

ZH_OBERGERICHT RT160191 vom 30. Januar 2017

ZH Obergericht, 2017-01-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT160191

FR: ZH_OBERGERICHT RT160191 du 30 janvier 2017

IT: ZH_OBERGERICHT RT160191 del 30 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil vom 15. November 2016 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Volketswil (Zahlungsbefehl vom 6. Juni 2016) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 2'412.55, für die Betreuungskosten sowie für die Kosten und Entschädigung. Im Mehrbetrag (Fr. 371.20 Verzugsschaden sowie Fr. 52.60 für die Kosten einer früheren Betreuung) wies sie das Begehren ab (Urk. 28 S. 13, Dispositivziffer 1). Die Spruchgebühr von Fr. 250.– auferlegte die Vorinstanz zu 15 % der Gesuchstellerin und zu 85 % der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin). Sodann sprach sie der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 70.– zu (Dispositivziffern 2 bis 4).

E. 1.1

Mit Eingabe vom 29. Juli 2016 stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1. Sie wies darauf hin, dass sie im Besitze eines Verlustscheines des Konkursamtes Winterthur vom 11. April 1996 sei, welcher ihr von der C.____ SA zediert worden sei (Urk. 1 S. 1). Als Beilagen reichte die Gesuchstellerin das Betreibungsbegehren vom 31. Mai 2016 (Urk. 2/1), den "ACTE DE CESSION GLOBAL" zwischen der C.____ SA und ihr (Urk. 2/2), eine als "Classeur ..." bezeichnete Seite 87, auf welcher die Zeile "..., A1.____, ... Winterthur, 2'412.55" gelb markiert wurde und welche von denselben Personen wie der "ACTE DE CESSION Global" unterzeichnet war (Urk. 2/3), sowie einen Internet-Handelsregisterauszugs der C.____ SA (Urk. 2/4) und von - 4 - ihr selbst (Urk. 2/5) ins Recht. Weiter wurde eine Kopie des Zahlungsbefehls des Betreibungsamtes Volketswil in der Betreuung Nr. 1 vom 6. Juni 2016 eingereicht (Urk. 2/6). Dieser führt als "Forderungsurkunde" bzw. "Forderungsgrund" für den Betrag von Fr. 2'412.55 eine "Zedierte Forderung C.____ SA, Konto-Nr. ..., Verlustschein infolge Konkurs vom tt.04.1996" an. Zudem werden ein Verzugsschaden von Fr. 371.20 sowie Betreuungskosten von Fr. 52.60 festgehalten. Weiter reichte die Gesuchstellerin einen Verlustschein infolge Konkurses des Konkursamtes Wülflingen-Winterthur vom 11. April 1996 ein. Darin ist als Schuldnerin A1.____, geboren tt. November 1965, italienische Staatsangehörige, verzeichnet. Als Gläubigerin ausgewiesen ist die C1.____ S.A. (Urk. 2/7).

E. 1.2

Mit Verfügung vom 17. August 2016 forderte die Vorinstanz die Gesuchstellerin auf, das Original des Zahlungsbefehls nachzureichen (Urk. 3 S. 2 E. 1.2, und S. 5, Dispositivziffer 1). Sie hielt dafür, dass im Rechtsöffnungsverfahren das Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels sowie die Frage, ob der Betreibende der Berechtigte und der

Betriebene der Verpflichtete aus dem Titel sei, von Amtes wegen zu prüfen seien. Unter Hinweis auf Art. 56 ZPO erwog die Vorinstanz, die Gesuchstellerin habe einen auf die Schuldnerin "A1._____, tt.11.1965" lautenden Verlustschein ins Recht gelegt, ohne nur schon die Behauptung aufzustellen, dass es sich bei dieser Schuldnerin um die Gesuchsgegnerin handle. Als Gläubigerin sei im Verlustschein die C1.____ S.A. aufgeführt. Diesbezüglich reiche die Gesuchstellerin einen Auszug aus dem Handelsregister sowie einen "ACTE DE CESSION GLOBAL" ein, welcher zwischen der C.____ SA und der Gesuchstellerin geschlossen worden sei, wobei für die C.____ SA zwei Personen unterzeichnet hätten (Unterschrift unleserlich). Inwiefern der von der Gesuchstellerin eingereichte Verlustschein von diesem Rechtsgeschäft betroffen gewesen sei, führe die Gesuchstellerin nicht aus (Urk. 3 S. 3 E. 2.4). Weiter erwog die Vorinstanz, dass weder für den geltend gemachten Verzugsschaden von Fr. 371.22 noch die Betreuungskosten von Fr. 56.20 ein Rechtsöffnungstitel vorliege. Die Gesuchstellerin wurde aufgefordert, ihr Rechtsöffnungsbegehren innert Frist im Sinne von Ziffer 2 der Erwägungen zu verbessern und einen Rechtsöffnungstitel für den betriebenen Verzugsschaden und die betriebenen Betreuungskosten einzureichen (Urk. 3 S. 5, Dispositivziffer 2).

- 5 -

E. 1.3

Mit Eingabe vom 18. August 2016 reichte die Gesuchstellerin das Original des Zahlungsbefehls nach (Urk. 5; Urk. 6/1). Ferner legte sie eine Kopie des Schreibens des Betreibungsamtes Dübendorf vom 26. April 2016 bei, mit welchem dieses das von der Gesuchstellerin am selben Tag eingereichte Betreibungsbegehren wegen angeblichem Wegzug der Schuldnerin nach Volketswil zurückwies (Urk. 6/2, inklusive "Kostenrechnung und Verfügung" und Betreibungsbegehren). Weiter reichte die Gesuchstellerin die "Kostenrechnung und Verfügung" des Betreibungsamtes Volketswil (Urk. 6/3) über Fr. 26.30 ins Recht (Urk. 5; Urk. 6/3).

E. 1.4

In der Folge erwog die Vorinstanz in der Verfügung vom 23. August 2016, mit Verfügung vom 17. August 2016 sei der Gesuchstellerin unter anderem Frist angesetzt worden, um das Rechtsöffnungsbegehren zu verbessern. Dabei sei in Dispositivziffer 2 ausdrücklich Bezug genommen worden auf den gemäss Erwägung 2.5 fehlenden Rechtsöffnungstitel für die betriebenen Betreuungskosten. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Erwägung 2.4 und den fehlenden urkundlichen Nachweis der Legitimation der Gesuchstellerin sei unterblieben. Mit Eingabe vom 18. August 2016 habe die Gesuchstellerin "einen Rechtsöffnungstitel für die betriebenen Betreuungskosten" eingereicht. Da die Aufforderung gemäss Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 17. August 2016 missverständlich gewesen sei, sei die Gesuchstellerin erneut aufzufordern, ihre Legitimation durch Urkunde nachzuweisen und einen entsprechenden Rechtsöffnungstitel einzureichen (Urk. 8 S. 2 E. 1). Die Vorinstanz wies die Gesuchstellerin erneut darauf hin, dass die Rechtsöffnung nur dem durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Gläubiger erteilt werden könne und der Richter die Frage, ob der Betreibende der Berechtigten aus dem Titel sei, von Amtes wegen zu überprüfen habe. Ein allfälliger Rechtsnachfolger des Gläubigers habe deshalb neben der Forderung als solche auch seine Rechtsnachfolge durch Urkunde zu beweisen (mit Hinweis auf Stüchli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 169 ff.). Die C.____ SA sei gemäss Handelsregisterauszug Rechtsnachfolgerin der als Gläubigerin im Verlustschein des

Konkursantes Wülflingen-Winterthur vom 11. April 1996 aufgeführten C1._____ S.A. Die eingereichte Zessionserklärung "ACTE DE CESSION GLOBAL" zwischen der C._____ SA und der Gesuchstellerin sei jedoch nicht datiert und die

- 6 - darauf angebrachten Unterschriften seien unleserlich. Für einen lückenlosen Nachweis ihrer Berechtigung an der betriebenen Forderung habe die Gesuchstellerin deshalb den Forderungsübergang von der C._____ SA an sie nachzuweisen und zu belegen, wann die Abtretung erfolgt und von wem die Abtretungserklärung für die C._____ SA unterzeichnet worden sei (Urk. 8 S. 2 E. 2). Die Vorinstanz setzte der Gesuchstellerin Frist an, um ihr Rechtsöffnungsbegehren zu verbessern (Urk. 8 S. 3, Dispositivziffer 1).

E. 1.5

Mit Eingabe vom 29. August 2016 reichte die Gesuchstellerin eine diesmal auf den 4. Juli 2006 datierte Kopie des "ACTE DE CESSION GLOBAL" ein (Urk. 11/1). Sie hielt fest, dass die Unterschriften auf der Zession von D._____ und E._____ seien (Urk. 10) und reichte einen Handelsregisterauszug der C._____ SA ein, auf welchem die beiden Namen gelb markiert worden waren (Urk. 11/2).

E. 1.6

Mit Verfügung vom 30. August 2016 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren angesetzt (Urk. 12 S. 2, Dispositivziffer 1). Die Gesuchsantwort datiert vom 12. September 2016. Die Gesuchsgegnerin ersuchte um vollumfängliche Abweisung des Rechtsöffnungs- gesuchs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin (Urk. 14 S. 2).

E. 1.7

Mit Verfügung vom 13. September 2016 hielt die Vorinstanz dafür, dass der Gesuchstellerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zu geben sei, zur Eingabe der Gesuchsgegnerin Stellung zu nehmen. Sie habe sich dabei auf die neuen Behauptungen der Gesuchsgegnerin zu beschränken. Die Vorinstanz wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass im Rechtsöffnungsverfahren kein Anrecht auf Replik und Duplik bestehe (mit Hinweis auf Art. 84 Abs. 2 SchKG; Urk. 16 S. 2 E. 2). Entsprechend wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zu den neuen Behauptungen der Gesuchsgegnerin in der Eingabe vom 12. September 2016 Stellung zu nehmen. Die Gesuchstellerin wurde angewiesen, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der Gesuchsgegnerin sie im Einzelnen bestreite, und darauf hingewiesen, dass sie die Beweismittel mit der Stellungnahme einzureichen habe (Urk. 16 S. 2, Dispositivziffer 1).

- 7 -

E. 1.8

Mit Eingabe vom 19. September 2016 beantragte die Gesuchsgegnerin den Widerruf der Verfügung vom 13. September 2016, eventualiter sei die von der Gesuchstellerin im Anschluss an die Verfügung allenfalls erstattete schriftliche "Novenstellungnahme" aus dem Recht zu weisen und bei der Fällung des Rechtsöffnungsentscheids nicht zu berücksichtigen (Urk. 18 S. 2, Anträge). Die Gesuchsgegnerin sah durch die Verfügung vom 13. September 2016 Art. 84 Abs. 2 SchKG und Art. 253 ZPO als verletzt an (Urk. 18 S. 2 f.). Weiter machte sie geltend, die Vorinstanz betreibe durch die Verfügungen vom 17. und 23. August 2016 ein eigentliches "Gläubiger-Coaching" bzw. eine "Rechtsberatung für Gläubiger". Die Verfahrensführung der Vorinstanz sei parteiisch und verletze die

Verhandlungsmaxime sowie das Prinzip der richterlichen Fragepflicht (Urk. 18 S. 4 ff.).

E. 1.9

Mit Eingabe vom 20. September 2016 wiederholte die Gesuchstellerin, dass die Zessionserklärung von D._____ und E._____ unterzeichnet worden sei (Urk. 19). Neue, nicht bereits im Recht liegende Urkunden reichte die Gesuchstellerin nicht ein (Urk. 20/1-5; Urk. 20/5 ist Bestandteil von Urk. 6/2).

E. 1.10

In der Folge wurde der Gesuchsgegnerin die Möglichkeit gegeben, zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 20. September 2016 Stellung zu nehmen (Urk. 21). Der Gesuchstellerin wurde die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 19. September 2016 zur Kenntnis gebracht (Urk. 22). Die Gesuchsgegnerin reichte am 30. Oktober 2016 eine "ergänzende Stellungnahme" ein. Sie erneuerte ihren Antrag, es seien die zusätzliche Eingabe der Gesuchstellerin vom 20. September 2016 ("Novenstellungnahme") sowie die damit eingereichten Beilagen aus dem Recht zu weisen und bei der Fällung des Rechtsöffnungsentscheids nicht zu berücksichtigen (Urk. 23 S. 2), und wiederholte im Wesentlichen die in der Eingabe vom 19. September 2016 bereits gemachten Einwendungen (Urk. 23 S. 2 ff.). Die Eingabe wurde wiederum der Gesuchstellerin zur Kenntnis gebracht (Urk. 24). 2. Am 15. November 2016 fällte die Vorinstanz das eingangs erwähnte Urteil. Sie hielt dafür, gestützt auf das auch im Rechtsöffnungsverfahren zu beachtende Replikrecht, habe die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 12. September 2016 der Gesuchstellerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt und ihr

- 8 - Gelegenheit gegeben werden müssen, sich dazu zu äussern. Ein Grund, die Verfügung vom 13. September 2016 in Wiedererwägung zu ziehen, bestehe nicht. Mit Blick auf die Novenschranke im Rechtsöffnungsverfahren sei der Gesuchsgegnerin jedoch insoweit zuzustimmen, dass die Ausführungen der Gesuchstellerin in deren Eingabe vom 20. September 2016 sowie die damit eingereichten Beilagen nur soweit Beachtung finden dürften, als die neuen Behauptungen und die neuen Unterlagen zur Widerlegung eines nicht zu erwartenden Vorbringens des Schuldners dienen würden. Ursprünglich mangelhafte Eingaben könnten im Rahmen einer Novenstellungnahme nicht verbessert werden. Da die Eingabe der Gesuchstellerin vom 20. September 2016 jedoch identisch sei mit ihrer Eingabe vom 29. August 2016 und sie sämtliche von ihr mit der Eingabe vom 20. September 2016 eingereichten Unterlagen bereits zu einem früheren Zeitpunkt ins Recht gelegt habe, sei die Eingabe ohnehin ohne Bedeutung (Urk. 28 S. 3 f.). Mit Bezug auf die Verletzung von Art. 55 ZPO i.V.m. Art. 255 ZPO und Art. 56 ZPO sowie ihre angebliche parteiische Verfahrensführung erwog die Vorinstanz, die Gesuchstellerin habe mit ihrem Rechtsöffnungsbegehren einen Konkursverlustschein des Konkursamtes Wülflingen-Winterthur vom 11. April 1996 über den Betrag von Fr. 2'412.55 eingereicht. Der Verlustschein sei im Konkurs über die Gesuchsgegnerin zugunsten der C1._____ S.A. ausgestellt worden. Weiter habe die Gesuchstellerin einen "acte de cession global" der C._____ SA eingereicht. Auch wenn es sich bei der Gesuchstellerin um ein Inkassounternehmen handle, erscheine der im Rahmen der richterlichen Fragepflicht ergangene Hinweis auf den mangelden Nachweis der Legitimation in der Verfügung vom 17. August 2015 [recte: 2016] angesichts der Tatsache, dass die Firmen der C1._____ S.A. und der C._____ SA sehr ähnlich seien und eine Verbindung vermuten liessen, gerechtfertigt. Dass es die Gesuchstellerin versäumt habe, zu erklären, wer die Abtre-

tungserklärung unterzeichnet gehabt habe, stelle mit Blick auf Art. 132 ZPO ebenfalls einen Mangel dar. Dieser sollte in Ausübung der richterlichen Fragepflicht im Rahmen einer Nachfrist behoben werden können (Urk. 28 S. 7). Weiter pflichtete die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin darin bei, dass die Ausübung der richterlichen Fragepflicht zurückhaltend erfolgen müsse und nicht dazu führen dürfe, dass das unsorgfältige Prozessieren einer Partei belohnt werde. In der Verfügung

- 9 - von 17. August 2016 habe hingegen das Dispositiv nicht mit den Erwägungen übereingestimmt. In Dispositivziffer 2 sei der fehlende Rechtsöffnungstitel für die betriebenen Betreuungskosten explizit erwähnt, der in den Erwägungen ebenfalls erwähnte urkundliche Nachweis der Legitimation der Gesuchstellerin jedoch nicht erwähnt worden. Da Fehler des Gerichts den Parteien nicht zum Nachteil gereichen dürften, habe die unvollständig und damit missverständlich formulierte Aufforderung an die Gesuchstellerin in Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 17. August 2016 dem Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Art. 52 ZPO entsprechend mit Verfügung vom 23. August 2016 korrigiert werden müssen. Dies habe faktisch dazu geführt, dass die Gesuchstellerin erneut eine Gelegenheit erhalten habe, einen Rechtsöffnungstitel einzureichen. Dieser Umstand werde von der Gesuchsgegnerin zu Recht moniert. Dass die Gesuchstellerin durch den Fehler des Gerichts eine zweite Gelegenheit erhalten habe, um ihr Rechtsöffnungsbegehren zu verbessern, sei höchst bedauerlich. Grund dafür sei jedoch einzig die fehlerhafte Formulierung der gerichtlichen Aufforderung in Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 17. August 2016 gewesen, weshalb darin keine parteiische Bevorzugung der Gesuchstellerin zu sehen sei. Entsprechend werde beim vorliegenden Entscheid auch auf die Eingabe der Gesuchstellerin vom 29. August 2016 mit den dazugehörigen Beilagen abzustellen sein (Urk. 28 S. 7 f.). In der Folge kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Gesuchstellerin mit dem Konkursverlusterschein des Konkursamtes Wülflingen-Winterthur vom 11. April 1996, dem Handelsregisterauszug der C._____ SA vom 24. Mai 2011 und der Globalzession "acte de cession global" vom 4. Juli 2006 über einen provisorischen Rechtsöffnungstitel im Betrag von Fr. 2'412.55 gegenüber der Gesuchsgegnerin verfüge. Mit Bezug auf die geltend gemachten Betreuungskosten von Fr. 56.20 für die laufende Betreuung hielt die Vorinstanz dafür, dass für diese Kosten praxisgemäss von Amtes wegen Rechtsöffnung zu erteilen sei, sofern für die Hauptforderung ein Rechtsöffnungstitel vorliege. Hingegen verneinte die Vorinstanz das Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels für die geltend gemachten Betreuungskosten von Fr. 56.20 für die von der Gesuchstellerin am 26. April 2016 beim Betreibungsamt Dübendorf angehobene Betreuung. Zudem verneinte sie das Vorliegen eines

- 10 - Rechtsöffnungstitels für den verlangten Verzugsschaden von Fr. 371.20 (Urk. 28 S. 12 f.).

E. 2

Eventualiter sei Ziff. 4 des Dispositivs des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 15. November 2016 (EB160300-I) aufzuheben und es sei der Beschwerdegegnerin für das vorinstanzliche Rechtsöffnungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin;" Mit Verfügung vom 22. November 2016 wurde der prozessuale Antrag der Gesuchsgegnerin, ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, abgewiesen (Urk. 27 S. 2; Urk. 31 S. 4, Dispositivziffer 1). Die Gesuchsgegnerin hat einen Kostenvorschuss von Fr. 450.– geleistet (Urk. 31 S. 5, Dispositivziffer 2,

- 3 - und Urk. 32). Die Beschwerdeantwort datiert vom 12. Januar 2017 (Urk. 38). Sie wurde der Gesuchsgegnerin samt Beilage zur Kenntnis gebracht (Prot. S. 6).

E. 3

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1). Neue Anträge, neue Tatsachenaussagen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. II.

E. 3.1

Die Gesuchsgegnerin rügt eine Verletzung von Art. 84 Abs. 2 SchKG und Art. 253 ZPO. Die Vorinstanz habe ihrem Entscheid das Rechtsöffnungsgesuch vom 29. Juli 2016, die Eingaben der Gesuchstellerin vom 17. August 2016, vom 29. August 2016 und vom 20. September 2016 sowie sämtliche von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen zugrunde gelegt. Dieses Vorgehen stelle eine Verletzung der novenrechtlichen Schranken dar. Die Vorinstanz hätte, so die Gesuchsgegnerin, ihren Entscheid nur auf der Basis des ursprünglichen Rechtsöffnungsgesuchs vom 29. Juli 2016, den entsprechenden Beilagen sowie des nachträglich eingereichten Originals des Zahlungsbefehls des Betreibungsamtes Volketswil fällen dürfen. Insbesondere die Berücksichtigung der erstmals in der Eingabe vom 20. September 2016 vorgebrachten (neuen) Tatsache, dass die Zessionserklärung "acte de cession global" von D._____ und E._____ unterzeichnet worden sei, verletze die novenrechtlichen Prinzipien. Durch dieses Vorgehen habe die Vorinstanz den Sachverhalt willkürlich festgestellt. Hätte sie die novenrechtlichen Schranken berücksichtigt und den Sachverhalt korrekt festgestellt, hätte sie zum Schluss kommen müssen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht rechtswirksam von der C._____ SA an die Gesuchstellerin abgetreten worden und die Gesuchstellerin nicht zur Geltendmachung der Forderung aktivlegitimiert sei (Urk. 27 S. 9 ff.).

E. 3.2

Gemäss Verhandlungsgrundsatz haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Das Pendant zum Verhandlungsgrundsatz bildet der in Art. 55 Abs. 2 ZPO enthaltene Untersuchungsgrundsatz, wonach die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt feststellt und die Beweise erhebt. Im Rechtsöffnungsverfahren gilt – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin (Urk. 27 S. 15) – nicht ausschliesslich die Verhandlungsmaxime. Vielmehr hat das Gericht bestimmte Tatsachen von Amtes wegen zu untersuchen. Die Lehre spricht von einem "beschränkten" Untersuchungsgrundsatz (vgl. zum Ganzen: Dominique Müller/Dominik Vock, Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im

- 11 - Rechtsöffnungsverfahren, ZZZ 2016, S. 130; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 50). Der Rechtsöffnungsrichter hat insbesondere von Amtes wegen zu prüfen, ob ein Rechtsöffnungstitel vorliegt (BGer 5A_746/2015 vom 18. Januar 2016, E. 4.2) und ob der Betreibende und der auf dem Rechtsöffnungstitel genannte Gläubiger identisch sind (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 50; Dominique Müller/Dominik Vock, a.a.O., S. 131). Damit hat der Richter auch eine allfällige Zession von Amtes wegen zu überprüfen (vgl. hierzu BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 73; Stücheli, a.a.O., S. 173). Im summarischen Verfahren ist gemäss Art. 253 ZPO von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Ein weiterer Schriftenwechsel, also das Erstellen einer Replik und einer Duplik, ist nicht vorgesehen. Anders als im ordentlichen Verfahren, in welchem sich die Parteien grundsätzlich zweimal uneingeschränkt äussern können, kommt ihnen diese Gelegenheit im summarischen Verfahren lediglich einmal zu. Die Parteien haben folglich ihre Vorbringen, d.h. die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, grundsätzlich abschliessend im Gesuch bzw. der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig. Trotz den Einschränkungen im summarischen Verfahren sind Eingaben aufgrund des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 53 Abs. 1 ZPO) der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen und es ist ihr die Möglichkeit zu gewähren, Stellung zu nehmen. Hingegen kann die Novenschanke mit auf dieses sog. "ewige" Replikrecht gestützten Ausführungen weder umgangen noch verschoben werden (vgl. OGer ZH LF140087 vom 16. Dezember 2014, E. 7 mit Hinweisen auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung, bestätigt in OGer ZH LF160046 vom 14. September 2016, E. 3.1, sowie BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1 mit Hinweisen). Gestützt auf die gerichtliche Fragepflicht vorgebrachte Ergänzungen oder Erweiterungen der Angriffs- und Verteidigungsmittel dürfen so lange berücksichtigt werden, wie diese unbeschränkt vorgebracht werden dürfen, das heisst bis zum von der Eventualmaxime festgesetzten Zeitpunkt, dem Akten- bzw. Novenschluss. Mit anderen Worten kann die Eventualmaxime nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. Bot-

- 12 - schaft ZPO, S. 7341) nicht über die gerichtliche Fragepflicht umgangen werden (Klingler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 252 N 2; Sutter-Somm/Grieder, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 56 N 36 mit Hinweis auf eine andere Meinung von Oberhammer in, KUKO ZPO, Art. 56 N 12; BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3). Im Bereich der Untersuchungsmaxime sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO).

E. 3.3

Die Vorinstanz hat mit den Verfügungen vom 17. und 23. August 2016 der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um für den betriebenen Verzugsschaden und die betriebenen Betreuungskosten des Betreibungsamtes Dübendorf einen Rechtsöffnungstitel einzureichen (Urk. 3 S. 5, Dispositivziffer 2) sowie um die Behauptungen betreffend ihre Legitimation als Gläubigerin aus dem Konkursverlustschein des Konkursamtes Wülflingen-Winterthur vom 11. April 1996 zu ergänzen und mittels (zusätzlicher) Urkunden zu belegen (Urk. 3 S. 3, E. 2.4, und S. 5, Dispositivziffer 2; Urk. 8 S. 2 f.). Die Gesuchstellerin machte in ihren Eingaben vom 18. August 2016 (Urk. 5), 29. August 2016 (Urk. 10) und 20. September 2016 (Urk. 19) nur Ausführungen zu einem allfälligen Rechtsöffnungstitel für die betriebenen Kosten des Betreibungsamtes Dübendorf und zur

Zession des Konkursver- lustscheines. Auch die eingereichten Beilagen bezogen sich - sofern sie über- haupt neu waren - auf diese zwei Punkte (Urk. 6/1-3; Urk. 11/1-2; Urk. 20/1-5). Diesbezüglich trat die Novenschanke, wie vorangehend dargelegt (vgl. E. 3.2), erst im Zeitpunkt der Urteilsberatung ein. Die Vorinstanz durfte alle bis zu diesem Zeitpunkt gemachten Behauptungen und eingereichten Urkunden und damit sämtliche Eingaben der Gesuchsgegnerin berücksichtigen. Eine Verletzung von Art. 84 Abs. 2 SchKG und Art. 253 ZPO ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt auch nicht dadurch offensichtlich falsch festgestellt, dass sie die Behauptung der Gesuchstellerin, die Zession sei durch D._____ und E._____ un- terzeichnet worden, berücksichtigte (Urk. 27 S. 12 ff.). Kommt hinzu, dass der Einwand der Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin habe in ihrer Eingabe vom 20. September 2016 erstmals vorgebracht, die Zessionserklärung "acte de cessi- on global" sei von D._____ und E._____ unterzeichnet worden (Urk. 27 S. 12), fehl geht. Die Gesuchsgegnerin hat bereits in der Eingabe vom 29. August 2016

- 13 - vorgebracht, die Unterzeichner der Zessionserklärung seien D._____ und E._____ (Urk. 10; "Die Unterschriften des Zessions sind D._____ und E._____"). Die Vorinstanz nimmt denn in ihrer Erwägung 3.1.11 (vgl. Urk. 28) auch Bezug auf die Urkunde 10 und nicht auf die Urkunde 18. Entgegen den Behauptungen der Gesuchsgegnerin stützt sie sich gerade nicht auf die (angeblich neuen) Be- hauptungen in der Eingabe vom 20. September 2016 (Urk. 18). Die Rüge der Ge- suchsgegnerin ist unbegründet. 4.1. Weiter rügt die Gesuchsgegnerin eine Verletzung der richterlichen Fra- gepflicht (Art. 56 ZPO) sowie der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO). Sie macht geltend, die Gesuchstellerin gehöre zu den grössten Schweizer Inkassounter- nehmen und dürfte jedes Jahr tausende von Inkasso- und Rechtsöffnungsverfah- ren führen. Als professionelle Dienstleisterin im Inkassobereich sollte sie in der Lage sein, ein Rechtsöffnungsgesuch von Anfang an korrekt zu verfassen und mit den erforderlichen Beweismitteln zu dokumentieren. Es habe daher kein Anlass und keine Rechtfertigung dafür bestanden, dass die Vorinstanz die Gesuchstelle- rin lehrbuchartig und checklistenhaft über das Funktionieren des Rechtsöffnungs- verfahrens belehrt und ihr wiederholt Frist angesetzt habe, um das Rechtsöff- nungsgesuch immer wieder zu verbessern und zu ergänzen. Da die Gesuchstelle- rin ein professionelles Inkassounternehmen sei, habe namentlich kein Anlass da- zu bestanden, sie über die Thematik des Nachweises der Legitimation zu behel- ren und weitere Nachweise zur Zessionskette einzufordern. Durch die unkorrekte Ausübung der richterlichen Fragepflicht habe die Vorinstanz die unsorgfältige Prozessführung der Gesuchstellerin belohnt. Die Vorinstanz hätte sich, so die Gesuchsgegnerin weiter, bei der Ausübung ihrer richterlichen Fragepflicht darauf beschränken müssen, das Original des Zahlungsbefehls einzufordern. Alle weite- ren Belehrungen sowie die umfassenden Informationen zur Rechts- und Beweis- lage, welche die Vorinstanz erteilt habe, müssten als eigentliches "Gläubiger- Coaching" sowie kostenlose Rechtsberatung für Gläubiger angesehen werden. Mit dieser Verfahrensführung habe die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht so- wie die Verhandlungsmaxime verletzt (Urk. 27 S. 15 ff.).

- 14 - 4.2. Wie bereits dargelegt, gilt mit Bezug auf die Fragen, ob ein Rechtsöff- nungstitel vorliegt und ob der Betreibende und der auf dem Rechtsöffnungstitel genannte Gläubiger identisch sind, die Untersuchungsmaxime. Da das Gericht aufgrund seiner eingeschränkten Untersuchungsmöglichkeiten auf die Parteivor- bringen zwingend angewiesen ist, hat der Gesuchsteller jedoch trotz Geltung der Untersuchungsmaxime die Tatsachen vorzubringen und Beweismittel zu nennen, welche für eine vom Rechtsöffnungsgericht von Amtes wegen

zu klärende Frage relevant sind. Die gerichtliche Sachverhaltsermittlung beschränkt sich im Rechts- öffnungsverfahren im Geltungsbereich der "beschränkten" Untersuchungsmaxime somit auf eine allenfalls etwas verstärkte richterliche Fragepflicht bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen (Art. 56 ZPO). Mittels entsprechender Fragen versucht das Gericht dabei, die relevanten Sachverhaltsangaben in Erfahrung zu bringen und die nötigen Beweise zu erheben (vgl. zum Ganzen: Dominique Müller/Dominik Vock, a.a.O., S. 132). Die gerichtliche Fragepflicht ist aufgrund des summarischen Verfahrens und der fehlenden Rechtskraft sowie der Tatsache, dass es sich beim Rechtsöffnungsverfahren weitgehend um einen Urkundenprozess handelt, somit insoweit eingeschränkt, als der Richter nicht - bzw. nur beschränkt (vgl. hierzu OGer ZH RT120112 vom 23. Oktober 2012, E. 4.1.2 und 4.2) - verpflichtet ist, von Amtes wegen Aktenergänzungen anzuordnen und fehlende Unterlagen einzuholen (vgl. hierzu BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 50 f.). Dies hindert ihn hingegen nicht daran, Tatsachen, welche dem Untersuchungsgrundsatz unterstehen, zu erfragen und die zu ihrer Belegung notwendigen Beweise zu erheben.

4.3. Die Gesuchstellerin hat in ihrem Gesuch vom 29. Juli 2016 auf den sich in ihrem Besitz befindlichen Verlustschein vom 11. April 1996 des Konkursamtes Wülflingen-Winterthur, welcher eine anerkannte Forderung über Fr. 2'412.55 ausweist, verwiesen (Urk. 1). Der Verlustschein stellt einen provisorischen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 265 Abs. 1 SchKG dar. Er wurde von der Gesuchstellerin ins Recht gelegt. Als Gläubigerin wies der Verlustschein die C1._____ S.A. aus (Urk. 2/7). Diesbezüglich führte die Gesuchstellerin an, der Verlustschein sei ihr von der C._____ SA zediert worden (Urk. 1). Bei den eingereichten Unterlagen befand sich sodann ein Handelsregis-

- 15 - terauszug der C._____ SA, Stand 24. Mai 2011 (Urk. 2/4). Aus dem Auszug war ersichtlich, dass die C1._____ S.A. Ende Juni 2003 in C._____ SA umfirmiert worden war. Weiter reichte die Gesuchstellerin die Zessionserklärung der C._____ SA ein, welche sie als Zessionarin auswies (Urk. 2/2; "ACTE DE CESSION GLOBAL"). Gemäss der Erklärung zedierte die C._____ SA der Gesuchstellerin 26'630 Forderungen ("créances") im Totalbetrag von Fr. 17'545'119.88 gemäss vier angehängten Namenslisten ("selon 4 listes nominatives annexées"). Im Recht lag sodann eine als "Classeur ..." bezeichnete Seite 87, auf welcher die Zeile "..., A1._____, ... Winterthur, 2'412.55" gelb markiert worden war und welche von denselben Personen wie der "ACTE DE CESSION GLOBAL" unterzeichnet war (Urk. 2/3). Auf dem Konkursverlustschein war die "Konto Nr. ..." als Forderungstitel vermerkt worden (Urk. 2/7). Es wurde bereits dargelegt, dass sich die mit den Verfügungen vom 17. und 23. August 2016 von der Vorinstanz eingeholten Ergänzungen und Urkunden auf die Fragen des Vorliegens eines Rechtsöffnungstitels für den betriebenen Verzugsschaden und die betriebenen Betreuungskosten des Betreibungsamtes Dübendorf sowie die Gläubigerstellung der Gesuchstellerin bezogen. Man kann sich fragen, ob die Vorinstanz aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der Gesuchstellerin um ein Inkassounternehmen handelt (Urk. 18 S. 5; Urk. 27 S. 16; Urk. 28 S. 7), verpflichtet gewesen wäre, nachzufragen und weitere Unterlagen einzufordern. Hingegen war ihr dies nicht verwehrt (vgl. vorangehend E. 4.2). Die Vorinstanz durfte der Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang die Rechts- und Beweislage detailliert aufzeigen und sie zur Darlegung der weiteren notwendigen Sachverhaltselemente und zur Einreichung von Beweisurkunden auffordern. Die Vorinstanz hat durch dieses Vorgehen nicht partiell gehandelt. Eine Verletzung der Fragepflicht liegt nicht vor. Ebenso wenig wurde die Verhandlungsmaxime missachtet. Die Annahme, die Vorinstanz hätte ihre

Fragepflicht wohl zurückhaltender ausgeübt, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hätte, anstatt dass das Verfahren schriftlich durchgeführt wurde (Urk. 27 S. 17), ist eine reine Mutmassung. Sie ändert nichts daran, dass die Vorinstanz im vorgenommenen Umfang fragen durfte. Die Rüge der Gesuchsgegnerin ist unbegründet.

- 16 - 5.1. Die Gesuchstellerin wendet sodann ein, sie habe in der Stellungnahme vom 12. September 2016 darauf hingewiesen, dass die Gesuchstellerin nicht bewiesen habe, dass es sich bei den zwei Unterschriften des "acte de cession global" tatsächlich um die echten Unterschriften von zwei gemäss Handelsregister zeichnungsberechtigten Personen der C._____ SA handle. Da sie die Echtheit der Unterschriften bestritten habe, hätte die Gesuchstellerin beglaubigte Kopien der Unterschriftenmuster, welche beim Handelsregisteramt hinterlegt seien, als Beweismittel beibringen müssen. Die Vorinstanz habe, obwohl die Gesuchstellerin diese Unterschriftenmuster nicht beigebracht habe, bei der Entscheidfindung unbesehen auf die unbewiesene Sachverhaltsdarstellung der Gesuchstellerin abgestellt (Urk. 27 S. 13). 5.2. Gestützt auf die vom Gläubiger vorgelegten Urkunden spricht der Richter die provisorische Rechtsöffnung aus, sofern der Schuldner nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Wenn der Betriebene die Echtheit der Unterschriften der Stellvertreter auf der Zessionsurkunde bestreitet, so muss er - und damit vorliegend die Gesuchsgegnerin - die Fälschung glaubhaft machen. Denn die vom Gläubiger vorgelegte Urkunde kommt in dem vom Gesetzgeber gewollten System der provisorischen Rechtsöffnung zumindest dann, wenn sie nicht von vorneherein verdächtig erscheint, in den Genuss der (tatsächlichen) Vermutung, dass die in ihr aufgeführten Tatsachen der Wahrheit entsprechen und dass die angebrachten Unterschriften echt sind. So spricht der Richter die provisorische Rechtsöffnung aus, wenn die Fälschung nicht unverzüglich glaubhaft gemacht wird. Um den Richter zu überzeugen, kann sich der Betriebene nicht damit begnügen, die Echtheit der Unterschrift zu bestreiten; er muss mit Urkunden oder anderen sofort verfügbaren Beweismitteln nachweisen, dass eine Fälschung der Unterschrift wahrscheinlicher ist als deren Authentizität (BGE 132 III 140 = Pra 95 [2006] Nr. 133, E. 4.1.2 mit Hinweisen). 5.3. Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid in Anwendung der zitierten Rechtslage zutreffenderweise zum Schluss gelangt, die Gesuchsgegnerin habe die Einwendung, es sei unklar, ob die Unterschriften auf der Zessionserklärung

- 17 - echt seien, nicht glaubhaft gemacht. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden (Urk. 28 S. 11 f.). Die Rüge der Gesuchstellerin ist auch in diesem Punkt unbegründet.

E. 6

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Gesuchsgegnerin gegen die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung erhobenen Rügen unbegründet sind. Die Beschwerde gegen Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids ist abzuweisen. 7.1. Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 70.- zu (Urk. 27 S. 13 und S. 14, Dispositivziffer 4). Die Gesuchsgegnerin beantragt die Aufhebung von Dispositivziffer 4. Sie rügt, die Gesuchstellerin habe sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht anwaltlich vertreten lassen. Sie habe das Verfahren selbst geführt. Mangels entsprechender Parteikosten könne sie daher keine - auch nicht eine reduzierte - Parteientschädigung beanspruchen (Urk. 27 S. 2, Eventualantrag Ziffer 2, und S. 19). 7.2. Prozessiert eine Partei ohne berufsmässige Vertretung, so hat sie neben dem Ersatz

notwendiger Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO) nur in begründeten Fällen Anspruch auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Dass einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf einer besonderen Begründung (BGer 4A/192/2016 vom 22. Juni 2016, E. 8.2, mit Hinweis auf BGer 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2 und BGer 5D_229/2011 vom 6. April 2012, E. 3.3). 7.3. Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz eine angemessene Entschädigung für Auslagen und Zeitversäumnis geltend (Urk. 1 S. 2). Sie unterliess es jedoch, auch nur ansatzweise darzutun, worin ihre Auslagen bestanden und wie hoch diese ausfielen. Auch zu den angeblichen "Zeitversäumnissen" äusserte sie sich nicht weiter. Mangels genügender Behauptungen ist ihr daher keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Die Rüge der Gesuchstellerin ist begründet. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen. Dispositivziffer 4 des angefochtenen Entscheids ist aufzuheben. Es ist der Gesuchstellerin für das erstin-

- 18 - stanzliche Verfahren keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). III. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 48 i.V.m. § 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen. Aufgrund des fast vollständigen Unterliegens der Gesuchsgegnerin rechtfertigt es sich, ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerin hat im Beschwerdeverfahren keinen Antrag auf Zuspprechung einer Umtriebsentschädigung gestellt. Der Gesuchsgegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie unterliegt. Es wird erkannt:

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