

# ZH\_OBERGERICHT RT220051 vom 27. Mai 2022

ZH Obergericht, 2022-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT220051](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT220051)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT220051 du 27 mai 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT RT220051 del 27 maggio 2022

## Erwägungen

### E. 2

Sollten wir nach Vorliegen des Entscheids im Geschäft-Nr. RT220012-O/K01/Im an der vorliegenden Beschwerde festhalten, sei das Urteil vom 21.02.2022 des Bezirksgerichts Winterthur, Geschäfts- Nr. EB220013-K/U/br aufzuheben.

- 3 -

### E. 2.1

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1

- 4 - ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Beschwerde konkret dargelegt werden muss, was genau am erstinstanzlichen Entscheid unrichtig sein soll. Pauschale Verweisungen auf Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren oder eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage ohne Bezug zu den vorinstanzlichen Erwägungen genügen nicht, sondern die Beschwerde muss sich mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz konkret und im Einzelnen auseinandersetzen (vgl. BGer 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, und BGer 5A\_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1; je mit Hinweis auf BGE 138 III 374 = Pra 102 [2013] Nr. 4, E. 4.3.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden (BGE 147 III 176 E. 4.2.1 m.w.H.).

### E. 2.2

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren nicht mehr zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr nachgeholt werden. Das umfassende Novenverbot gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven und entspricht dem Charakter des Rechtsmittels: Es geht nicht um eine Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 326 N 3 f.). 3. Die Vorinstanz erwog im Urteil vom 21. Februar 2022 nach Ausführungen zum Prozessverlauf (Urk. 11 Erw. I.1 ff.), dass mit dem Verlustschein des Betriebungsamtes Zell-Turbenthal vom 14. Juli 2015 (Urk. 3/1) grundsätzlich ein Titel vorliege, der zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige (Art. 82 SchKG in Verbindung mit Art. 115 Abs. 1 und Art. 149 Abs. 2 SchKG; Urk. 11 Erw. II.1.1 f.). Die Identität der Parteien sei von Amtes wegen zu prüfen, weshalb ein allfälliger Rechtsnachfolger des Gläubigers neben der Forderung als solche auch seine Rechtsnachfolge durch Urkunden zu beweisen habe (Urk. 11 Erw. II.2.1 f. m.H.). Aus den

eigereichten Unterlagen gehe hervor, dass die ehemalige Gläubigerin des Verlustscheins vom 14. Juli 2015 – die C.\_\_\_\_\_ AG – am 27. Juni 2016 infol-

- 5 - ge Fusion alle Aktiven und Passiven auf die D.\_\_\_\_\_ AG übertragen habe (Urk. 3/5), worauf diese am 10. Oktober 2017 ihre gesamte Forderung gegen die Ge- suchsgegnerin an die Gesuchstellerin zediert habe (Urk. 3/6). Indessen bleibe trotz mehrfacher Aufforderung (Urk. 4 und Urk. 7) unklar, ob der genannte Ver- lustschein (mittels Übertragungsvertrag im Sinne von Art. 70 f. FusG) effektiv auf die D.\_\_\_\_\_ AG übertragen worden sei resp. ob die D.\_\_\_\_\_ AG zur später er- folgten Zession der streitgegenständlichen Forderung an die Gesuchstellerin be- rechtigt gewesen sei. Daran änderten insbesondere auch die von der Gesuchstel- lerin ins Recht gereichten diversen Rechtsöffnungsentscheide anderer Gerichte (Urk. 6/1 ff.) nichts, handle es sich dabei doch um andere Forderungen (Urk. 11 Erw. II.2.3). Der Gesuchstellerin misslinge somit der Nachweis ihrer Gläubiger- stellung, weshalb das Rechtsöffnungsbegehren offensichtlich unbegründet und folglich androhungsgemäss abzuweisen sei (Urk. 11 Erw. II.3). 4. Die Gesuchstellerin macht in ihrer Beschwerde vom 1. März 2022 im Wesentlichen geltend, der zu Gunsten der früheren Gläubigerin C.\_\_\_\_\_ AG aus- gestellte Verlustschein Nr. 1 vom 14. Juli 2015 sei später infolge Fusion vom 6. Juni 2016 von der C.\_\_\_\_\_ AG auf die D.\_\_\_\_\_ AG übergegangen. Am 10. Okto- ber 2017 habe die D.\_\_\_\_\_ AG den fraglichen Verlustschein dann an die A.\_\_\_\_\_ AG zediert. In ihrer vor Vorinstanz erfolgten Stellungnahme vom 28. Januar 2022 zum vorinstanzlichen Schreiben vom 18. Januar 2022 habe sie – die Gesuchstel- lerin – die Position vertreten, dass wenn die D.\_\_\_\_\_ AG zufolge Fusion sämtli- che Aktiven und Passiven übernommen habe, dies logischerweise auch für den fraglichen Verlustschein gelte. Dieser Meinung würden sich auch verschiedene andere Gerichte in der Schweiz anschliessen, die in Angelegenheiten mit identi- scher Thematik allesamt Rechtsöffnung erteilt hätten (Urk. 10 S. 1 f. mit Hinweis auf Urk. 13/4 ff., vgl. auch Urk. 6/1 ff.). Die Rechtsanwendung und die Feststel- lung des Sachverhalts durch die Vorinstanz widerspreche jeglicher Logik und of- fensichtlich auch der Praxis und Rechtsauffassung vieler anderer Gerichte. Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie den Nachweis in Bezug auf die lückenlose Zessionskette von der C.\_\_\_\_\_ AG zur A.\_\_\_\_\_ AG rechtsge- nügend erbracht habe (Urk. 10 S. 2).

- 6 -

### **E. 3**

Der Beschwerdeführerin A.\_\_\_\_\_ AG sei in der Betreuung Nr. 2, Zah- lungsbefehl vom 12.10.2021, des Betreibungsamts Zell-Turbenthal die Rechtsöffnung für den geforderten Betrag von CHF 6'631.80 zu ge- wahren.

### **E. 4**

Die erstinstanzlichen Kosten des Bezirksgerichts Winterthur von CHF 300.00 seien der Schuldnerin und Beschwerdegegnerin, B.\_\_\_\_\_, aufzuerlegen.

### **E. 5**

Der Beschwerdeführerin sei eine Umtriebsentschädigung von CHF 150.00 zuzusprechen.

### **E. 5.1**

Die Beschwerde ist begründet: Die Fusion von Gesellschaften ist im 2. Kapitel des Fusionsgesetzes in den Art. 3 ff. geregelt. Ein Hauptmerkmal der Fusion ist, dass mit dem Eintrag ins Handelsregister alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von

Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft übergehen (Art. 22 Abs. 1 FusG). Die Universalsukzession erfasst die Gesamtheit der Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft, und zwar unabhängig davon, ob die einzelnen Aktiven und Passiven auch bekannt sind. Einzelne Vermögensbestandteile können nicht etwa durch Vertrag vom Rechtsübergang ausgeschlossen werden. Ein sog. «cherry picking» ist im Rahmen einer Fusion im Gegensatz zur Vermögensübertragung unzulässig (BSK FusG-Tschäni/Gaberthüel/Erni, Art. 22 N 7 m.w.H.). Der Übertragungsvertrag, wie ihn die Vorinstanz von der Gesuchstellerin verlangte (vgl. Urk. 11 Erw. II.2.3), stellt hingegen das Kernstück der Vermögensübertragung nach den Art. 69 ff. FusG dar (5. Kapitel). Im Gegensatz zur Fusion werden bei der Vermögensübertragung nur das Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven von einem Rechtsträger auf einen anderen übertragen (Art. 69 Abs. 1 FusG). Das betroffene Vermögen mit Aktiven und Passiven ist im Übertragungsvertrag aufzuführen (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG).

### **E. 5.2**

Gemäss dem gerichtsnotorischen Handelsregisterauszug ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)) der D.\_\_\_\_\_ AG übernahm diese mit Fusionsvertrag vom 6. Juni 2016 und Bilanz per 31. Dezember 2015 (sämtliche) Aktiven und Passiven der C.\_\_\_\_\_ AG. Der Handelsregisterauszug der C.\_\_\_\_\_ AG bestätigt die Fusion mit der D.\_\_\_\_\_ AG und die Löschung der vollständig übernommenen C.\_\_\_\_\_ AG. Wie oben ausgeführt, bedarf die Fusion keines Übertragungsvertrags nach Art. 71 FusG, findet doch eine Universalsukzession statt. Da einzelne Aktiven oder Passiven von der Rechtsübertragung nicht ausgenommen werden können, ist demzufolge belegt, dass auch die Forderung der C.\_\_\_\_\_ AG gegenüber der Gesuchsgegnerin (Pfändungsverlustschein Nr. 1 des Betreibungsamtes Zell-Turbenthal vom 14. Juli 2015; Urk. 3/1) durch Fusion auf die D.\_\_\_\_\_ AG überging. Die D.\_\_\_\_\_ AG war somit berechtigt, die Forderung mittels Vertrag vom 10. Oktober 2017 an die A.\_\_\_\_\_ AG zu zedieren (vgl. Urk. 3/6). Es bestehen daher keine

- 7 - Zweifel an der Gläubigerstellung der Gesuchstellerin, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

### **E. 5.3**

Soweit die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gutheisst, hebt sie den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück oder sie entscheidet neu, wenn die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall, da sich das Rechtsöffnungsgesuch nicht als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist und die Vorinstanz keine Stellungnahme der Gesuchsgegnerin einholte (Urk. 11 S. 2; vgl. auch Art. 253 ZPO). Dies kann aufgrund des im Beschwerdeverfahren zur Anwendung gelangenden umfassenden Novenverbots (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO sowie oben Erw. 2.2) nicht nachgeholt werden. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird das Verfahren fortzusetzen und einen neuen Entscheid zu fällen haben.

### **E. 6**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens seien auf [die] Staatskasse zu nehmen, ggf. der Schuldnerin und Beschwerdegegnerin aufzuerlegen." 1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1 - 9). Mit Verfügung vom 9. März 2022 (Urk. 14) wurde das Sistierungsgesuch der Gesuchstellerin abgewiesen. Zudem wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 450.00

angesetzt, welcher mit Valuta 23. März 2022 fristgerecht einging (Urk. 15). Mit Verfügung vom 29. März 2022 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 16). Mit Eingabe vom 6. April 2022 (Datum des Poststempels), eingegangen am 7. April 2022, reichte die Gesuchsgegnerin komplementarlos Kopien folgender Unterlagen ein: Ein an sie gerichtetes Schreiben der Gesuchstellerin vom 21. Oktober 2021, ein von der Gesuchstellerin vorformuliertes und von der Gesuchsgegnerin mit Datum vom 17. März 2022 ausgefülltes Formular, gemäss welchem sie gegenüber der Gesuchstellerin den Rückzug des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamts Zell-Turbenthal (Zahlungsbefehl vom 12. Oktober 2021; Urk. 3/7) erklärt, sowie eine von ihr ebenfalls mit Datum vom 17. März 2022 unterzeichnete, von der Gesuchstellerin vorformulierte Ratenzahlungsvereinbarung (Urk. 17; vgl. auch Urk. 3/8). Die Gesuchstellerin leistete mit Valuta 10. Mai 2022 unaufgefordert einen weiteren Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 450.00 (Urk. 18), in welcher Hinsicht von einer versehentlichen Doppelzahlung auszugehen ist (vgl. dazu nachfolgend unter Erw. 6.2). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### **E. 6.1**

Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzulegen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, das heisst vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; OGer ZH RT200074-O vom 16.07.2020, E. 4 m.H.).

### **E. 6.2**

Ausgehend von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 6'631.80 sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.00 festzusetzen. Sodann ist vorzumerken, dass die Gesuchstellerin mit Valuta 23. März 2022 einen Kostenvorschuss in der genannten Höhe geleistet hat (Urk. 15). Die Verteilung der Gerichtskosten ist der Vorinstanz zu überlassen. Der mit Valuta 10. Mai 2022 versehentlich ein zweites Mal geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 450.00 (Urk. 18) ist der Gesuchstellerin zurückzuerstatten.

### **E. 6.3**

Die Zusprechung und Verteilung von Parteientschädigungen für das Beschwerdeverfahren fällt ausser Betracht. Die nicht anwaltlich vertretene Gesuchstellerin legt nicht dar, inwiefern ein begründeter Fall für die von ihr beantragte Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegen sollte

- 8 - (vgl. BGer 4A\_233/2017 vom 28. September 2017, E. 4.1 m.H.). Abgesehen davon, dass nicht von einem erheblichen Aufwand der Gesuchsgegnerin auszugehen ist, hat diese ihrerseits keinen Antrag auf Umtriebsentschädigung gestellt. Es wird beschlossen:

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