

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT220209-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn  
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

## Urteil vom 12. Juli 2023

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Erbschaft des B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch C. \_\_\_\_\_, Erbe und Willensvollstrecker

dieser vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht  
Zürich vom 28. November 2022 (EB221496-L)**

## Erwägungen:

### **I. Sachverhalt, Vorgeschichte und Prozessverlauf**

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 naheheliche 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 lebenslänglich, 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."

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.

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 zutrefte (Urk. 4/27, u.a. m.Hinw. auf BGE 144 III 193 E. 2.4.1 S. 197). Dieser Entscheid blieb (soweit ersichtlich) unangefochten.

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).

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).

5. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 19. Dezember 2022 Beschwerde mit dem Antrag, den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und ihr im angebehrten Umfang definitive Rechtsöffnung zu erteilen; eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin (Urk. 7, insbes. S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-6).

Mit Verfügung vom 28. Dezember 2022 wurde der Gesuchstellerin für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ein Vorschuss von Fr. 750.– auferlegt (Urk. 12), welcher am 18. Januar 2023 einging (Urk. 13). Die fristwährend erstattete Beschwerdeantwort mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde oder – eventualiter – des Rechtsöffnungsgesuchs datiert vom 27. Februar 2023 (Urk. 15; vgl. auch Urk. 14). Sie wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 1. März 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 16). Dazu reichte die Gesuchstellerin unter dem 13. März 2023 eine spontane Replik ein (Urk. 17), von der die Gesuchsgegnerin am 17. März 2023 Kenntnis nahm (Urk. 18). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben erfolgten nicht. Das Beschwerdeverfahren ist spruchreif.

## **II. Prozessuale Vorbemerkungen**

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 6a), der einverlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 12-13) und die vor Vorinstanz unterlegene Gesuchstellerin ist ohne Weiteres zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. II.2) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf konkrete Aktenstellen hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Die Be-

schwerdegründe sind in der Beschwerdeschrift resp. innert der Beschwerdefrist vollständig vorzutragen und nachzuweisen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des aus Art. 6 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten allgemeinen Replikrechts (vgl. dazu BGer 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3; BGE 144 III 117 E. 2.1 S. 118, je m.w.Hinw.) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw. [betr. Berufung]; *OGer ZH RT180217 vom 11.12.2020, E. 2.5*). Eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist oder im Rahmen einer spontanen Replik ist mithin unzulässig.

Was in der Beschwerde oder in der Beschwerdeantwort, für welche die formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde sinngemäss ebenfalls gelten (vgl. BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.Hinw. [betr. Berufungsantwort]; *OGer ZH RT170220 vom 21.06.2018, E. 2.3*; *OGer ZH RE190015 vom 12.06.2020, E. 2.2*), nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 57 N 6).

In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.).

3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis eines Beschwerdegrundes) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; vgl. aber immerhin BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471; BGE 145 III 422 E. 5.2 S. 427 f.; BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Keine Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue rechtliche Ausführungen (Vorbringen

zum Recht; BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6). Sie können auch im Beschwerdeverfahren vorgetragen werden (vgl. BGer 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; BGer 5A\_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3; BGer 5A\_1006/2015 vom 2. August 2016, E. 2 [je betr. Art. 317 Abs. 1 ZPO]). Sie dürfen sich allerdings nicht auf neue, vor Vorinstanz noch nicht in den Prozess eingebrachte Tatsachen und Beweismittel stützen (*OGer ZH PP180025 vom 12.03.2019, E. 2.3*).

4. Das in Art. 80 f. SchKG vorgesehene und in Art. 84 SchKG nur rudimentär geregelte Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung stellt als gerichtliche Angelegenheit des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO ein eigenständiges zivilprozessuales Verfahren dar. Darin ist (nur) darüber zu entscheiden, ob der Rechtsvorschlag in der konkreten Betreuung zu beseitigen ist und die Betreuung fortgesetzt werden darf. Der Rechtsöffnungsentcheid entfaltet keine über die konkrete Betreuung hinausgehende materielle Rechtskraft (vgl. Stücheli, *Die Rechtsöffnung*, 2000, S. 157 f.; KUKO SchKG-Vock, Art. 84 N 27; SK SchKG-Vock/Aepli-Wirz, Art. 84 N 32; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 81). Darin unterscheidet sich das Rechtsöffnungsverfahren als rein betreibungsrechtliche Streitigkeit (BGE 133 III 645 E. 5.3 S. 653; BGer 5D\_82/2012 vom 28. Juni 2012, E. 3.1) wesentlich vom in der Beschwerdeantwort (unter anderem) erwähnten summarischen Verfahren betreffend Mieterausweisung nach Art. 257 ZPO (vgl. Urk. 15 Rz 5). Dieses folgt als Erkenntnisverfahren über einen materiellrechtlichen Anspruch hinsichtlich der Rechtskraftwirkung anderen Grundsätzen.

Mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts unterliegt das Rechtsöffnungsverfahren im Grundsatz der Verhandlungsmaxime (Art. 55 i.V.m. Art. 255 ZPO e contrario; BGer 5A\_734/2018 vom 4. Dezember 2018, E. 4.3.5; ZR 117/2018 Nr. 42, E. 3.3.3; *OGer ZH RT170171 vom 27.11.2017, E. 3.2.2* [je m.w.Hinw.]). Es ist demnach Sache der Parteien, dem (erstinstanzlichen) Gericht das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfundament zu präsentieren, d.h. Behauptungen zum entscheidewesentlichen Sachverhalt aufzustellen und zu bestreiten sowie Beweismittel für ihre tatsächlichen Vorbringen anzugeben. Werden für dieselbe Titelforderung (nacheinander) mehrere Betreibungen angehoben

und jeweils mit Rechtsvorschlag blockiert, können und müssen die entscheidungswesentlichen Tatsachen und rechtlichen Argumente grundsätzlich in jedem neuen, eigenständigen Rechtsöffnungsverfahren (erneut) behauptet und bestritten bzw. vorgebracht werden. Die in der Beschwerdeantwort mehrfach vertretene Ansicht, solche Vorbringen seien verwirkt, weil sie bereits in einem der früheren Rechtsöffnungsverfahren zwischen den Parteien hätten vorgetragen werden können (vgl. insbes. Urk. 15 Rz 6, Rz 16 ff., Rz 25), geht folglich fehl.

5. Die Gesuchstellerin verlangt mit ihrem (reformatorischen) Hauptantrag, ihr im Sinne eines neuen Sachentscheids die angebehrte Rechtsöffnung zu erteilen (Urk. 7 S. 2 [Antrag 1] und Rz 29). Diesem Antrag kann von vornherein nicht entsprochen werden, nachdem der Gesuchsgegnerin noch gar nicht Gelegenheit geboten wurde, sich zum Rechtsöffnungsgesuch zu äussern (vgl. Urk. 8 S. 3 E. 2 sowie Art. 84 Abs. 2 SchKG und Art. 253 ZPO), das erstinstanzliche Verfahren mithin noch gar nicht ordnungsgemäss durchgeführt wurde. Eine entsprechende Stellungnahme im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens fällt sodann schon wegen des Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.3) ausser Betracht. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde wäre die Sache deshalb mangels Spruchreife an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 ZPO; vgl. auch BGE 140 III 450 E. 3.2 S. 453; BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2 S. 400), wie die Gesuchstellerin mit ihrem Eventualbegehren "[r]ein vorsorglich" beantragt (Urk. 7 S. 2 [Antrag 2] und Rz 29).

### **III. Materielle Beurteilung**

1. Anders als zuletzt fordert die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren nicht die kapitalisierte Rente, sondern die ihr im Scheidungsurteil primär zugesprochenen monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Zeit von April 2022 bis September 2022 ein (vgl. Urk. 1 Rz 40). Zur Begründung machte sie vor Vorinstanz geltend, die vermeintliche Ausübung des Wahlrechts zugunsten der kapitalisierten Rente in ihrem Schreiben vom 12. Oktober 2020 sei nie erfolgt und habe in rechtlicher Hinsicht auch nie erfolgen können, da ein solches Wahlrecht nie existiert habe. Das besagte Schreiben habe im Kontext vertraulicher Vergleichsgespräche

gestanden und hätte deshalb niemals beim Gericht eingereicht werden dürfen (Urk. 1 Rz 8 ff.). Für beide Parteien sei nach dem Zahlungsbefehl vom 16. November 2020 für die Unterhaltsbeiträge August 2020 bis und mit November 2020 (Urk. 4/20), wogegen kein Rechtsvorschlag erhoben worden sei und die von der Gesuchsgegnerin schliesslich bezahlt worden seien, ausser Frage gestanden, dass auch nach dem Schreiben vom 12. Oktober 2020 weiterhin (monatliche) Unterhaltsbeiträge geschuldet gewesen seien (Urk. 1 Rz 17 ff.). Die am 20. April 1999 genehmigte Scheidungsvereinbarung sei zudem teilnichtig. Angesichts der im audienzrichterlichen Urteil vom 22. Juni 2022 (Urk. 4/27) festgehaltenen mangelnden Vollstreckbarkeit der kapitalisierten Rentenforderung hätte das Erkenntnis- bzw. Scheidungsgericht die entsprechende Klausel der Scheidungsvereinbarung nicht genehmigen dürfen. Die trotzdem erfolgte Genehmigung stelle einen schweren und offensichtlichen Verfahrensmangel dar. Deshalb erweise sich die betreffende Klausel der Scheidungsvereinbarung und insoweit auch das Scheidungsurteil als nichtig. Das Wahlrecht zur Kapitalisierung der Rente könne daher gar nie gültig ausgeübt worden sein. Der Anspruch auf Auszahlung der monatlichen Rente im Umfang von Fr. 5'000.– (indexiert) bestehe somit weiterhin. Dabei stützte sich die Gesuchstellerin auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 12. Juni 2015 (Urk. 4/28) betreffend die Genehmigung eines mangels ausreichender Konkretisierung nicht vollstreckbaren Vergleichs über die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses (Urk. 1 Rz 30 ff.).

2. Die Vorinstanz erwog, dass fehlerhafte Entscheide nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (nur) dann nichtig seien, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer sei, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sei und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werde. Sei ein Entscheid wegen unklarer, unbestimmter oder widersprüchlicher Formulierungen nicht vollstreckbar, komme dagegen eine Erläuterung oder Berichtigung durch das Erkenntnisgericht in Frage oder müsse allenfalls neu geklagt werden.

Die Gesuchstellerin lege nicht rechtsgenügend dar, worin der schwere und offensichtliche Verfahrensfehler im Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Zürich

vom 20. April 1999 in Bezug auf das Wahlrecht zur Kapitalisierung und Auszahlung der Rentenleistungen liegen solle. Die mangelnde Vollstreckbarkeit eines Entscheids sei nicht mit dessen Nichtigkeit gleichzusetzen. In dem vom Berner Obergericht publizierten Entscheid aus dem Jahre 2015 habe es gänzlich an einem vollstreckbaren Inhalt des Vergleichs gefehlt, weil die am Arbeitszeugnis vorzunehmenden Änderungen nicht schriftlich festgehalten worden seien. Im Gegensatz dazu sei die hier in Frage stehende Bestimmung der Scheidungsvereinbarung lediglich unklar und bedürfe der Konkretisierung durch das zuständige Sachgericht. Ohnehin könne im vorliegenden Fall nicht argumentiert werden, der von der Gesuchstellerin behauptete Mangel der Vereinbarung sei leicht erkennbar. Jedenfalls mache die Gesuchstellerin nicht geltend, dass das Zürcher Obergericht in seinem Urteil vom 28. April 2022 (Urk. 4/26) die Nichtigkeit des Kapitalisierungswahlrechts, welches in der gerichtlichen Vereinbarung gemäss Scheidungsurteil vom 20. April 1999 getroffen worden sei, erkannt habe. Ebenso wenig erläutere sie, warum ihr eigener Anwalt mit Eingabe vom 20. Juni 2022 ein Rechtsöffnungsgesuch gestützt auf die heute als nichtig taxierte Regelung für die Kapitalforderung gestellt habe (vgl. Urk. 4/27 S. 2) – nota bene, ohne auf den heute als offensichtlich hingestellten Mangel der gerichtlichen Vereinbarung hinzuweisen. Die Gültigkeit der genannten Klausel sei mit anderen Worten bisher nie in Frage gestellt worden und stelle somit jedenfalls keinen *offensichtlichen* Verfahrensfehler dar (Urk. 8 S. 4 f. E. 4 m. Hinw. auf BGE 129 I 361 E. 2.1, BSK ZPO-Droese, Art. 336 N 17 f.).

Somit könne – so das vorinstanzliche Fazit – das mit Urteil vom 20. April 1999 genehmigte Wahlrecht zur Kapitalisierung und Auszahlung der Rentenforderung nicht als nichtig angesehen werden. Damit präsentiere sich die Rechtslage nach wie vor so, wie es das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 28. April 2022 festhalte: Die Ausübung des Wahlrechts durch die Gesuchstellerin führe dazu, dass die ursprüngliche, auf monatliche Unterhaltsrenten lautende Schuldverpflichtung untergegangen sei. Für die in Betreuung gesetzten Unterhaltsbeiträge für die Monate April 2022 bis September 2022 könne deshalb keine Rechtsöffnung erteilt werden. Die Gesuchstellerin sei erneut auf das Erkenntnisverfahren zu verweisen und auf den entsprechenden Hinweis im obergerichtlichen

Entscheid vom 2. [recte: 28.] April 2022. Danach habe das Gericht im Streitfall im *ordentlichen* Verfahren die Berechnungsgrundlagen für die Kapitalforderung anzuwenden und auszulegen (Urk. 8 S. 5 E. 5 m.Hinw. auf Urk. 26 [recte: 4/26] E. III.2.6 und E. III.2.3).

3. In der Beschwerde hält die Gesuchstellerin im Wesentlichen an ihrer im Rechtsöffnungsgesuch vertretenen Argumentation fest. Sie wirft der Vorinstanz eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie eine unrichtige Rechtsanwendung vor (Urk. 7 Rz 4 ff.). Die Gesuchsgegnerin hält die erhobenen Rügen und mithin auch die Beschwerde als solche für unbegründet und beantragt dementsprechend deren Abweisung (Urk. 15 S. 2 und Rz 2 ff.).

4. Im Einzelnen rügt die Gesuchstellerin zunächst, die Vorinstanz habe entgegen ihren Vorbringen stillschweigend angenommen, sie (die Gesuchstellerin) habe mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 ein Wahlrecht zugunsten der Kapitalforderung ausgeübt, ohne diese Annahme und die Verwerfung ihrer dagegen vorgetragene Argumente auch nur mit einem Wort zu begründen. Darin liege eine Verletzung der Pflicht zur Entscheidungsbegründung resp. des Gehörsanspruchs gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV. Folge der Gehörsverletzung sei eine offensichtlich falsche Feststellung des Sachverhalts, indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, das Schreiben sei nicht vertraulich und es sei damit ein Wahlrecht ausgeübt worden (Urk. 7 Rz 4-8).

4.1. Aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör bzw. auf Entscheidungsbegründung folgt die Pflicht des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Sie verlangt, dass das Gericht in seinen Urteilserwägungen 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 Urteilserwägungen auf die für den Entscheid wesentlichen

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).

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.

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.

4.3. Dazu, d.h. zur ebenfalls monierten Rechtsfehlerhaftigkeit der Begründung ist vorzuschicken, 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 Gesuchsgegnerin (Urk. 15 Rz 2 ff.) entfaltet dieses Urteil zwar keine über die konkrete Betreuung (Betreibung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 7) hinausgehende materielle Rechtskraft, weshalb für das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren (in der Betreuung 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

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.

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.).

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 Untermuerung 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

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.).

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

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.

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

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.).

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-

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-

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.

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.

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).

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 Verlet-

zung 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.).

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.

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).

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, Stämpflis 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).

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

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, Stämpflis 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).

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 7 gegen den darin miterfassten Unterhaltsbeitrag für den Monat November 2020 keinen Rechtsvorschlag erhob, sondern die gesamte Betreibungsforderung beglich (Urk. 1 Rz 19 f. und Urk. 4/20; Urk. 7 Rz 22 ff.), konnte nicht als Anerkennung derselben bzw. als Verzicht, deren Nichtbestand zufolge Ausübung des Wahlrechts geltend zu machen, aufgefasst werden. Eine einmalige Zahlung der Nichtschuld, die zudem unter Betreibungszwang erfolgte, genügt hierfür nicht. Dies umso weniger, als Art. 86 SchKG der betriebenen Partei das Recht ein-

räumt, einen zufolge unterlassenen Rechtsvorschlags bezahlten, rechtlich aber nicht geschuldeten Betrag ohne weitere Voraussetzungen innert Jahresfrist (mit einer materiellrechtlichen Leistungsklage) zurückzufordern, ohne dass es darauf ankäme, ob die Zahlung angesichts des Vollstreckungsverfahrens "freiwillig" oder in Kenntnis der Nichtschuld geleistet wurde (vgl. KUKO SchKG-Brönnimann, Art. 86 N 13 und N 20; BSK SchKG I-Bangert, Art. 86 N 6 und N 9). Ob sie von diesem Klagerecht Gebrauch machen will, entscheidet allein die betriebene Partei. Da sie dabei auch weitere Umstände (wie z.B. Prozessrisiko und -kosten, Höhe des bezahlten Betrags, mutmassliche Dauer des Rechtsstreits und Ressourcenbedarf etc.) berücksichtigen wird, ist es durchaus denkbar, dass sie trotz der Überzeugung, eine Nichtschuld erfüllt zu haben, auf die Rückforderungsklage verzichtet. Im Übrigen war im "viel späteren Zeitpunkt" (Urk. 7 Rz 25), in dem sich die Gesuchsgegnerin auf die Ausübung des Wahlrechts zugunsten der Kapitalforderung berief (24. November 2021; vgl. Urk. 4/22), die einjährige Klagefrist noch gar nicht abgelaufen, war ihr der Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. 3 doch erst am 11. Dezember 2020 zugestellt worden (vgl. Urk. 4/20 S. 2). Auch unter diesem Aspekt lässt sich allein aus dem unterlassenen Rechtsvorschlag und der geleisteten Zahlung in dieser Betreuung nicht – schon gar nicht mit Sicherheit – schliessen, die Gesuchsgegnerin sei der Auffassung gewesen und habe (konkludent) kundgetan, dass sie vom (Weiter-)Bestand der in Betreuung gesetzten Rentenschuld ausgehe.

Fehlt es hinsichtlich der Anerkennung der Rentenforderung somit an einem vertrauensbegründenden früheren Verhalten der Gesuchsgegnerin, kann in deren späterer Bestreitung auch kein unheilbarer Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten und damit kein Verstoss gegen Treu und Glauben erblickt werden. Von einem *offenbaren* Rechtsmissbrauch kann unter den gegebenen Umständen keine Rede sein.

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

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

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 Entscheid- 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-KöLz, 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

Abs. 1 ZPO). Sie ist im Beschwerdeverfahren deshalb nicht zu überprüfen (vgl. vorne, E. II.2).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'615.50 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 31'517.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Juli 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:  
jo