsklage von X., so dass darauf nicht einzutreten war. Nach anderer Auffassung ist in einem solchen Fall das gerichtliche Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben (Lorandi, a.a.O., N 147 unter Hinweis auf BGE 96 III 111 E. 4b). Zumindest für den vorliegenden Fall ist dies unzutreffend. Von Gegenstandslosig- keit spricht man im Allgemeinen nur dann, wenn der Streitgegenstand wegfällt und zwar nachträglich, das heisst nach Eintritt der Rechtshängigkeit (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A. Zürich 1979, S. 204; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A. Bern 2001, § 7 Rz 100b f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. Zürich 1997, N 11a zu § 188). Das ist hier nicht der Fall, da die in ihren Wirkungen wegfallende provisorische Rechtsöffnung, das heisst die Frage, ob eine hinrei- chende privatrechtliche Schuldanererkennung für die Beseitigung des Rechtsvor- schlags vorliegt, nicht den Streitgegenstand der Aberkennungsklage bildet. Streit- gegenstand der Aberkennungsklage ist vielmehr der materielle Anspruch als sol- cher, und dieser ist nicht weggefallen; beziehungsweise, es hat der Richter darüber nicht erkannt. Der materielle Anspruch ist bloss auf anderem Weg durchzusetzen und sein Bestand allenfalls bei einem anderen Richter feststellen zu lassen. Es han- delt sich vorliegend vielmehr um einen Fall sachlicher Unzuständigkeit des Zivilrich- ters, die im Übrigen bereits bei Klageeinleitung vorlag. bb. Gegen das

Nichteintreten mangels sachlicher Zuständigkeit des Bezirksgerichts bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, die Vorinstanz wersetze sich damit im Ergebnis dem Entscheid einer höheren Instanz. Sie bringt damit das justizorganisatorische Bedenken vor, es sei dem funktionell untergeordneten Bezirksgericht verwehrt, dem provisorischen Rechtsöffnungsentscheid des Kantonsgerichtsausschusses die Rechtsfolge in Gestalt der Zulässigkeit der Aberkennungsklage zu verweigern. Wenn unter Umständen die Nichtigkeit eines vom Richter ausgesprochenen Rechtsöffnungsentscheids, einer Konkursöffnung oder eines Arrestbefehls vom Betreibungsamt zu beachten sind (BGE 102 III 136 E. 3, 102 III 88 E. 2, 116 III 107 E. 5a, 111 III 66) und umgekehrt der Rechtsöffnungsrichter die Nichtigkeit von Betreuung oder Zahlungsbefehl feststellen kann (Cometta, a.a.O., N 18; Panchaud/Caprez, a.a.O., § 43 N 1 und 2; Markus Dieth, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG, Diss. Zürich 1999, S. 30), ist nicht einzusehen, warum im Verhältnis von Rechtsöffnungsrichter - sei es nun der erst- oder der zweitinstanzliche - und ordentlichem Aberkennungsrichter etwas anderes gelten soll. Der Aberkennungsprozess ist nicht bloss ein betreibungsrechtliches Inzidenzverfahren, sondern vielmehr eine negative Feststel-

## E. 16

lungsklage materiellrechtlicher Art, die sich, einmal eingeleitet, nicht von einem mit dem Betreibungsverfahren überhaupt nicht zusammenhängenden Forderungsstreit unterscheidet. Im Moment, in welchem der Kantonsgerichtsausschuss als Rechtsmittelinstanz in Rechtsöffnungssachen urteilt, handelt er angesichts der unterschiedlichen Streitgegenstände - entgegen der Vorinstanz bildet der Rechtsöffnungsentscheid nicht das Anfechtungsobjekt der Aberkennungsklage - also nicht als dem Bezirksgericht funktionell übergeordnetes Gericht. Der Entscheid des Bezirksgerichts ist auch unter diesem Aspekt nicht problematisch. Im Speziellen erscheint die Nichtigklärung umso unbedenklicher, als der Kantonsgerichtsausschuss diese Qualifikation und Rechtsfolgen in Bezug auf ein Erkenntnis bestätigt, welches er selber gefällt hat. 4. Die Beschwerdeführerin hat subeventualiter das Rechtsbegehren gestellt, es sei in Aufhebung des angefochtenen Entscheids der Rechtsöffnungsentscheid SKG 05 5 als nichtig zu bezeichnen und der Kreis Oberengadin anzuweisen, seine behauptete Forderung verfügungsweise durchzusetzen. a. Der formelle Bestand des provisorischen Rechtsöffnungsentscheids erzeugt einen für die Beschwerdeführerin nachteiligen Rechtsschein. Abgesehen davon, dass die Aberkennungsklage nur dem Schein nach gegeben ist, würde die provisorische Rechtsöffnung zur definitiven, womit die Zwangsvollstreckung gegen X. mittels Pfändung fortgesetzt werden könnte. Die Beschwerdeführerin hat folglich ein Interesse daran, dass zumindest diese scheinbaren Rechtswirkungen durch die ausdrückliche richterliche Feststellung der Nichtigkeit des provisorischen Rechtsöffnungsentscheids beseitigt werden, beziehungsweise - da sie in Tat und Wahrheit nicht bestehen - wenigstens als inexistent deklariert werden (vgl. Weiss, a.a.O., S. 33 f.; Lorandi, a.a.O., N 167; Erard, a.a.O., Art. 22 N 8 f.). Das Subeventualbegehren ist somit insoweit gutheissen, als die richterliche Feststellung der Nichtigkeit des provisorischen Rechtsöffnungsentscheids SKG 05 5 beantragt wird. Als Konsequenz davon befindet sich das Verfahren im Stadium der hängigen Rechtsöffnungsbeschwerde von X.. Die Sache ist dem Kantonsgerichtsausschuss in Rechtsöffnungssachen zur allfälligen weiteren Behandlung zu überweisen. b. Insoweit darüber hinausgehend beantragt wird, die Nichtigklärung habe "in Aufhebung des angefochtenen Entscheides" zu erfolgen und es sei der Kreis Oberengadin richterlich "anzuweisen, seine behauptete Forderung verfügungsweise

durchzusetzen", ist die Beschwerde abzuweisen. Das Begehren, die Nichtigkeitsklärung von SKG 05 5 habe "in Aufhebung des angefochtenen Entschei-

#### **E. 17**

des" zu erfolgen, ist in sich widersprüchlich. Die Nichtigkeit der provisorischen Rechtsöffnung (Urteil Kantonsgerichtsausschuss vom 22. Februar 2005, SKG 05 5) ist geradezu der Grund für die sachliche Unzuständigkeit der Vorinstanz, welche mit dem vorliegenden Entscheid bestätigt wird. Bleibt es bei der Unzuständigkeit des Bezirksgerichts, ist folglich der angefochtene Entscheid im Hauptpunkt nicht aufzuheben. Der Kantonsgerichtsausschuss kann sodann dem Kreis Oberengadin keine Anweisungen erteilen, welche Anträge er im Rechtsmittelverfahren der Rechtsöffnung zu stellen oder welche anderen rechtlichen Schritte er gegen X. zu unternehmen hat. Ob überhaupt der Kreis Oberengadin seine behauptete Forderung gegen X. durchsetzen lassen will, ist nach wie vor sein freier Entscheid. 5.a. Der unterliegende Teil wird in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden. Von diesen Regeln kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder der genaue Umfang des Anspruchs für den Kläger aus objektiven Gründen nicht überblickbar war. Die unterliegende Partei wird in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten nach den gleichen Grundsätzen wie die gerichtlichen verteilt werden (Art. 122 Abs. 1 und 2 ZPO). b. Erwägungen zum Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien können im Speziellen unterbleiben. Es sind hinreichende Gründe gegeben, vom Prinzip der Kostenverteilung unter den Parteien nach ihrem Obsiegen und Unterliegen gänzlich abzuweichen. Ursache dafür, dass die Klägerin einen nicht zur Verfügung stehenden Rechtsbehelf ergriffen hat, ist der nichtige Rechtsöffnungsentscheid eines kantonalen Gerichts. Angesichts der Tatsache, dass formell ein Entscheid provisorischer Rechtsöffnung vorlag, womit grundsätzlich der Weg der Aberkennungsklage für sie offen schien, muss die Klage von X. als "in guten Treuen erhoben" angesehen werden. Sie vermag sich nichts für den qualifiziert mangelhaften Rechtsöffnungsentscheid des Kantonsgerichtsausschusses. Namentlich hat sie im Beschwerdeverfahren der Rechtsöffnung auch nicht eventualiter beantragt, es sei lediglich die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Die Beschwerdeführerin hatte Anlass zur vorliegenden Beschwerde. Ihr Standpunkt, entweder müsse ihr die Aberkennungsklage zustehen, oder es sei die provisorische Rechtsöffnung für nichtig zu erklären, erwies sich letztlich als zutreffend. Obwohl es für sie der Grund für das Nichteintreten war, hat die Vorinstanz bezüglich der Nichtigkeit des provisorischen

#### **E. 18**

Rechtsöffnungsentscheids keine ausdrückliche Feststellung getroffen. Die Beschwerdeführerin hatte indessen ein zureichendes Interesse an einer solchen richterlichen Feststellung, ist doch davon auszugehen, dass allein durch die Vorlage des bezirksgerichtlichen Nichteintretensentscheids der Fortgang des Vollstreckungsverfahrens nicht zu verhindern gewesen wäre. Insoweit hat die Beschwerdeführerin - einem ihrer zahlreichen Eventualbegehren entsprechend - im Kern obsiegt. Es rechtfertigt sich daher, den Kanton Graubünden die gesamten Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens tragen zu lassen. Aus der nämlichen Überlegung ist der

Beschwerdeführerin zu Lasten des Kantons eine Verfahrensentschädigung zuzusprechen. Der Antrag ihres Rechtsvertreters auf Verfahrensentschädigung ist unbeziffert geblieben, so dass die Rechtsmittelinstanz praxisgemäss den für eine sachgerechte Interessenwahrung notwendigen Aufwand schätzungsweise festlegt. Von Umfang der Rechtsschriften, den Akten, der rechtlichen Problematik und der Bedeutung der Sache ausgehend, ist eine Prozessentschädigung von 2'000 Franken für beide Verfahren angemessen. c. Dem Kreis Oberengadin ist eine in der Höhe gegenüber dem angefochtenen Entscheid unveränderte Prozessentschädigung von Fr. 500.— auszurichten. Ursache des letztlich unersperrlichen Klageverfahrens ist der nichtige prozessorische Rechtsöffnungsentscheid des Kantonsgerichtsausschusses. Der Beklagte vermag sich ebenso wenig wie die Klägerin etwas, dass es zur Klage gekommen ist. Er war gehalten sich zu wehren, wobei er sich adäquat verhalten und einen gesonderten Entscheid zur Prozessvoraussetzung der Zuständigkeit gemäss Art. 93 ZPO beantragt hat. Andererseits kann aus den genannten Gründen die Klägerin mit dem Prozessschaden des Beklagten nicht belastet werden. Die Entschädigung des Kreises Oberengadin für das erstinstanzliche Verfahren geht daher ebenfalls zu Lasten des Kantons. Eine Entschädigung des Kreises Oberengadin für das Beschwerdeverfahren fällt bereits mangels eines Prozessschadens ausser Betracht. Nachdem der Beschwerdegegner auf eine Beschwerdeantwort verzichtet hat, ist ihm im Beschwerdeverfahren praktisch kein Aufwand entstanden.

#### **E. 19**

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.