

# ZH\_OBERGERICHT RT220074 vom 13. September 2022

ZH Obergericht, 2022-09-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT220074](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT220074)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT220074 du 13 septembre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT RT220074 del 13 settembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil vom 20. Januar 2022 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf-Nord (Zahlungsbefehl vom 19. Januar 2021) definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 19'501.– (Urk. 26 S. 17 = Urk. 33 S. 17). Hiergegen erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 11. April 2022 innert Frist (vgl. Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO und Urk. 30/1) Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 32 S. 2): "1. Es sei das Urteil des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 20. Januar 2022 vollumfänglich aufzuheben und es sei das Gesuch um definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf-Nord (Zahlungsbefehl vom 19. Januar 2021) im geltend gemachten Betrag von Fr. 19'501.00 abzuweisen.

### E. 1.1

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner sei mit Schreiben vom 6. Januar 2022 darauf hingewiesen worden, dass er zehn Tage ab Zustellung des Schreibens Zeit habe, um zu den Noven Stellung zu nehmen. Bei Säumnis werde das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt. Der Gesuchsgegner habe dieses Schreiben am 7. Januar 2022 entgegen genommen, womit die Frist zur Stellungnahme am 17. Januar 2022 abgelaufen sei. Zwar habe der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 17. Januar 2022 zu den allfälligen Noven Stellung genommen, jedoch datiere der Poststempel vom 18. Januar 2022. Damit sei die Eingabe des Gesuchsgegners vom 17. Januar 2022 zu spät erfolgt, weshalb diese nicht berücksichtigt werde (Urk. 33 S. 6).

### E. 1.2

Der Gesuchsgegner macht geltend, es sei aktenwidrig, dass die Eingabe vom 17. Januar 2022 am 18. Januar 2022 der Post aufgegeben worden sei. Es handle sich offensichtlich um ein Versehen des Gerichts. Das zur Eingabe vom 17. Januar 2022 gehörende Couvert befinde sich nicht in den Akten, welche dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners im Rahmen der Akteinsicht zugestellt worden seien. Aus der Aufgabenbestätigung ergebe sich jedoch, dass die Postaufgabe bei der Post B. \_\_\_\_\_ (My Post 24) am 17. Januar 2022 um 21.39 Uhr erfolgt

- 5 - sei. Die Stellungnahme hätte von der Vorinstanz deshalb berücksichtigt werden müssen (Urk. 32 Rz. 8).

### E. 1.3

Aus der Sendungsnummer des Couverts (Urk. 42) der Eingabe des Gesuchsgegners vom 17. Januar 2022 (Urk. 24) und deren Nachverfolgung auf dem Internetportal der Post ergibt

sich, dass die Eingabe am 17. Januar 2022 um 21.39 Uhr aufgegeben wurde. Dasselbe ergibt sich auch aus den mit der Beschwerde neu beigebrachten Belegen (Urk. 35/4–5), welche als ausnahmsweise zulässige Noven zu betrachten sind (vgl. BGer 5A\_448/2020 vom 18. Februar 2021, E. 2.4.5, und vorne, E. II. 2). Damit erfolgte die Eingabe – wie der Gesuchsgegner zu Recht vorbringt – rechtzeitig (vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die Rüge ist damit grundsätzlich begründet. In seiner Eingabe vom 17. Januar 2022 nahm der Gesuchsgegner zunächst zu den von der Gesuchstellerin eingereichten Kontoblättern (Urk. 21/9–14) und den diesbezüglichen von ihr aufgestellten Behauptungen (Urk. 20 S. 1) Stellung (Urk. 24 Rz. II. 1.1–1.6). Da diese Vorbringen der Gesuchstellerin unzulässige Noven und daher unbeachtlich sind (dazu sogleich E. III. 2.6), sind auch die Ausführungen des Gesuchsgegners hierzu nicht zu beachten. Im Übrigen wird auf diese Eingabe zurückzukommen sein (unten E. III. 6). 2. Aktenschluss

## **E. 2**

Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollstreckung des Urteils vom 20. Januar 2022 aufzuschieben.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, dass die Gesuchstellerin in der Stellungnahme vom 17. November 2021 den Sachverhalt um drei Beschlüsse der Fürsorgebehörde B.\_\_\_\_\_ ergänzt habe, um darzulegen, dass die Familie im relevanten Zeitraum vollumfänglich von der Sozialhilfe unterstützt worden sei. Da diese Beweismittel im vorherigen Verfahrensabschnitt nicht eingebracht worden seien, stellten sie Noven i.S.v. Art. 229 Abs. 1 ZPO dar. Ferner habe die Gesuchstellerin dem Gericht in der zweiten Stellungnahme vom 3. Dezember 2021 die Kontoblätter der Finanzverwaltung B.\_\_\_\_\_ vorgelegt, in welchen die Höhe der Unterstützung für Frau C.\_\_\_\_\_, die Ehefrau des Gesuchsgegners, und ihre Kinder ersichtlich sei. Da auch diese Beweismittel vorgängig nicht angeboten worden seien, seien sie als Noven i.S.v. Art. 229 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren. Weiter erwog die Vorinstanz, dass die Parteien nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im ordentlichen Verfahren grundsätzlich die Möglichkeit hätten, sich zweimal unbeschränkt

- 6 - zum Sachverhaltsfundament des Streits zu äussern. Im summarischen Verfahren werde dagegen nur ein Schriftenwechsel durchgeführt (Art. 253 ZPO). Ein zweiter oder gar mehrfacher Schriftenwechsel sei nicht vorgesehen, da eine breite Schriftlichkeit dem Wesen des Summarverfahrens zuwiderlaufen würde. Aus diesem Grundsatz folge, dass sich keine der Parteien auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels verlassen könne. Folglich trete der Aktenschluss grundsätzlich nach einmaliger Äusserung ein. Werde ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel vom Gericht angeordnet, trete der Aktenschluss nach der bundesgerichtlichen Praxis in sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO nach der zweiten Anhörung ein, solange das Gericht die Beratung nicht aufgenommen habe. Im selben Entscheid werde allerdings explizit darauf hingewiesen, dass die Stellungnahmen, die im Rahmen des unbedingten Replikrechts nach Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfolgten, keinen zweiten Schriftenwechsel darstellten (Urk. 33 S. 7 f.). Vorliegend sei der Gesuchstellerin nach Zustellung der Gesuchsantwort am 2. November 2021 Frist zur Stellungnahme auf der Grundlage des verfassungsmässig garantierten, unbedingten Replikrechts gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK angesetzt worden. Der Aktenschluss sei somit mit dem Zugang der Gesuchsantwort durch den Gesuchsgegner am 2. November 2021, der erstmaligen

Äusserungsmöglichkeit beider Parteien, eingetreten (Urk. 33 S. 8). Die in Frage stehenden neuen Tatsachen und Beweismittel, sowohl die drei Beschlüsse der Fürsorgebehörde B.\_\_\_\_\_ als auch die Kontoblätter der Finanzverwaltung B.\_\_\_\_\_, seien vor dem Aktenschluss entstanden und als unechte Noven zu qualifizieren. Inwiefern das verspätete Vorbringen dieser Noven i.S.v. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO entschuldbar gewesen wäre, sei von der Gesuchstellerin nicht dargelegt worden. Daher seien diese genannten Noven aus der zweiten und dritten Rechtschrift unbeachtlich (Urk. 33 S. 8 f.).

### **E. 2.2**

Die Gesuchstellerin verweist in ihrer Beschwerdeantwort erneut auf die Kontoblätter der Unterstützungsjahre 1996 bis 2001 und erklärt, darauf zu bestehen, dass die eingereichten Beschlüsse (Urk. 14/6–8) und Kontoblätter (Urk. 21/9–14) im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren anerkannt würden (Urk. 43 Rz. 3 f.). Sie bringt vor, dass auch wenn im Summarverfahren grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfindet, dies nicht ausschliesse, dass – wo erforderlich – mit der

- 7 - gebotenen Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden könne, was in casu auch geschehen sei. Wann der Aktenschluss im Summarverfahren eintrete, wenn eine Verhandlung stattfindet oder ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde, habe das Bundesgericht offengelassen, sich aber bereits dafür ausgesprochen, in einem zweiten Schriftenwechsel unbeschränkt Noven zuzulassen, womit der Aktenschluss diesfalls erst nach dem zweiten Schriftenwechsel eintrete. Die zweimalige unbeschränkte Äusserungsmöglichkeit sei insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil eine mündliche Verhandlung oder ein zweiter Schriftenwechsel in erster Linie der Klärung des Sachverhaltes diene und sich in einem solchen Fall Noven geradezu aufdrängen würden. Die Einreichung weiterer Akten, welche die Darlegungen der Gesuchstellerin stützten, sei daher zugelassen (Urk. 43 Rz. 4).

### **E. 2.3**

Zu den theoretischen Ausführungen zum zweiten Schriftenwechsel im Summarverfahren, zum Novenrecht sowie zum unbedingtem Replikrecht kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 33 S. 7 f.). Zu ergänzen ist, dass zu den zulässigen neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO auch Noven gehören können, die erst durch die Ausführungen der Gegenpartei veranlasst wurden. Der gesuchstellenden Partei ist es weder möglich noch zumutbar, auf Vorrat sämtliche denkbaren Einreden und Einwendungen zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Gesuchsantwort noch ausgedehnt werden kann (BGer 5A\_84/2021 vom 17. Februar 2022, E. 3.2.1, m.w.H.; Sogo/Baechler, Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: AJP 2020, S. 315 ff., S. 324 f., m.w.H.).

### **E. 2.4**

Vorliegend stellte die Vorinstanz der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort vom 1. November 2021 (Urk. 9) mit Kurzbrief vom 5. November 2021 "zur Kenntnisnahme" zu und hielt fest, dass die Gesuchstellerin innert zehn Tagen ab Zustellung des Schreibens Zeit habe, um zur Eingabe der Gegenseite Stellung zu nehmen. Bei Säumnis werde das Verfahren ohne Stellungnahme weitergeführt (Urk. 12). Der Kurzbrief wurde – soweit aus den Akten ersichtlich – dem Gesuchsgegner nicht zur Kenntnis gebracht. Die daraufhin eingereichte zweite

- 8 - Rechtsschrift der Gesuchstellerin vom 17. November 2021 (Urk. 13) wurde dem Gesuchsgegner mit Kurzbrief vom 19. November 2021 "zur Kenntnisnahme" zugestellt und es wurde festgehalten, dass der Gesuchsgegner zehn Tage Zeit habe, um zu den Noven Stellung zu nehmen. Bei Säumnis werde das Verfahren ohne Stellungnahme weitergeführt (Urk. 15). Die zweite Rechtsschrift des Gesuchsgegners vom 2. Dezember 2021 (Urk. 16) wurde der Gesuchstellerin mit Kurzbrief vom 3. Dezember 2021 "zur Kenntnisnahme" zugestellt (Urk. 19). Im Übrigen lautete das Schreiben gleich wie jenes vom 19. November 2021 (vgl. Urk. 15).

### **E. 2.5**

Aufgrund der aktenkundigen Umstände ist vorliegend davon auszugehen, dass die Vorinstanz keinen formellen zweiten Schriftenwechsel anordnete, sondern der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 5. November 2021 (Urk. 12) lediglich das Recht auf (unbedingte) Replik nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährte. Auch in dessen Rahmen kann das Gericht explizit Frist ansetzen (vgl. BGer 5A\_1022/2015 vom 29. April 2016, E. 3.2.2, m.w.H.). Daraus und aus dem Umstand, dass die Vorinstanz auf Säumnisfolgen hinwies, kann nicht geschlossen werden und durfte auch die Gesuchstellerin nicht ohne Weiteres schliessen, mit dem erkennbar nur an sie allein (und nicht auch an den Gesuchsgegner) gerichteten, nicht als formelle Verfügung ergangenen Schreiben vom 5. November 2021 sei ein zweiter Schriftenwechsel beabsichtigt und angeordnet worden. Dies umso weniger, als – wie bereits erwähnt – das Rechtsöffnungsverfahren als Summarverfahren beschleunigt durchgeführt werden soll und ein formeller zweiter Schriftenwechsel die Ausnahme zu bleiben hat, weshalb im Sinne einer Auslegungsregel im Zweifel davon auszugehen ist, dass das Gericht lediglich das Replikrecht gewähren wollte (vgl. BGer 5A\_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.2.1). Die Gesuchstellerin, welche durch ihre professionell organisierte Gemeindeverwaltung handelte und daher auch nicht einer juristischen Laiin gleichgesetzt werden kann, durfte sich aufgrund der gegebenen Umstände jedenfalls nicht darauf verlassen, dass mit besagtem Schreiben ein zweiter Schriftenwechsel eröffnet wurde. Sie hätte im Zweifelsfall zumindest bei der Vorinstanz nachfragen müssen.

### **E. 2.6**

Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, wurden folglich sowohl die Beschlüsse der Fürsorgebehörde B.\_\_\_\_\_ (Urk. 14/6–8) als auch die Kontoblätter

- 9 - der Finanzverwaltung B.\_\_\_\_\_ (Urk. 21/9–14) sowie die in diesen Zusammenhang aufgestellten Behauptungen der Gesuchstellerin betreffend wirtschaftliche Sozialhilfe und deren Umfang (Urk. 13 S. 1 f.; Urk. 20 S. 1) erst nach Aktenschluss in den Prozess eingebracht, sodass sie nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig sind. Dies gilt für die Kontoblätter im Übrigen sogar dann, wenn man der Ansicht der Gesuchstellerin folgen würde, dass mit Schreiben vom 5. November 2021 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden sei, da diese erst mit der dritten Rechtsschrift der Gesuchstellerin vom 16. Dezember 2021 (Urk. 20) eingereicht wurden. Zur Zulässigkeit dieser unechten Noven äussert sich die Gesuchstellerin – abgesehen von ihrer Annahme, dass ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde – nicht (vgl. Urk. 13 S. 1–3; Urk. 20 S. 1; Urk. 43 Rz. 4). Da die Verfügungen des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 und 8. Dezember 1998 (Urk. 3/3–4), welche die Gesuchstellerin als definitive Rechtsöffnungstitel anruft (Urk. 1 S. 1), nicht die Gesuchstellerin als Gläubigerin

ausweisen, hätte die Gesuchstellerin ihre Aktivlegitimation als Teil des Klagefundaments bereits im Gesuch darlegen müssen, was ihr ohne Weiteres auch zumutbar gewesen wäre. Die Beschlüsse und Kontoblätter (Urk. 14/6–8; Urk. 21/9–14) sowie die in diesem Zusammenhang aufgestellten Behauptungen der Gesuchstellerin (Urk. 13 S. 1 f.; Urk. 20 S. 1) sind daher im Rahmen der Prüfung der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung nicht zu berücksichtigen. Selbiges gilt für die entsprechenden Stellungnahmen des Gesuchsgegners (Urk. 16 Rz. II. 1.1–1.10; Urk. 24 Rz. II. 1.1–1.6).

## **E. 2.7**

Anders verhält es sich hingegen bei der Frage, ob gestützt auf den Verlustschein provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann (dazu unten E. III. 5). Der Verlustschein Nr. 2 des Betreibungsamtes Rafzerfeld vom 15. Dezember 2001 (Urk. 3/2) weist die Gesuchstellerin als Gläubigerin aus, weshalb sie nicht gehalten war, ihre Aktivlegitimation bereits im Rechtsöffnungsgesuch näher zu begründen. Nachdem ihr die Bestreitung des Gesuchsgegners jedoch bekannt war (vgl. Urk. 9 Rz. 2.4), hätte sie mit ihrer Eingabe vom 17. November 2021 sämtliche Tatsachen und Beweismittel zum Nachweis ihrer Aktivlegitimation in den Prozess einbringen müssen. Für die Frage der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung können daher lediglich die Beschlüsse der Fürsorgebehörde B.\_\_\_\_\_ (Urk. 14/6–

- 10 - 8) sowie die diesbezüglichen Behauptungen in der Eingabe vom 17. November 2021 (Urk. 13) berücksichtigt werden, nicht hingegen die Eingabe vom 16. Dezember 2021 (Urk. 20) sowie die Kontoblätter (Urk. 21/9–14). Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Ausführungen des Gesuchsgegners in seiner Stellungnahme vom 2. Dezember 2021 (Urk. 16 Rz. II. 1.1–10). 3. Rechtsöffnungstitel

## **E. 3**

Es seien die erstinstanzlichen Verfahrenskosten und die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führte aus, dass wenn die Forderung auf einem vollstreckbaren Entscheid eines schweizerischen Gerichts oder einer schweizerischen Verwaltungsbehörde beruhe, die definitive Rechtsöffnung erteilt werde, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweise, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden sei, oder die Verjährung anrufe. Verfügungen schweizerischer Verwaltungsbehörden seien gerichtlichen Urteilen gleichgestellt. Gleichermassen könne der Schuldner behaupten, es liege überhaupt kein Rechtsöffnungstitel vor. Und letztlich könne er prozessuale Einwendungen gegen die Rechtmässigkeit des Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahrens erheben. Für eine Überprüfung des materiellen Bestands der Forderung oder der materiellen Richtigkeit des Rechtsöffnungstitels biete das definitive Rechtsöffnungsverfahren hingegen keinen Platz. Der Verlustschein gelte zwar im Sinne von Art. 82 SchKG als Schuldanerkennung und könne von der Gläubigerin zur provisorischen Rechtsöffnung vorgelegt werden. Sei jedoch für eine in einem Urteil festgestellte Forderung ein Verlustschein ausgestellt worden, so könne die Gläubigerin gestützt auf den Verlustschein und den ursprünglichen Schudltitel definitive Rechtsöffnung verlangen (Urk. 33 S. 9). Vorliegend stütze die Gesuchstellerin ihr Rechtsöffnungsbegehren auf den Verlustschein vom 15. Dezember 2001, welchem die rechtskräftige und vollstreckbare Verfügung des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 sowie die rechtskräftige und vollstreckbare

Verfügung des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 8. Dezember 1998 zugrunde liegen (Urk. 33 S. 9 f.).

### **E. 3.2**

Der Gesuchsgegner moniert, entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe sich die Gesuchstellerin im Gesuch vom 23. September 2021 ausdrücklich auf die beiden Verfügungen des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 und 8.

- 11 - Dezember 1998 als Rechtsöffnungstitel berufen. Erst in der zweiten Rechtschrift habe sich die Gesuchstellerin auf den Verlustschein als Rechtsöffnungstitel berufen. Im vorliegenden Fall kämen als definitive Rechtsöffnungstitel nur die Verfügungen in Frage (Urk. 32 Rz. 12 f.).

### **E. 3.3**

Die Rechtsöffnung kann derjenige Gläubiger verlangen, welcher entweder einen definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 SchKG, also einen vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid bzw. ein Urteilssurrogat, oder einen provisorischen Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 82 SchKG, also eine durch öffentliche Urkunde festgestellte oder durch Unterschrift bekräftigte Schulderkennung, vorlegen kann. Das Vorliegen eines genügenden Rechtsöffnungstitels ist von Amtes wegen zu prüfen (Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 164). Jeder Gläubiger, der bereits an der Pfändung teilgenommen hat, erhält für den ungedeckten Betrag seiner Forderung einen Verlustschein (Art. 149 Abs. 1 SchKG). Der Verlustschein gilt als Schulderkennung im Sinne von Art. 82 SchKG und kann vom Gläubiger zur provisorischen Rechtsöffnung vorgelegt werden (Art. 149 Abs. 2 SchKG). Ist für eine in einem Urteil festgestellte Forderung ein Verlustschein ausgestellt worden, so kann sich der Gläubiger neben dem Verlustschein auch auf den ursprünglichen Schuldtitel stützen und die definitive Rechtsöffnung verlangen (BGE 144 III 360 E. 3.2.2 m.w.H.). Als Rechtsfrage ist unabhängig von den Anträgen der Parteien von Amtes wegen zu entscheiden, ob definitive oder provisorische Rechtsöffnung zu erteilen ist. Ist definitive Rechtsöffnung verlangt worden, kann – unter Wahrung des rechtlichen Gehörs – provisorische bewilligt werden und umgekehrt. In dieser Frage gilt von Bundesrechts wegen die Officialmaxime und der Richter hat diejenige Rechtsöffnung zu erteilen, welche dem Titel entspricht (AGVE 2012 S. 27 f., m.w.H.; BGE 140 III 372 E. 3.5 m.w.H.).

### **E. 3.4**

Aus dem Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin vom 23. September 2021 ergibt sich, dass die Gesuchstellerin als Rechtsöffnungstitel die Verfügungen des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 und 8. Dezember 1998 anruft und gestützt darauf um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung ersucht. Erst beim Forderungsgrund wird auf den Verlustschein verwiesen (Urk. 1). Auch im Zahlungsbefehl vom 19. Januar 2021 werden nur die beiden Verfügungen ge-

- 12 - nannt (Urk. 2). Es ist zwar zutreffend, dass die Vorinstanz zunächst festhielt, dass die Gesuchstellerin ihr Rechtsöffnungsbegehren auf den Verlustschein, welchem die beiden Verfügungen zugrunde liegen, stütze (Urk. 33 S. 9 f.). Aus den anschliessenden Erwägungen geht jedoch eindeutig hervor, dass die Vorinstanz die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gestützt auf die beiden Verfügungen prüfte und schliesslich auch erteilte (vgl. insb. Urk. 33 S. 10, Abschnitt 1 letzter Satz sowie S. 11 f. und S. 16). Die Vorinstanz

hätte jedoch auch unabhängig eines entsprechenden Antrags der Gesuchstellerin die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung gestützt auf den Verlustschein prüfen können (dazu unten E. III. 5).

#### **E. 4**

Definitive Rechtsöffnung

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, die Verfügung des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 sowie die Verfügung des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom

##### **E. 4.2**

Der Gesuchsgegner ist der Auffassung, dass die Vorinstanz zu Unrecht behauptete, aus den Akten sei ersichtlich, dass die Ehefrau und die vier Kinder zwischen dem 1. Oktober 1996 und 31. Januar 2000 vollständig von der Sozialhilfe unterstützt worden seien. Die Vorinstanz verweise hierzu auf Urk. 3/5. Die Gesuchstellerin habe eine solche Behauptung im Rechtsöffnungsbegehren jedoch nicht vorgebracht und eine solche ergebe sich auch nicht aus Urk. 3/5. Im Gegenteil ergebe sich aus dem Schreiben der Alimentenhilfe vom 13. September 2018

- 14 - (Urk. 3/5), dass zumindest die Alimente für die vier Kinder bevorschusst worden seien. Es ergebe sich jedoch nicht, ob und in welchem Umfang die Ehefrau und die vier Kinder von der Sozialhilfe unterstützt worden seien. Die Annahme der Vorinstanz erweise sich somit als aktenwidrig. Da die von der Gesuchstellerin nach Aktenschluss eingereichten Dokumente und aufgestellten Behauptungen nicht berücksichtigt werden dürften, dürfe auch nicht davon ausgegangen werden, die Ehefrau und die vier Kinder seien zwischen dem 1. Oktober 1996 und 31. Januar 2000 vollständig von der Sozialhilfe unterstützt worden (Urk. 32 Rz. 17 f.). Weiter macht der Gesuchsgegner geltend, in der Eingabe vom 2. Dezember 2021 ausführlich und detailliert darauf hingewiesen zu haben, dass Art. 289 Abs. 2 ZGB nicht als Grundlage einer Abtretung von Unterhaltsbeiträgen an die Ehefrau herangezogen werden könne, welche im Rahmen eines Eheschutzverfahrens bzw. von vorsorglichen Massnahmen im Rahmen eines Scheidungsprozesses festgesetzt worden seien. Zudem habe er darauf hingewiesen, dass Art. 176a ZGB erst am 1. Januar 2017 in Kraft getreten sei. Bei den Frauentalimenten habe demnach keine Legalzession stattgefunden, selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Ehefrau vollständig von der Sozialhilfe unterstützt worden sei. Die Gläubigerstellung lasse sich deshalb bezüglich der geltend gemachten Frauentalimente in der Höhe von Fr. 9'203.- nicht mit dem Hinweis auf Art. 289 Abs. 2 ZGB begründen. Auf diese Argumente sei die Vorinstanz nicht eingegangen. Die Annahme der Vorinstanz, der Unterhaltsanspruch der damaligen Ehefrau des Gesuchsgegners sei von Gesetzes wegen und mit allen Rechten auf die unterstützende Gemeinde B.\_\_\_\_\_ übergegangen, vermöge sich deshalb nicht auf eine gesetzliche Grundlage zu stützen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ könne deshalb für die Frauentalimente die definitive Rechtsöffnung verlangen, erweise sich deshalb als unrichtig (Art. 320 lit. a ZPO) (Urk. 32 Rz. 19). Des Weiteren habe der Gesuchsgegner in der Stellungnahme vom 2. Dezember 2021 darauf hingewiesen, dass die Gesuchstellerin weder im Gesuch vom 23. September 2021 noch in der Stellungnahme vom 17. November 2021 mit Urkunden belegt habe, wie viel sie tatsächlich an Stelle des Pflichtigen erbracht habe. Aus den von der Gesuchstellerin (nach Aktenschluss) eingereichten Doku-

- 15 - menten könne nicht abgeleitet werden, in welcher Höhe die Sozialhilfe tatsächlich an Stelle des Gesuchsgegners Leistungen erbracht habe. Er habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Abtretung von Unterhaltsansprüchen für die Kinder gestützt auf Art. 289 Abs. 2 ZGB nur im Umfang des tatsächlich Geleisteten ein- trete. Da das tatsächlich Geleistete von der Gesuchstellerin nicht dargetan wor- den sei, lasse sich nicht bestimmen, ob und in welchem Umfange die Gesuchstel- lerin in den Anspruch der Kinder eingetreten sei. Die Vorinstanz habe sich damit ebenfalls nicht auseinandergesetzt. Indem die Vorinstanz trotz Bestreitung und ohne Nachweis davon ausgegangen sei, die Ehefrau und die vier Kinder seien in der massgeblichen Zeit vollumfänglich von der Sozialhilfe unterstützt worden, weshalb der Unterhaltsanspruch vollumfänglich auf die Gemeinde übergegangen sei, wende die Vorinstanz Art. 289 Abs. 2 ZGB unrichtig an (Art. 320 lit. a ZPO) (Urk. 32 Rz. 20). Hinsichtlich der Kinderzulagen habe der Gesuchsgegner darauf hingewiesen, dass gestützt auf Art. 289 Abs. 2 ZGB keine Subrogation auf das Gemeinwesen stattgefunden habe. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Ansprüche auf Weiterleitung der Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 5'218.– seien deshalb nicht gestützt auf Art. 289 Abs. 2 ZGB auf die Gesuchstellerin übergegangen. Die Vorinstanz habe sich auch damit wiederum nicht auseinandergesetzt und auch nicht begründet, aus welchem Grunde sie hinsichtlich der Kinderzulagen von ei- ner Legalzession ausgehe. Indem die Vorinstanz trotz Bestreitung und ohne Nachweis davon ausgegangen sei, die Ehefrau und die vier Kinder seien in der massgeblichen Zeit vollumfänglich von der Sozialhilfe unterstützt worden, wes- halb der Unterhaltsanspruch auch hinsichtlich der Kinderzulagen vollumfänglich auf die Gemeinde übergegangen sei, wende die Vorinstanz Art. 289 Abs. 2 ZGB unrichtig an (Art. 320 lit. a ZPO) (Urk. 32 Rz. 21).

#### **E. 4.3**

Die Gesuchstellerin entgegnet, dass ihre Gläubigerstellung vom Gesuchs- gegner zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt worden sei, als dieser im Jahr 2000 für die ausstehenden nicht bevorschussten Alimente für die Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 2000 betrieben worden sei. An der Gläubigerstellung habe sich bis heute nichts geändert. Der Verlustschein Nr. 2 sei bis zur erneuten Be-

- 16 - treibung im Januar 2021 nach wie vor im Besitz der Gläubigerin gewesen und ha- be auch auf die Gesuchstellerin gelaftet. Daher mute es befremdlich an, wenn der Gesuchsgegner nun formelle Fehler im Rechtsöffnungsverfahren vorbringe und so faktisch nichts mehr von seiner ehemaligen Unterhaltspflicht wissen wolle, welcher er nachweislich nicht nachgekommen sei (Urk. 43 Rz. 1). Die Vorinstanz habe sich auch mit dem noch nicht in Kraft gesetzten Art. 176a ZGB auseinan- dergesetzt. Sie habe die Botschaft konsultiert und dieser entnommen, dass das Kind nicht auf Fürsorgeleistungen angewiesen sein solle, wenn es einen zivil- rechtlichen Unterhaltsanspruch habe. Dieser Unterhaltsanspruch solle im Fall, dass das Gemeinwesen an Stelle des Unterhaltsschuldners vorschussweise Un- terhalt leiste, als zivilrechtlicher Anspruch auf eben dieses übergehen. Aus die- sem Grund sei es rechtens, dass die Gesuchstellerin für die Unterhaltsforderun- gen auf dem Verlustschein Nr. 2 als Gläubigerin aufgetreten sei, diese Forderung nun wieder in eigenem Namen geltend mache und sich auf die beiden Urteile als definitive Rechtsöffnungstitel berufe (Urk. 43 Rz. 2).

#### **E. 4.4**

Ob ein Rechtsöffnungstitel vorliegt, hat der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen zu überprüfen. Dabei hat er unter anderem zu prüfen, ob die Identität des Betreibenden mit jener des im Urteil Berechtigten übereinstimmt (BSK SchKG I- Staehlin, Art. 80 N 33, m.w.H.). Der Rechtsöffnungsrichter hat die Rechtsnachfolge als Bestandteil des Titels umfassend zu überprüfen und die Rechtsöffnung zu verweigern, wenn die Rechtsnachfolge nicht liquide erscheint (BSK SchKG I- Staehelin, Art. 80 N 35). Gemäss Art. 289 Abs. 1 ZGB steht der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge dem Kind zu und wird, solange das Kind minderjährig ist, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt. Kommt jedoch das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über (Subrogation i.S.v. Art. 166 OR; KUKO ZGB-Michel/Schlatter, Art. 289 N 5). Dies gilt sowohl für Fürsorge- bzw. Sozialhilfeleistungen im Allgemeinen als auch für Bevorschussungsleistungen im Sinne von Art. 293 Abs. 2 ZGB (BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Art. 289 N 10; KUKO ZGB-Michel/Schlatter, Art. 289 N 5). Zweck der Subrogation ist, dass der Unterhaltsschuldner nicht von seiner Nachlässigkeit profitieren soll

- 17 - (BGE 138 III 145 E. 3.3.2). Stücheli hält fest, die Praxis lasse als Urkundenbeweis für die Subrogation des Gemeinwesens in der Regel eine interne Abrechnung genügen, obwohl an sich die Zahlungsbelege vorzulegen wären (Stücheli, a.a.O., S. 175 Fn. 46). Das Obergericht des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, entschied am 7. Oktober 2011 im Verfahren ZK 11 501 diesbezüglich, auch wenn (zumindest bei fehlender Bestreitung der effektiven Leistung der Bevorschussungszahlungen) wohl nicht die Vorlage jedes einzelnen Zahlungsbeleges gefordert werden könne, bedürfe es zur Erteilung der Rechtsöffnung doch zumindest eines Dokumentes, aus welchem hervorgehe, dass und in welchem Umfang Sozialhilfe geleistet worden sei, welche die Deckung des Kinderunterhalts bezweckt habe (CAN 2012 Nr. 83 S. 220 f. E. 9). Mani ist der Ansicht, dass praxisgemäss im Bevorschussungsbereich eine sogenannte Auszahlungsbestätigung genüge, aus welcher ersichtlich sei, in welchem Zeitraum wie viel den Gesuchstellenden zugeflossen sei. Es sei dies anders als im Sozialhilfebereich, wo individuelle Kontoauszüge erforderlich seien, welche detailliert belegen würden, wann und wofür die einzelnen Ausgaben vom Gemeinwesen getätigt worden seien (Mani, Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen, 2016, S. 74 N 131). Art. 176a ZGB, der die Legalzession in Bezug auf den Ehegattenunterhalt vorsieht, ist erst seit dem 1. Januar 2017 in Kraft (BSK ZGB I-Schwander, Art. 176a N 1). Zuvor behalf man sich im Sozialhilfebereich damit, dass Ehegattenunterhaltsbeiträge, die sich auf Art. 173 ff. ZGB stützten, im Umfang der empfangenen Leistung nach Art. 164 ff. OR an das Gemeinwesen abzutreten waren, was sinngemäss gelten musste, wenn diese bevorschusst waren (Mani, a.a.O., S. 68 N 121). Mangels Abtretbarkeit können Leistungen, die der Pflichtige in der Regel zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen hat, wie Kinderzulagen oder Sozialversicherungsrenten, nicht Gegenstand der Subrogation sein (Mani, a.a.O., S. 70 N 125).

#### **E. 4.5**

Vorliegend wird aus den als Rechtsöffnungstitel angerufenen Verfügungen des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 und 8. Dezember 1998 nicht die um Rechtsöffnung ersuchende Gemeinde B.\_\_\_\_\_ berechtigt, sondern die Ehefrau des Gesuchsgegners und deren vier Kinder (Urk. 3/3–4). Als Forderungsgrund gibt die Gesuchstellerin im Rechtsöffnungsgesuch abgetretene nicht bevorschusste Kinder- und

Frauenalimente sowie Kinderzulagen für die Zeit vom

- 18 - 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 2000 über Fr. 19'501.– an. Sie verweist dabei auf den Verlustschein Nr. 2 vom 15. Dezember 2001 (Urk. 1). Auch in diesem werden als Forderungsgrund "[n]icht bevorschusste Alimente (Kinder-, Frauenalim./ Ki'zulagen)" aufgeführt (Urk. 3/2). Folglich beruft sich die Gesuchstellerin als Grundlage für den Rechtsübergang nicht auf Art. 289 Abs. 2 ZGB infolge Bevorschussung der Kinderalimente. Wie bereits erwähnt, sah das Gesetz vor 2017 einen solchen Rechtsübergang für Ehegattenunterhaltsbeiträge ohnehin nicht vor. Die Gesuchstellerin macht vielmehr geltend, dass ihr die Kinder- und Frauenalimente sowie Kinderzulagen abgetreten worden seien. Weitere Ausführungen, weshalb und wie es zu dieser Abtretung kam, werden von der Gesuchstellerin im Rechtsöffnungsgesuch jedoch nicht gemacht (vgl. Urk. 1). Es liegt auch keine Abtretungsurkunde oder Ähnliches im Recht. Der Verlustschein Nr. 2, der die Gesuchstellerin als Gläubigerin ausweist (Urk. 3/2), reicht zum Nachweis der Aktivlegitimation der Gesuchstellerin für das vorliegende Verfahren um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung nicht aus (siehe zu den Wirkungen des Verlustscheins unten E. III. 5.5). Nebst dem Verlustschein reichte die Gesuchstellerin ein Schreiben der Alimentenhilfe vom 13. September 2018 ein (Urk. 3/5). In diesem wird ausgeführt, dass die Alimentenhilfe seit 1. Oktober 1996 das Inkasso der Unterhaltsbeiträge für die Ehefrau des Gesuchsgegners und die vier Kinder führe, der Anspruch auf Inkassohilfe für abgetretene Unterhaltsansprüche jedoch am 31. Dezember 2017 infolge Beendigung der Ehegattenalimente erloschen sei, die Stelle aber für das Inkasso betreffend die Rückstände bevorschusster Kinderalimente zuständig bleibe. Weiter werden im Schreiben die per 13. September 2018 bestehenden Rückstände der abgetretenen Unterhaltsansprüche aufgezeigt (Urk. 3/5 S. 1–3), auf welche die Gesuchstellerin auch in ihrem Rechtsöffnungsbegehren zur Berechnung der Forderung von Fr. 19'501.– verweist (Urk. 1 S. 2). Dem Schreiben der Alimentenhilfe sind die dazugehörigen Kontoauszüge, aus welchen sich die Rückstände ergeben, angehängt (Urk. 3/5). Aus dem Schreiben ergibt sich somit, dass Kinderalimente, Ehegattenalimente sowie Kinderzulagen abgetreten wurden und die Stelle der Alimentenhilfe für das Inkasso dieser abgetretenen Unterhaltsbeiträge bis zum 31. Dezember 2017 zuständig war. In welchem Umfang das Gemeinwesen tatsächlich anstelle des Gesuchsgegners für die Ehefrau und die

- 19 - Kinder aufkam, ergibt sich aus dem Schreiben jedoch nicht. Die in den Kontoauszügen als Kinderalimente und Ehegattenalimente deklarierten monatlichen Schulden stimmen auch nicht mit den Unterhaltsbeiträgen gemäss den Verfügungen des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 sowie 8. Dezember 1998 überein (vgl. Urk. 3/3 S. 5; Urk. 3/4 S. 16 f.; Urk. 3/5). So fällt zum Beispiel die monatliche Schuld für Ehegattenalimente vom 1. Januar 1999 bis 1. Januar 2000 sogar höher aus als die Unterhaltspflicht gemäss Verfügung vom 8. Dezember 1998 (vgl. Urk. 3/4 S. 17; Urk. 3/5). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 33 S. 11) und in Übereinstimmung mit dem Gesuchsgegner (Urk. 32 Rz. 17) ergibt sich aus dem Schreiben nicht, dass die Ehefrau und die vier Kinder für die Dauer vom 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 2000 vollumfänglich von der Sozialhilfe unterstützt wurden. Der Gesuchstellerin gelingt es nicht, die Rechtsnachfolge und damit ihre Gläubigerstellung liquide nachzuweisen. Kinderzulagen können, wie gezeigt (oben E. III. 4.4), ohnehin nicht Gegenstand der Subrogation sein. Nach dem Gesagten kann der Gesuchstellerin gestützt auf die beiden Verfügungen des Bezirksgerichts B.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 1997 und 8. Dezember 1998 (Urk. 3/3–4) keine

definitive Rechtsöffnung erteilt werden. 5. Provisorische Rechtsöffnung 5.1. Die Gesuchstellerin liess in ihrer Eingabe vom 16. Dezember 2021 und nun auch wieder in ihrer Beschwerdeantwort ausführen, dass auch wenn sie sich nicht auf die genannten Unterhaltstitel hätte berufen können, die Vorinstanz ungeachtet eines Antrags auf Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs die provisorische Rechtsöffnung hätte bewilligen können. Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs sehe vor, dass insoweit die Officialmaxime gelte. Das heisse, der Rechtsöffnungsrichter müsse im Rahmen der Officialmaxime prüfen, ob vorliegend provisorische Rechtsöffnung gewährt werden könne und diese auch gewähren, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben seien. Dies scheine vorliegend der Fall zu sein (Urk. 20 S. 1 f.; Urk. 43 S. 3). 5.2. Wie gezeigt (oben E. III. 2.6), ist im Rahmen der Prüfung der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung die Eingabe der Gesuchstellerin vom 17. November 2021 samt Beilagen (Urk. 13; Urk. 14/6–8) zu berücksichtigen. Die Gesuchstelle-

- 20 - rin machte darin geltend, dass die Ehefrau und die Kinder ab Oktober 1996 bis mindestens August 2000 von der Sozialhilfe unterstützt worden seien. Für den Zeitraum vom 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 2000 seien die Kinderalimente scheinbar nicht bevorschusst worden, sodass die Sozialhilfe für diesen Zeitraum vollumfänglich für diese Personen aufgekomen sei. Gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB gehe der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über, wenn es für eben diesen Unterhalt aufkomme, was vorliegend der Fall gewesen sei. Daher spiele es auch keine Rolle, ob die Ehefrau die Unterhaltsbeiträge an das Sozialamt abgetreten habe oder nicht. Die Abtretung sei mit der Unterstützung von Amtes wegen automatisch erfolgt (Urk. 13 S. 1 f.). Als Beweismittel zur Legalzession reichte die Gesuchstellerin drei Beschlüsse der Fürsorgebehörde B. \_\_\_\_\_ ins Recht (Urk. 14/6–8). 5.3. Gegen den Antrag der Gesuchstellerin auf Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung wendet der Gesuchsgegner ein, dass dieser einer nicht zulässigen Anschlussbeschwerde gemäss Art. 323 ZPO gleichkomme (Urk. 46 Rz. 5). Im Übrigen verweist er auf seine Eingabe vom 17. Januar 2022 (Urk. 24). Darin machte der Gesuchsgegner unter anderem geltend, dass nicht entweder die definitive oder provisorische Rechtsöffnung bewilligt werden dürfe, wenn ausdrücklich unter Berufung auf ein vollstreckbares Urteil die definitive Rechtsöffnung verlangt werde. Es handle sich vorliegend nicht um ein falsch formuliertes Gesuch eines Laien. Das Gericht sei deshalb an den ursprünglichen Antrag der Gesuchstellerin gebunden (Urk. 24 Rz. II. 3.2–3.4). Zu den eingereichten Beschlüssen der Fürsorgebehörde der Stadt B. \_\_\_\_\_ liess der Gesuchsgegner im Wesentlichen ausführen, dass sich aus diesen nicht ergebe, ob und in welchem Umfang die Stadt B. \_\_\_\_\_ die im Rechtsöffnungsgesuch genannten Unterhaltsbeiträge und Kinderzulagen bezahlt habe. Zudem werde im Widerspruch zur Behauptung der Gesuchstellerin in den Beschlüssen erwähnt, dass die Kinderalimente bevorschusst würden und die Ehefrau in Ergänzung zu diesen von Fürsorgebeiträgen lebe (Urk. 16 Rz. 1.7–1.9). 5.4. Wie bereits erwähnt, ist als Rechtsfrage unabhängig von den Anträgen der Parteien von Amtes wegen zu entscheiden, ob definitive oder provisorische

- 21 - Rechtsöffnung zu erteilen ist (oben E. III. 3.3). Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob gestützt auf den Verlustschein Nr. 2 des Betreibungsamtes Rafzerfeld vom 15. Dezember 2001 (Urk. 3/2) der Gesuchstellerin die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann. 5.5. Gemäss Art. 149 Abs. 2 SchKG stellt der Verlustschein aus einer Pfändung einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar. Beim Pfändungsverlustschein handelt es sich um

eine amtliche Bestätigung, dass der betreibende Gläubiger zu Verlust gekommen ist, da seine Forderung nicht vollständig gedeckt worden ist. Der Pfändungsverlustschein hat aber weder novierende Wirkung, noch ergibt sich aus ihm ein neues Rechtsverhältnis, das zum bestehenden hinzutreten und als selbständiges Klagefundament dienen könnte. Daher kann der Schuldner, wenn der Gläubiger gestützt auf einen Verlustschein die provisorische Rechtsöffnung zu erlangen sucht, nach wie vor sämtliche Einwände erheben. Der Pfändungsverlustschein alleine beweist nicht den Bestand der betriebenen Forderung und stellt auch keine Schuldanerkennung im eigentlichen, materiell-rechtlichen Sinn dar, zumal der Schuldner an dessen Ausstellung selbst gar nicht beteiligt ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Pfändungsverlustschein überhaupt keine Beweiskraft besitzt. Er verurkundet, dass der Schuldner in einer früheren Betreuung keinen Rechtsvorschlag erhoben hat oder dass dieser durch Rechtsöffnung oder Urteil beseitigt worden ist. Daher stellt der Verlustschein eine Beweisurkunde dar, die für den Bestand der Forderung immerhin ein Indiz bilden kann (BGer 5D\_65/2021 vom 25. März 2022, E. 4.1, m.w.H.). Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG spricht der Richter die provisorische Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht sofort Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGer 5D\_65/2021 vom 25. März 2022, E. 4.2, m.w.H.). 5.6. Die Gesuchstellerin reichte vorliegend einen Verlustschein des Betreibungsamtes Rafzerfeld vom 15. Dezember 2001 ein, der einen ungedeckt geblieben Betrag von Fr. 32'062.65 aufweist. Als Forderungsgrund werden im Verlustschein

- 22 - nicht bevorschusste Alimente (Kinder-, Frauenalim./Ki'zulagen) gemäss Verfügung vom 31. Januar 1997, BG B.\_\_\_\_\_, sowie Urteil BG B.\_\_\_\_\_ vom 8. Dezember 1998 für die Zeit vom 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 2000, angegeben (Urk. 3/2). Die Gesuchstellerin macht geltend, der Gesuchsgegner habe bereits Abschlagszahlungen im Umfang von Fr. 12'561.65.– geleistet, weshalb der Verlust noch Fr. 19'501.– betrage (Urk. 1 S. 2). Damit ist der Betrag, für welchen vorliegend Rechtsöffnung verlangt wird, ausgewiesen. Zudem weist der Verlustschein die Gesuchstellerin als Gläubigerin aus, womit die das Rechtsöffnungsgesuch stellende Partei mit der durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen übereinstimmt. Damit liegt ein provisorischer Rechtsöffnungstitel nach Art. 82 Abs. 1 SchKG vor. Der Gesuchsgegner wendet jedoch ein, dass es der Gesuchstellerin an der Aktivlegitimation fehle. In ihrer Stellungnahme vom 17. November 2021 be ruft sich die Gesuchstellerin für den Rechtsübergang auf Art. 289 Abs. 2 ZGB und macht geltend, die Ehefrau und die Kinder im Zeitraum vom 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 2000 mittels Sozialhilfe unterstützt zu haben (Urk. 13 S. 1). Dabei verweist sie auf die Beschlüsse der Fürsorgebehörde B.\_\_\_\_\_ (Urk. 14/6–8). Wie bereits ausgeführt (oben E. III. 4.4), scheidet Art. 289 Abs. 2 ZGB jedoch als Grundlage für eine Legalzession für die Kinderzulagen sowie die Ehegattenalimente aus. Was die Kinderalimente betrifft, ergibt sich aus den Beschlüssen der Fürsorgebehörde nicht, in welchem Umfang das Gemeinwesen für den Unterhalt der Kinder aufkam. Die Beschlüsse betreffen Therapiekosten für die Ehefrau, die Anschaffung von Heizöl, Umzugskosten sowie die Mietkaution (Urk. 14/6–7). Die Gesuchstellerin zeigt nicht auf und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern diese Kosten den Kinderunterhalt betrafen und inwiefern diese im geltend gemachten und im Verlustschein ausgewiesenen Differenzbetrag von Fr. 19'501.– enthalten sind. Der Beschluss vom 29. August 2000, welcher den Sohn D.\_\_\_\_\_

betrifft, da- tiert zudem nach der Zeitperiode, auf welche sich die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren bezieht; nämlich bis zum 31. Januar 2000. Der Gesuchstellerin kann daher auch keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. 6. Rückweisung an die Vorinstanz

- 23 - 6.1. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als begründet. Sie ist deshalb gut-zuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben. 6.2. Heisst die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gut, fällt sie den neuen Ent- scheid selber, wenn die Sache spruchreif ist; andernfalls weist sie die Sache an die Vor- instanz zurück (Art. 327 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Im vorliegenden Fall kann die Sache aus verfahrensrechtlichen Gründen noch nicht als spruchreif gel- ten, denn die Vorinstanz stellte der Gesuchstellerin die vom Gesuchsgegner rechtzeitig eingereichte (dazu oben E. III. 1.3) Stellungnahme vom 17. Januar 2022 (Urk. 24) nie zu (vgl. Urk. 33 S. 17, Disp. Ziff. 5; Urk. 30/2). Die Gesuchstel- lerin hatte somit noch keine Gelegenheit, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessende und auch im Rechtsöffnungsverfahren bestehende sog. Replikrecht vor Vorinstanz wahrzunehmen. Dieses Recht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue Tatsachen oder rechtliche Argumen- te enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu be- einflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts, zu beurteilen, ob ei- ne neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert (BGer 5D\_203/2013 vom 12. März 2014, E. 2.1; BGer 5A\_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; je m.w.H.). Insofern bedarf es vor der neuen Entscheidung noch einer weiteren Prozesshandlung (vgl. Reich, Stämpfli Handkommentar, ZPO 327 N 4). Die Erstellung der Spruchreife durch Heilung der Gehörsverletzung im Beschwer- deverfahren fällt ausser Betracht, da die Beschwerdeinstanz mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts lediglich über eine beschränkte Kognition verfügt (Art. 320 lit. b ZPO) und Noven im Beschwerdeverfahren unzulässig sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO und oben, E. II. 2). Die Sache ist deshalb zur Vervollständigung des Verfahrens und zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 24 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 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 vom 16.07.2020, E. 4). In diesem Sinne sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen; sodann ist vorzumerken, dass der Gesuchsgegner einen Kostenvorschuss in der genannten Höhe geleistet hat. Die Verteilung sowie der Entscheid über die Parteientschädigung sind der Vorinstanz zu überlassen. Es wird beschlossen:

## **E. 8**

Dezember 1998 würden definitive Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG darstellen und es könne gestützt darauf grundsätzlich die definitive Rechtsöffnung verlangt werden (Urk. 33 S. 10). Der Botschaft des Bun- desrates vom 5. Juni 1974 (BBl 1974 II 64 Ziff. 322.6), also vor Inkraftsetzung des Art. 176a ZGB, könne entnommen werden, dass das Kind nicht auf Fürsorgeleis- tungen angewiesen sein solle, wenn es einen zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch habe. Dieser Unterhaltsanspruch solle im Fall, dass das Gemeinwesen an Stelle des Unterhaltsschuldners vorschussweise Unterhalt leiste, als

zivilrechtlicher Anspruch auf eben dieses übergehen. Hierfür genüge es, wenn das Gemeinwesen in die effektiv bevorschussten, sich aus dem Stammrecht ergebenden periodischen Einzelforderungen subrogiere. Die Subrogation habe zum Zweck, dass der Unterhaltsschuldner nicht von seiner Nachlässigkeit profitieren solle, wenn das Gemeinwesen den von ihm geschuldeten Kindesunterhalt vorschussweise leiste. Aus diesem Grund lasse der Gesetzgeber die bevorschussten Forderungen im Rahmen einer Legalzession auf das Gemeinwesen übergehen. Aufgrund dieser Legalzession könne das Gemeinwesen die zivilrechtlichen Unterhaltsforderungen gegen den materiellen Unterhaltsschuldner unverändert geltend machen. Dies habe zur Folge, dass sich das Gemeinwesen im Rechtsöffnungsverfahren auf den

- 13 - Rechtstitel stützen könne, in welchem die Unterhaltsbeiträge festgesetzt worden seien. Aus den Akten werde ersichtlich, dass die Ehefrau und die vier Kinder zwischen dem 1. Oktober 1996 und 31. Januar 2000 vollständig von der Sozialhilfe unterstützt worden seien. Im vorliegenden Fall seien die Kinder- und Frauenalimente an eine von der Sozialhilfe unterstützte Person, also die Ehefrau, nicht geleistet worden, daher habe die zuständige Inkassostelle das Inkasso übernommen. Dabei werde der Unterhaltsanspruch von der unterstützten Person, hier die Kinder und die Ehefrau, an die zuständige Inkassostelle abgetreten und von dieser in eigenem Namen geltend gemacht. Die nicht bezahlten Kinder- und Frauenalimente seien dann im Budget von der Sozialhilfe nicht mehr als Einnahme angerechnet worden, weil die Ehefrau und die vier Kinder sowieso vollständig von der Sozialhilfe unterstützt worden seien. Eine Bevorschussung des Kindesunterhalts werde nur vorgenommen, wenn eine ergänzende oder vollständige Unterstützung durch die Sozialhilfe somit verhindert werden könne. Ansonsten finde ein Inkasso des Kindesunterhalts statt. Im vorliegenden Fall scheine es als glaubhaft, dass die Ehefrau und die vier Kinder für die Dauer vom 1. Oktober 1996 bis 31. Januar 2000 vollumfänglich von der Sozialhilfe unterstützt worden seien und damit der Unterhaltsanspruch von Gesetzes wegen und mit allen Rechten auf die unterstützende Gemeinde B.\_\_\_\_\_ übergegangen sei. Somit könne das Gemeinwesen, hier die Gemeinde B.\_\_\_\_\_, auch die definitive Rechtsöffnung verlangen. Insbesondere scheine diese Schlussfolgerung auch stringent, da die Gesuchstellerin bereits als Gläubigerin auf dem Verlustschein vom 15. Dezember 2001 aufgeführt worden sei. Die Gesuchstellerin sei daher für die Erhebung der definitiven Rechtsöffnung für die Kinder- und Frauenalimente aktivlegitimiert (Urk. 33 S. 10– 12).

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