

# ZH\_OBERGERICHT RT220209 vom 12. Juli 2023

ZH Obergericht, 2023-07-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT220209](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT220209)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT220209 du 12 juillet 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT RT220209 del 12 luglio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Gesuchstellerin (Betreibungsgläubigerin und Beschwerdeführerin) ist die geschiedene Ehegattin des am tt.mm.2010 verstorbenen B.\_\_\_\_\_. Im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren wird als Gesuchsgegnerin (Betreibungsschuldnerin und Beschwerdegegnerin) dessen Erbschaft für naheheilige Unterhaltsbeiträge ins Recht gefasst. Das Rechtsöffnungsbegehren stützt sich auf die vom Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 20. April 1999 genehmigte Scheidungskonvention vom 8. März 1999, welche folgende, gemäss Ziffer 4 der Konvention indexierte Unterhaltsregelung enthält (Urk. 4/4 S. 2 und S. 4 Disp.-Ziff. 2): "3. Der Beklagte [B.\_\_\_\_\_] verpflichtet sich, der Klägerin [Gesuchstellerin] gestützt auf Art. 151 [a]ZGB die folgenden, jeweils auf den Ersten eines Monats zum Voraus zu leistenden Unterhaltsbeiträge zu bezahlen: - Fr. 7'000.-- monatlich ab Rechtskraft des Scheidungsurteils für die Dauer eines Jahres. - Fr. 5'000.-- danach lebenslanglich, auf das Leben der Klägerin bezogen (passive Vererblichkeit). Die Klägerin ist berechtigt, nach dem Tod des Beklagten die Kapitalisierung und Auszahlung der Restrente nach den Regeln der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle zu verlangen."

### E. 2

Zur Durchsetzung ihrer monatlichen Rentenansprüche hatte die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin mehrfach betrieben und beim Bezirksgericht Zürich definitive Rechtsöffnung erwirkt (Urk. 4/10-12, Urteile vom 12. November 2020 und vom 25. August 2020). Am 21. Januar 2022 wies dasselbe ein weiteres Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin ab, weil diese ihr Wahlrecht zur Kapitalisierung und Auszahlung der Rentenleistung gemäss Ziff. 3 Abs. 2 der Scheidungskonvention mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 ausgeübt habe (vgl. Urk. 4/19); entsprechend sei fortan nur noch die Kapitaleistung geschuldet (Urk. 4/24). Hiergegen erhob die Gesuchstellerin Beschwerde (vgl. Urk. 4/25), welche von der erkennenden Kammer mit Urteil vom 28. April 2022 abgewiesen wurde (Urk. 4/26). In der Folge ersuchte die Gesuchstellerin das Bezirksgericht Zürich mit Eingabe vom 20. Juni 2022 um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für die kapitalisierte Restrentenforderung abzüglich bereits geleisteter Zahlungen.

- 3 - Dieses Gesuch wurde mit Urteil vom 22. Juni 2022 abgewiesen und die Gesuchstellerin auf das Erkenntnisverfahren verwiesen. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass der zur Ermittlung des Barwerts relevante Kapitalisierungszinsfuss für die Vollstreckung nicht hinreichend bestimmt sei. Es sei nicht Aufgabe des Rechtsöffnungs-, sondern des Sachgerichts, Klarheit zu schaffen, wenn ein Entscheid unklar oder unvollständig sei. Die Rechtsöffnung müsse verweigert werden, wenn sich das vom Sachgericht Gewollte infolge einer ungeschickten (oder unvollständigen) Formulierung nicht mit Sicherheit ermitteln lasse, wie dies vorliegend zutreffe (Urk. 4/27, u.a. m.Hinw. auf BGE 144 III 193 E. 2.4.1 S. 197). Dieser Entscheid blieb (soweit ersichtlich)

unangefochten.

### **E. 3**

Mit Zahlungsbefehl vom 22. September 2022 betrieb die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin alsdann für eine Forderung in der Höhe von Fr. 31'517.40 nebst Zins zu 5 % seit 21. September 2022 (Urk. 2 = Urk. 4/29). Damit verlangt sie von dieser die indexbereinigten Unterhaltsbeiträge gemäss Scheidungsurteil für die Monate April 2022 bis September 2022 (6 x Fr. 5'252.90). Die Gesuchsgegnerin erhob Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl (Urk. 2 S. 2).

### **E. 4**

In der Folge ersuchte die Gesuchstellerin das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (Vorinstanz), mit Eingabe vom 21. November 2022, ihr in der betreffenden Betreuung Nr. 1 des Betreuungsamtes Zürich 7 definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 31'517.40 zuzüglich Zins zu 5 % seit 21. September 2022 sowie für Fr. 138.90 Betreuungskosten zu erteilen (Urk. 1). Mit Urteil vom 28. November 2022 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin ab (Urk. 5 = Urk. 8).

#### **E. 4.1**

Aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör bzw. auf Entscheidebegründung folgt die Pflicht des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Sie verlangt, dass das Gericht in seinen Urteilsabwägungen die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien berücksichtigt und seine Überlegungen nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich in seinen Urteilsabwägungen auf die für den Entscheid wesentlichen

- 11 - Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheids, das im Urteilspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (vgl. BGE 148 III 30 E. 3.1 S. 35; BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.; BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436; BGer 5A\_87/2022 vom 2. November 2022, E. 4.3.1 [je m.w.Hinw.]; s.a. BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 60 ff.; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 27 f.; KUKO ZPO- Oberhammer/Weber, Art. 53 N 9).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hielt in ihrem Fazit fest, dass sich die Rechtslage, nachdem das vom Scheidungsgericht genehmigte Wahlrecht zur Auszahlung der kapitalisierten Rentenforderung nicht als nichtig angesehen werden könne, nach wie vor so präsentiere, wie es das Obergericht in seinem Urteil vom 28. April 2022 (Urk. 4/26) festhalte: Die Ausübung des Wahlrechts durch die Gesuchstellerin führe dazu, dass die ursprüngliche, auf monatliche Unterhaltsrenten lautende Schuldverpflichtung untergegangen sei (Urk. 8 S. 5 E. 5.1; vgl. auch S. 2 f. E. 1.3). Dabei verwies sie explizit auf die Erwägung [III.]2.6 dieses Urteils. Dort wurde "[a]bschliessend" festgehalten, dass "die Ausübung des

Wahlrechts durch die Gesuchstellerin im Schreiben vom 12. Oktober 2020" zu diesem Untergang geführt habe. Dass und weshalb es sich bei diesem Schreiben nicht um ein vertrauliches Vergleichsdokument handle, dasselbe im Prozess somit berücksichtigt werden könne und in rechtlicher Hinsicht als (rechtsgestaltende) Ausübung des eine alternative Ermächtigung darstellenden Wahlrechts zu qualifizieren sei, wurde in den vorangehenden Erwägungen einlässlich begründet (vgl. Urk. 4/26 S. 5 ff. E. III.1 und III.2.3-4). Aus ihrem Verweis auf die Erwägungen und rechtlichen Schlüsse des Obergerichts geht somit klar hervor, aus welchen Gründen die Vorinstanz die betreffenden Vorbringen der Gesuchstellerin verwarf. Damit erfüllt der angefochtene Entscheid die verfassungsrechtlichen Anforderungen an seine Begründung ohne Weiteres. Wie die Beschwerde zeigt, war die Gesuchstellerin denn auch in der Lage, ihn sachgerecht anzufechten. Der Vorwurf der Gehörsverweigerung (Urk. 7 Rz 7) ist somit unbegründet.

- 12 - Davon zu unterscheiden sind die Motive der Begründung, welche nicht das rechtliche Gehör, sondern die richtige Rechtsanwendung beschlagen. Ob die Begründung materiell zutrifft, ist mit anderen Worten eine Frage der Rechtsanwendung oder der Sachverhaltsfeststellung, nicht der Begründungspflicht.

### **E. 4.3**

Dazu, d.h. zur ebenfalls monierten Rechtsfehlerhaftigkeit der Begründung ist voranzuschicken, dass die Fragen, ob das Schreiben vom 12. Oktober 2020 (Urk. 4/19) als Teil von Vergleichsverhandlungen und damit als vertraulich zu qualifizieren sei und im Prozess deshalb nicht berücksichtigt werden könne und ob die Gesuchstellerin damit ein Wahlrecht mit rechtsgestaltender Wirkung ausgeübt habe, nicht die Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO), sondern die Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) betreffen. Die insofern unrichtige Subsumtion ihrer Rüge unter die gesetzlichen Beschwerdegründe (vgl. Urk. 7 Rz 8 [und Überschrift II.A]) schadet der Gesuchstellerin allerdings nicht. In materieller Hinsicht ist die vorinstanzliche Auffassung nicht zu beanstanden. Zur Begründung kann auf die einlässlichen Ausführungen im Urteil der erkennenden Kammer vom 28. April 2022 (Urk. 4/26 S. 5 ff. E. III) verwiesen werden. Entgegen der Ansicht der Gesuchgegnerin (Urk. 15 Rz 2 ff.) entfaltet dieses Urteil zwar keine über die konkrete Betreibung (Betreibung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 7) hinausgehende materielle Rechtskraft, weshalb für das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren (in der Betreibung Nr. 1 desselben Betreibungsamtes) weder eine direkte noch eine "zumindest sinngemäss[e]" (vgl. Urk. 15 Rz 5) Bindungs- oder Präklusionswirkung im Sinne einer "res iudicata" vorliegt (vgl. vorne, E. II.4). Trotz fehlender Rechtskraftwirkung, welche sich im Übrigen ohnehin nur auf das Dispositiv, nicht auch auf die Entscheidungsgründe erstrecken würde (vgl. BGE 148 III 371 E. 5.3.2 S. 374; BGer 4A\_464/2019 vom 30. April 2020, E. 4.5.1 m.w.Hinw.; KUKO ZPO-Weber/Oberhammer, Art. 236 N 48 und N 49), haben die entsprechenden Erwägungen im obergerichtlichen Urteil der Sache nach auch im vorliegenden Verfahren Gültigkeit. Die blosser Wiederholung der – im obergerichtlichen Urteil argumentativ entkräfteten – Vorbringen zur Vertraulichkeit des Schreibens und zur Nichtausübung des Wahlrechts durch die Gesuchstellerin im vorliegenden (neuen) Rechtsöffnungsverfahren bietet jedenfalls

- 13 - keinen Anlass, auf die im Ergebnis unverändert zutreffenden Erwägungen und rechtlichen Folgerungen im Urteil vom 28. April 2022 zurückzukommen. Dies umso weniger, als sich die Gesuchstellerin weder im Rechtsöffnungsbegehren noch in der

Beschwerdeschrift auch nur ansatzweise mit den obergerichtlichen Erwägungen auseinandersetzt und aufzeigt, weshalb ihnen nicht zu folgen sein sollte (vgl. gegenteils Urk. 1 Rz 27). Soweit sie solches in ihrer spontanen Replikeingabe vom 13. März 2023 nachholt (vgl. Urk. 17 Rz 6 f.), sind ihre Vorbringen verspätet (vgl. vorne, E. II.2). Damit bleibt es bei der zutreffenden, von der erkennenden Kammer gestützten vorinstanzlichen Auffassung, wonach die in Betreuung gesetzten monatlichen Rentenforderungen durch Ausübung des Wahlrechts im Schreiben vom 12. Oktober 2020 untergegangen sind. Diesbezüglich ist ein Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO weder ersichtlich noch dargetan.

## **E. 5**

Die Gesuchstellerin hält sodann an ihrer Auffassung fest, wonach die Scheidungsvereinbarung und das Scheidungsurteil, welches dieselbe genehmigte, mit Bezug auf die Klausel zur Wahl der Kapitalforderung nichtig seien, was die Vorinstanz in unrichtiger Rechtsanwendung verneint habe (Urk. 7 Rz 9 ff.).

### **E. 5.1**

Zur Begründung weist sie vorweg darauf hin, dass die Nichtigkeit von Amtes wegen und jederzeit zu prüfen sei. Entgegen dem vorinstanzlichen Vorhalt habe sie deshalb nicht rechtsgenügend darlegen müssen, worin der schwere und offensichtliche Verfahrensmangel liege. Materiell wiege der dem Entscheid des Scheidungsgerichts anhaftende Mangel besonders schwer, weil die strittige Klausel der genehmigten Scheidungsvereinbarung nicht vollstreckbar sei. Das führe dazu, dass ihr trotz rechtskräftiger Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen die Zwangsvollstreckung verwehrt bleibe. Die Verletzung der Pflicht des Gerichts, die Parteien auf die mangelnde Vollstreckbarkeit der fraglichen Klausel hinzuweisen, stelle wegen der schweren Folgen für die Gesuchstellerin einen krassen Verfahrensmangel und somit einen Nichtigkeitsgrund dar. Zur Untermauerung verweist die Gesuchstellerin abermals auf das ihrer Meinung nach einen vergleichbaren Fall betreffende Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 12. Juni 2015 (Urk. 4/28). Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung leide die Klausel betreffend Kapitalforderung nicht bloss an einer unklaren Formulierung, die durch Auslegung

- 14 - konkretisiert werden könnte. Vielmehr fehle es gänzlich an einem vollstreckbaren Inhalt in Bezug auf die kapitalisierte Rente. Die Klausel sei einer Auslegung gar nicht erst zugänglich und mithin nichtig (Urk. 7 Rz 11-17). Weiter gehe die Argumentation, mit der die Vorinstanz die Offensichtlichkeit des Mangels verneint habe (Urk. 8 S. 5 E. 4.3), in zweifacher Hinsicht fehl: Einerseits sei die Nichtigkeit von Amtes wegen zu prüfen, weshalb es nicht darauf ankommen könne, wer was wo wie "geltend gemacht" habe. Es könne auch nicht darauf ankommen, dass die Gesuchstellerin am 20. Juni 2022 um Rechtsöffnung für die Kapitalforderung ersucht habe, habe sie im vorliegenden Verfahren (in Urk. 1 Rz 27) doch klargestellt, dass dies einzig und allein deshalb geschehen sei, weil sie im obergerichtlichen Urteil vom 28. April 2022 auf die Kapitalforderung verwiesen worden sei. Andererseits habe sie mehrmals und von allem Anfang an dargelegt, dass ein ausübbares Wahlrecht gar nie vorgelegen habe. Auch in ihrer (ersten) Beschwerde ans Obergericht vom 11. Februar 2022 habe sie nochmals deutlich gemacht, dass ein Wahlrecht mindestens zwei Optionen voraussetze, hier aber ein ausübbares Wahlrecht gerade nicht vorgelegen habe. Damit sei nichts anderes als die Nichtigkeit geltend gemacht worden. Was nicht existiere, sei eben im Rechtssinne nichtig (Urk. 7 Rz 18 f.). Schliesslich stelle die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit in keiner Weise in Frage, führe sie doch

lediglich dazu, dass die Gesuchstellerin erhalte, was ihr gemäss Scheidungsurteil rechtskräftig zugesprochen worden sei, nämlich Unterhalt. Im Ergebnis folge aus der Nichtigkeit der Klausel bzw. der diesbezüglichen Teilnichtigkeit des Scheidungsurteils, dass die darin festgelegten Unterhaltsverpflichtungen nach wie vor vollstreckbar seien und vorliegend vollstreckt werden müssten (Urk. 7 Rz 20 f.).

### **E. 5.2**

Die Genehmigung einer Konvention über Scheidungsnebenfolgen (Art. 279 ZPO) ist konstitutiv für deren Verbindlichkeit. Erst die gerichtliche Genehmigung beendet den Prozess. Durch sie verlieren die in der Konvention vereinbarten Rechte und Pflichten ihren vertraglichen Charakter und werden zum Bestandteil des Scheidungsurteils (BGE 138 III 532 E. 1.3 S. 535; BGer 5A\_218/2019 vom 11. März 2020, E. 2.2; BGer 5A\_721/2012 vom 17. Januar

- 15 - 2013, E. 3.2.1 m.w.Hinw.; KUKO ZPO-Richers/Naegeli, Art. 241 N 31; BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Vor Art. 23-31 N 16; BSK ZPO-Gschwend/Steck, Art. 241 N 27). Darin unterscheidet sich die Scheidungskonvention und deren Genehmigung von einem "gewöhnlichen", das Verfahren unmittelbar beendenden gerichtlichen Vergleich und der darauf gestützten (deklaratorischen) Abschreibung nach Art. 241 ZPO (wie sie im Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 12. Juni 2015 [Urk. 4/28] zu beurteilen war). Entsprechend ist die Genehmigung einer Scheidungskonvention – anders als die Abschreibung gemäss Art. 241 Abs. 3 ZPO – nicht verfahrensrechtlicher, sondern rechtsprechender Natur. Sie stellt keine Handlung des formellen (Verfahrens-)Rechts, sondern einen Akt materieller Rechtsanwendung dar, indem sie im Sinne eines Leistungsurteils Rechte und Pflichten der Parteien statuiert. Zwar heilt die Genehmigung keine Mängel der Vereinbarung; deren Nichtigkeit kann vielmehr weiterhin und jederzeit geltend gemacht werden (ZK ZPO-Sutter-Somm/Gut, Art. 279 N 24; KUKO ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 279 N 14). Das ändert aber nichts daran, dass nach erfolgter Genehmigung in diesem Zusammenhang inhaltliche Mängel des Scheidungsurteils und nicht Verfahrensmängel bei dessen Zustandekommen zur Debatte stehen.

### **E. 5.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind fehlerhafte Entscheide in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit eines Entscheids wird nur angenommen, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn dieser schwerwiegende Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit eines Entscheids zur Folge; erforderlich ist hierzu ein ausserordentlich schwerwiegender Mangel. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde (z.B. Scheidungsurteil durch ein Handelsgericht) sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht, wie z.B. der Umstand, dass der Betroffene keine Gelegenheit hatte, am Verfahren teilzunehmen, oder dass der Entscheid den Parteien überhaupt nicht eröffnet wurde (BGE 145 III 436 E. 4 S. 438; BGE 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201; BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275 f.; BGer 4A\_20/2020

- 16 - vom 26. Februar 2020, E. 5.2.1; BGer 5A\_630/2015 vom 9. Februar 2016, E. 2.2.2 [je m.w.Hinw.]; s.a. BGer 5D\_78/2022 vom 31. Oktober 2022, E. 3.1, wonach absolute Nichtigkeit nur Entscheidungen beschlägt, die mit den schwerwiegendsten Mängeln

behaftet sind ["les décisions affectées des vices les plus graves"]; ferner auch Stücheli, a.a.O., S. 214 f.).

#### **E. 5.4**

Das Scheidungsurteil vom 20. April 1999 räumt der Gesuchstellerin (kraft Genehmigung der gleichlautenden Scheidungskonvention) das Recht ein, nach dem Tod ihres geschiedenen Ehegatten "die Kapitalisierung und Auszahlung der Restrente nach den Regeln der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle" zu verlangen (Urk. 4/4 S. 2 Ziff. 3). Über den massgeblichen Kapitalisierungszinsfuss schweigt es sich aber aus. Das hat zur Folge, dass sich bei Wahl dieser Variante der Barwert der Restrente nicht ohne Weiteres (einseitig) ermitteln lässt und eine zwangsweise Durchsetzung der Kapitalforderung nach den hierfür einschlägigen Vorschriften des SchKG (vgl. Art. 335 Abs. 2 ZPO, Art. 38 Abs. 1 SchKG) an dem für eine definitive Rechtsöffnung unabdingbaren Erfordernis der Bestimmtheit des im Vollstreckungstitel zugesprochenen Forderungsbetrags scheitert (vgl. Urk. 4/27 S. 3 ff. E. 4). Dieser Mangel macht den Inhalt des vereinbarten und gerichtlich genehmigten Wahlrechts aber weder unmöglich noch widerrechtlich oder sittenwidrig (vgl. Art. 20 OR). Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, bewirkt allein die mangelnde Vollstreckbarkeit eines Entscheids nicht eo ipso dessen Nichtigkeit und ist jene nicht mit dieser gleichzusetzen (vgl. BGE 145 III 165 E. 3.3.4 S. 168, wonach mangelnde Vollstreckbarkeit eines Urteils dessen Nichtigkeit bedeuten kann [nicht muss]). Nichtigkeit ist im vorliegenden Fall schon deshalb zu verneinen, weil die fehlende Vollstreckbarkeit der Kapitalforderung ihre Ursache nicht in der Art der gerichtlichen Anordnung als solcher (Wahl zwischen monatlicher Rente und Auszahlung der kapitalisierten Restrente) hat. Sie ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass die Höhe der zur Wahl stehenden Kapitalforderung nicht rechtsgenügend aus dem Scheidungsurteil hervorgeht, da sich diesem nicht alle für deren Bestimmung notwendigen Faktoren entnehmen lassen und es dem Rechtsöffnungsgericht verwehrt ist, einen unklaren, lücken- oder fehlerhaften Titel zu interpretie-

- 17 - ren, auszulegen, abzuändern oder zu ergänzen. Diese Aufgabe ist, wie schon mehrfach erörtert wurde (vgl. Urk. 4/26 S. 9 E. III.2.3; Urk. 4/27 S. 6 E. 4.5; Urk. 8 S. 4 f. E. 4.1 und E. 5.2), dem Erkenntnis- bzw. Sachgericht vorbehalten (BGE 138 III 583 E. 6.1.1 S. 585; BGE 135 III 315 E. 2.3 S. 319; BGer 5A\_969/2020 vom 21. Oktober 2021, E. 3.2.1; BGer 5A\_626/2019 vom 9. Juli 2020, E. 2.1; BGer 5A\_261/2018 vom 4. Februar 2019, E. 3.1). Die fehlende Vollstreckbarkeit ist mithin auch nicht definitiv, sondern lässt sich durch Anrufung des Sachgerichts beheben, wie auch die Gesuchsgegnerin zutreffend bemerkt (Urk. 15 Rz 21). Das spricht erst recht gegen eine Nichtigkeit der Wahlrechtsklausel und deren Ausübung (vgl. auch BGer 5D\_78/2022 vom 31. Oktober 2022, E. 3.1, wonach [nur] eine von vornherein nicht vollstreckbare Entscheidung ["une décision d'emblée inexécutable"] nichtig ist; ebenso BGer 5A\_360/2018 vom 4. Dezember 2018, E. 3.4.4). Im Übrigen ist der Mangel hinsichtlich seiner Schwere und Offensichtlichkeit ohnehin nicht mit den in der Rechtsprechung genannten Fällen nichtiger Entscheide vergleichbar. Er ist weder leicht erkennbar noch derart (ausserordentlich) schwerwiegend, dass er – im Sinne der seltenen Ausnahmefälle bei inhaltlichen Mängeln eines Entscheids – die Nichtigkeit der im Urteil enthaltenen Wahlrechtsklausel zur Folge hätte. Das Wahlrecht wurde folglich rechtswirksam begründet und mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 ausgeübt (vgl. vorne, E. III.4.3). Dass die Ausübung einen neuen, mangels genügender Bestimmtheit zumindest einstweilen nicht vollstreckbaren kapitalisierten

Unterhaltsanspruch entstehen liess, ändert daran ebenso wenig wie der Umstand, dass die Nichtigkeit (als Rechtsfrage) jederzeit und von Amtes wegen zu beachten ist und deshalb nicht gesondert geltend gemacht werden muss. Letzteres trifft zwar zu, entbindet die den Nichtigkeitsvorwurf erhebende Partei jedoch nicht davon, den für die Nichtigkeitsfolge wesentlichen Sachverhalt zu behaupten (vgl. BGer 4A\_20/2020 vom 26. Februar 2020, E. 5.1). Vor allem aber lässt die Pflicht zur Prüfung von Amtes wegen für sich allein keine Rückschlüsse auf die Schwere und die Evidenz des Mangels zu und diesen jedenfalls nicht als offensichtlich erscheinen. Er offenbart(e) sich vielmehr erst im Zuge der Berechnung der kapitalisierten Restrente "nach den Regeln der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle", d.h. bei näherer Auseinanderset-

- 18 - zung mit der gewählten Alternative. Mit Recht hielt die Vorinstanz in diesem Zusammenhang fest, dass sich gerade auch im Umstand, dass die Gültigkeit der Wahlrechtsklausel bisher weder vom Obergericht noch von der (anwaltlich vertretenen) Gesuchstellerin selbst je in Frage gestellt worden sei, zeige, dass der Mangel jedenfalls nicht "offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Nichtigkeit sei (vgl. Urk. 8 S. 5 E. 4.3). Weshalb dieses Argument ins Leere zielen sollte, ist nicht ersichtlich (vgl. gegenteils BGE 145 III 436 E. 4 S. 440). Es wird insbesondere auch durch den Hinweis der Gesuchstellerin auf ihre Ausführungen zur fehlenden Einigung der Parteien in der Stellungnahme vom 7. Dezember 2021 und in ihrer Beschwerde ans Obergericht vom 11. Februar 2022 (vgl. Urk. 7 Rz 19 m.Hinw. auf Urk. 1 Rz 23 und Rz 25) nicht entkräftet.

### **E. 5.5**

Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Nichtigkeit der Wahlrechtsklausel und den rechtlichen Bestand der in Betreuung gesetzten monatlichen Unterhaltsforderungen für die Zeit vom 1. April 2022 bis 30. September 2022 somit zu Recht verneint. Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde unbegründet.

### **E. 6**

Schliesslich macht die Gesuchstellerin geltend, das Verhalten der Gesuchsgegnerin sei rechtsmissbräuchlich (Urk. 7 Rz 22 ff.). Dieser (im Rahmen des vorliegenden Verfahrens) neu erhobene rechtliche Einwand ist – unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Sachgerichts zur Beurteilung materiellrechtlicher Fragen – auch im Rechtsöffnungsverfahren zulässig (vgl. vorne, E. II.3; BGer 5A\_21/2022 vom 5. April 2022, E. 4.2.2.3; BGer 5A\_647/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 2.4; BGer 5A\_507/2015 vom 16. Februar 2016, E. 3.3).

### **E. 6.1**

Im Einzelnen bringt die Gesuchstellerin vor, vor Vorinstanz dargelegt zu haben, dass für beide Parteien auch nach dem Schreiben vom 12. Oktober 2020 (Urk. 4/19) ausser Frage gestanden habe, dass weiterhin (monatliche) Unterhaltsbeiträge geschuldet seien. Letzteres ergebe sich bereits aus dem Verhalten der Parteien. So habe die Gesuchstellerin auch nach besagtem Schreiben weiterhin Unterhaltsbeiträge verlangt (bzw. in Betreuung gesetzt) und die Gesuchsgegnerin habe auf den Rechtsvorschlag für die Unterhaltsbeiträge bis und mit November 2020 verzichtet. Auf diese Vorbringen sei die Vorinstanz in Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV) mit keinem Wort eingegangen (Urk. 7 Rz 22-24 m.Hinw. auf Urk. 1 Rz 19). Sollte die Gesuchsgegnerin, so die Gesuchstellerin weiter, tatsächlich der Auffassung gewesen sein,

es seien zufolge des Schreibens vom 12. Oktober 2020 aufgrund einer Ausübung des Wahlrechts keine monatlichen Unterhaltsbeiträge mehr geschuldet, hätte sie mindestens in Bezug auf den Beitrag für den Monat November 2020 Rechtsvorschlag erhoben. Wenn sie darauf verzichtet habe, sich jedoch zu einem viel späteren Zeitpunkt nachträglich auf den Standpunkt stelle, das Wahlrecht sei am 12. Oktober 2020 ausgeübt worden, liege darin ein "venire contra factum proprium", das keinen Rechtsschutz verdiene. Hätte die Vorinstanz diese bewiesenen Tatsachen beachtet, hätte sie festgestellt, dass auch nach besagtem Schreiben weiterhin Unterhaltsbeiträge geschuldet seien (Urk. 7 Rz 25 f.).

## **E. 6.2**

Zwar äusserte sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich zum Einwand, wonach beide Parteien davon ausgegangen seien, dass auch nach dem Schreiben vom 12. Oktober 2020 weiterhin monatliche Unterhaltsbeiträge geschuldet seien. Aus ihren Erwägungen geht jedoch hervor, dass sie dieses Argument implizit verwarf, wenn sie unter Hinweis auf das Urteil des Obergerichts vom 28. April 2022 (Urk. 4/26 E. 2.6) festhielt, dass die Ausübung des Wahlrechts durch die Gesuchstellerin dazu führe, dass die ursprüngliche, auf monatliche Unterhaltsrenten lautende Schuldverpflichtung untergegangen sei. Damit stellte sie klar, dass sie das Wahlrecht ungeachtet der Vorbringen der Gesuchstellerin zum späteren Verhalten der Parteien als rechtswirksam ausgeübt und das spätere Parteiverhalten als rechtlich bedeutungslos erachtete, zumal sie diese Rechtsauffassung bereits in ihrem Urteil vom 21. Januar 2022 vertreten hatte (Urk. 4/24 S. 6 f. E. 4.4 und E. 4.5), welches mit dem obergerichtlichen Urteil inhaltlich bestätigt wurde. Wie die Beschwerde zeigt, war es der Gesuchstellerin ohne Weiteres möglich, den vorinstanzlichen Entscheid auch in diesem Punkt sachgerecht anzufechten (vgl. vorne, E. III.4.1). Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht bzw. ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Urk. 7 Rz 24) ist somit nicht stichhaltig.

- 20 -

## **E. 6.3**

Der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ist auch in der Sache unbegründet, soweit er im vorliegenden Fall vom Rechtsöffnungsgericht überhaupt beurteilt werden darf, was letztlich offenbleiben kann. Dabei ist irrelevant, ob die Gesuchsgegnerin den ihr vorgeworfenen Rechtsmissbrauch bestreitet oder nicht (vgl. Urk. 17 Rz 13). Denn ob ein bestimmtes Verhalten unter den prozesskonform erstellten Umständen als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, stellt keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage dar. Als solche kann sie nicht rechtswirksam zugestanden oder anerkannt werden, sondern ist von Amtes wegen zu beurteilen (Art. 57 ZPO; Hausheer/Jaun, Stämpflis Handkommentar, ZGB 2 N 91; BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N 34).

### **E. 6.3.1**

Vorweg ist festzuhalten, dass gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB nur der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet und ein Rechtsmissbrauch im Sinne dieser Bestimmung nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen ist (BGE 144 III 407 E. 4.2.3 S. 410; BGE 143 III 279 E. 3.1 S. 281; BGer 5A\_21/2022 vom 5. April 2022, E. 4.2.2.3). Die Vorschrift verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht (BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N 24; KUKO ZGB-Pfaffinger, Art. 2 N 9). Sie dient als korrigierender "Notbehelf" (im Sinne einer "ultima ratio") für diejenigen Fälle, in denen

formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (BGE 143 III 666 E. 4.2 S. 673). Bestehen Zweifel an der Rechtsmissbräuchlichkeit eines Vorgehens, ist der Rechtsschutz nicht zu versagen (vgl. zum Ganzen auch Hausheer/Jaun, Stämpfli Handkommentar, ZGB 2 N 89 ff.; BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N 27 m.w.Hinw.; CHK-Middendorf/Grob, ZGB 2 N 15).

### **E. 6.3.2**

Missbräuchlich ist es insbesondere, völlig inkompatible Verhaltensweisen an den Tag zu legen oder sich auf ein Recht zu berufen, das im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht, und damit die legitimen Erwartungen, die ein solches Verhalten geweckt hat, zu enttäuschen (sog. "venire contra factum proprium"). Widersprüchliches Verhalten kann ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen auch in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden. Da es keinen allgemeinen

- 21 - Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt (BGE 143 III 666 E. 4.2 S. 673 f.; BK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 2 N 268; CHK-Middendorf/Grob, ZGB 2 N 19; BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N 43a m.w.Hinw.), müssen Umstände vorliegen, welche die Rechtsausübung als unheilbaren Widerspruch zum früheren Verhalten und damit als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Solche Umstände sind etwa anzunehmen, wenn das Schweigen des Betroffenen mit Sicherheit auf einen Verzicht auf die Geltendmachung seines Rechts(standpunkts) schliessen liess oder wenn die Untätigkeit für die andere Partei Nachteile mit sich brachte (vgl. BGE 143 III 666 E. 4.2 S. 673 f.; BGer 5A\_21/2022 vom 5. April 2022, E. 4.2.2.3, je m.w.Hinw.; s.a. Hausheer/Jaun, Stämpfli Handkommentar, ZGB 2 N 130 ff.; BK-Hausheer/Aebi-Müller, ZGB 2 N 269 ff.; BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N 43 ff.). Auf der anderen Seite widerspricht es bei unklarer oder zweifelhafter Rechtslage nicht Treu und Glauben, wenn jemand widersprüchliche Positionen einnimmt, um seine Rechte unabhängig vom Ausgang einzelner Rechtsstandpunkte optimal zu wahren (BGE 115 II 331 E. 5.a S. 338; BGer 5C.214/2003 vom 8. Dezember 2003, E. 4.2.3; BGer 5C.151/2001 vom 21. August 2001, E. 2.b).

### **E. 6.3.3**

Ein widersprüchliches Verhalten der dargelegten Art lässt sich der Gesuchsgegnerin nicht vorwerfen. Dass diese im Vorfeld der vorliegenden Betreuung je erklärt habe, das Wahlrecht als nicht ausgeübt und die monatliche Leistungspflicht als weiterhin rechtsbeständig zu betrachten, wurde von der Gesuchstellerin nicht behauptet; jedenfalls wird in der Beschwerde nicht aufgezeigt, wo (Aktenstelle) sie dies getan habe. Allein der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin in der nach dem Schreiben vom 12. Oktober 2020 mit Zahlungsbefehl vom 16. November 2020 eingeleiteten Betreuung Nr. 3 des Betreibungsamtes Zürich

### **E. 6.3.4**

Weshalb der Einwand, das Wahlrecht sei zugunsten der Kapitalforderung ausgeübt worden, auch deshalb rechtsmissbräuchlich im Sinne eines "venire contra factum proprium" sein sollte, weil die Gesuchsgegnerin zuvor während Jahren keine Unterhaltsbeiträge mehr freiwillig geleistet habe und deshalb etliche

- 23 - Zwangsvollstreckungsverfahren notwendig gewesen seien (Urk. 7 Rz 25), ist nicht nachvollziehbar. Darin liegt vielmehr ein konstantes Verhalten der Gesuchsgegnerin, die Unterhaltspflicht nur auf Betreuungszwang hin zu erfüllen.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Gesuchstellerin keinen Beschwerdegrund im Sinne von Art. 320 ZPO nachweist und ein solcher auch nicht ins Auge springt (vgl. vorne, E. II.2). Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidungs- bzw. Spruchgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; vgl. ZR 110/2011 Nr. 28; BGer 5D\_23/2017 vom 8. Mai 2017, E. 4.3.1). Sie ist, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 31'517.40 (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO und KUKO ZPO-Köln, Art. 91 N 5 m.w.Hinw.), in Anwendung von Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 2. Überdies ist die Gesuchstellerin antragsgemäss (Urk. 15 S. 2 [Rechtsbegehren 3]) zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1, Art. 111 Abs. 2 und Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Deren Höhe bestimmt sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO; s.a. BGE 139 III 195 E. 4.3 S. 199) und ist auf Fr. 1'615.50 (Fr. 1'500.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 9, § 11 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). 3. Die Nebenfolgenregelung des erstinstanzlichen Verfahrens wird von den Parteien weder selbstständig angefochten noch konkret bemängelt (vgl. Urk. 7 S. 2; Urk. 15 S. 2) und entspricht dem Verfahrensausgang (vgl. Art. 106

- 24 - Abs. 1 ZPO). Sie ist im Beschwerdeverfahren deshalb nicht zu überprüfen (vgl. vorne, E. II.2). Es wird erkannt:

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