

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT140007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. F. Rieke

## Urteil vom 13. März 2014

in Sachen

†A.\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

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

gegen

B.\_\_\_\_ AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts Audienz am  
Bezirksgericht Zürich vom 6. Januar 2014 (EB131897-L)**

### Erwägungen:

1. a) Am 21. Oktober 2013 hatte das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, für eine Forderung des Gesuchstellers über Fr. 237'585.45 nebst Zins gegen die Gesuchsgegnerin einen Arrestbefehl erlassen (Urk. 5/3). Gegen den darauf folgenden Zahlungsbefehl vom 11. November 2013 erhob die Gesuchsgegnerin Rechtsvorschlag (Urk. 5/4). Am tt. November 2013 verstarb der Gesuchsteller (Urk. 10 S. 4). Am 27. Dezember 2013 stellte der Rechtsvertreter des Gesuchstellers in dessen Namen beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (Vorinstanz) das Gesuch um definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 11. November 2013) für Fr. 237'585.45 nebst Zinsen (Urk. 1). Mit Verfügung vom 6. Januar 2014 trat die Vorinstanz auf das Rechtsöffnungsgesuch nicht ein; die Kosten wurden dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers auferlegt und es wurde keine Parteientschädigung zugesprochen (Urk. 7 = Urk. 11).

b) Hiergegen hat der Rechtsvertreter des Gesuchstellers in dessen Namen am 24. Januar 2014 fristgerecht Beschwerde erhoben und stellt die Beschwerdeanträge (Urk. 10 S. 2):

- "1. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich (Zahlungsbefehl vom 11. November 2013) sei dem Beschwerdeführer definitive Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 237'585.45 sowie für folgende Zinsen:  
[...]
2. Eventualiter: Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, aufgrund der Akten einen Entscheid zu fällen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

c) Mit Verfügungen vom 4. und 20. Februar 2014 ist der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt worden (Urk. 15 bis 18).

d) Die Gesuchsgegnerin hat am 6. März 2014 fristgerecht ihre Beschwerdeantwort eingereicht. Sie stellt den Antrag auf kostenfälliges Nichteintreten auf die Beschwerde, ev. auf Abweisung derselben (Urk. 19 S. 2).

2. a) Der Gesuchsteller ist nach Angaben seines Rechtsvertreters am tt. November 2013 verstorben. Damit traten dessen – einstweilen unbekanntes – Erben ipso iure in seine Nachfolge ein (Art. 560 ZGB bzw. § 1922 des für die Erbfolge des Gesuchstellers geltenden BGB [Art. 91 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 des deutschen EGBGB]). Gleichwohl hat der Rechtsvertreter des Gesuchstellers die vorliegende Beschwerde (wie schon das Rechtsöffnungsbegehren) im Namen des Verstorbenen erhoben. Damit stellt sich die Frage, ob auf die Beschwerde mangels Rechts- und damit Parteifähigkeit des verstorbenen Gesuchstellers nicht einzutreten ist (so die Gesuchsgegnerin; Urk. 16 und 19).

b) Das Bundesgericht hat sich zu dieser Problematik schon in BGE 50 II 27 geäußert. Auch wenn in jenem Fall der Verlust der Rechtspersönlichkeit (einer Aktiengesellschaft) innerhalb der verschiedenen Rechtsmittelinstanzen (genau: vor Erlass des obergerichtlichen Urteils) eingetreten ist, erscheinen die Ausführungen des Bundesgerichts auf den vorliegenden Fall übertragbar, musste es doch entscheiden, ob die im Namen der erloschenen Person vom bisherigen Rechtsvertreter abgegebene Berufungserklärung gegenüber dem Bundesgericht wirksam sei. Dies wurde aufgrund der Natur der Prozessvollmacht (sowohl mit Blick auf den Untergang einer juristischen als auch mit Blick auf den Tod einer natürlichen Person) bejaht und ausgeführt, die Interessen des Prozessgegners würden genügend gewahrt, wenn ihm zugestanden werde, verlangen zu dürfen, dass sich der Rechtsnachfolger über die Weiterführung des Prozesses erkläre und allfällig auch seinerseits Vollmacht erteile. Von einem Nichteintreten auf die Berufung mangels Parteifähigkeit der erloschenen Gesellschaft war nicht die Rede. Zu beachten ist immerhin, dass in jenem Fall die Rechtspersönlichkeit *während* eines Prozesses unterging. Im Namen eines Verstorbenen kann daher ein Prozess nur *weitergeführt*, nicht aber neu angehoben werden.

Das Kassationsgericht hat sich zwar in ZR 97 [1998] Nr. 24 für ein Handeln des postmortalen Vertreters im Namen der Rechtsnachfolger bzw. der Erben

ausgesprochen. In jenem Fall war der Erbe indes bereits namentlich bekannt; demgegenüber wurde im Rechtsöffnungsgesuch ausgeführt, die Erben hätten vor Ablauf der Prosequierungsfrist noch nicht ermittelt werden können (Urk. 1 S. 3). Auch wenn das Rechtsöffnungsgesuch namens unbekannter Erben eingeleitet worden wäre, hätten diese doch nur über den Namen des verstorbenen Gesuchstellers identifiziert werden können. Es erscheint übertrieben formalistisch, das Rechtsöffnungsgesuch wegen dieses formalen Punktes scheitern zu lassen.

c) Das vorliegende Beschwerdeverfahren bildet die Fortsetzung des vorinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahrens. Der Gesuchsteller ist nun aber bereits vor der Rechtshängigkeit des Rechtsöffnungsverfahrens verstorben. Auf die Beschwerde ist demnach dann, aber auch nur dann, einzutreten, wenn schon das Rechtsöffnungsverfahren im Namen des verstorbenen Gesuchstellers angehoben werden konnte, d.h. als Fortsetzung eines bereits laufenden Verfahrens anzusehen war.

d) Im Zusammenhang mit der Zustellfiktion (d.h. mit der Frage, ob mit einer Zustellung zu rechnen sei) hat das Bundesgericht entschieden, dass ein Rechtsöffnungsverfahren ein *neues* Verfahren darstellt (BGE 130 III 396 Erw. 1.2.3 S. 400). Dessen ungeachtet bildet das Rechtsöffnungsverfahren Teil des durch den Rechtsvorschlag eingestellten Schuldbetreibungsverfahrens (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 40 f.). Die Rechtsöffnung setzt eine gültige Betreuung voraus und entfaltet ihre Wirkungen lediglich in der laufenden Betreuung. Im Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren ist ein Parteiwechsel grundsätzlich zulässig (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1984, § 9 Rz 50 f.; Stücheli, a.a.O., S. 78; Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 148). Vorliegend ist ausserdem zu beachten, dass nicht eine gewöhnliche Betreuung vorliegt, sondern das vorinstanzliche Rechtsöffnungsverfahren Teil des Verfahrens auf Arrestprosequierung (wofür kurze Fristen gelten; Art. 279 SchKG) war. Es wird deshalb auch vom *Prosequierungsverfahren* (KUKO-Meier-Dieterle, N 1 zu Art. 279 SchKG) und von der *Weiterverfolgung* des Arrestes gesprochen (BSK SchKG II-Reiser, N 1 zu Art. 279 SchKG). Bezüglich der Übertragbarkeit der

Sach- und Verfahrenslegitimation auf den Rechtsnachfolger des Arrestgläubigers oder -schuldners kommen die Regeln der ordentlichen Betreuung sinngemäss zur Anwendung (Ardinay, Die Arrestprosequierung nach schweizerischem Recht, Winterthur 1954, S. 9).

e) Die Natur der Sache verlangt auch im hier zu beurteilenden Fall ein Fortbestehen der eingereichten Prozessvollmacht (Urk. 3a) über den Tod des Vollmachtgebers hinaus (BK-Zäch, N 43 zu Art. 35 OR, mit weiteren Hinweisen; für das deutsche Recht vgl. § 86 D-ZPO). Im Lichte von BGE 50 II 27 E. 1 S. 30 muss dem Rechtsvertreter des verstorbenen Gesuchstellers weiter die Befugnis zuerkannt werden, das Betreibungs- und Prosequierungsverfahren im Namen der bisherigen Partei und mit Wirkung für die (noch unbekannt)en Rechtsnachfolger weiterzuführen, zumal kurze Fristen einzuhalten waren, um den Arrest aufrechtzuerhalten (Urk. 5/3 S. 2). Eine solche Weiterführung schliesst auch die Einleitung einer rein betreibungsrechtlichen Streitigkeit mit ein, bis sich die Rechtsnachfolger über die Annahme der Erbschaft und die Weiterführung des Prozesses geäussert haben. Aus dem Umstand, dass der Gesuchsteller nach Erwirkung des Arrestes und Einleitung der Betreuung, aber vor Stellung des Rechtsöffnungsbegehrens verstorben ist, kann mit anderen Worten nicht auf mangelnde Parteifähigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO) geschlossen werden. Auch wenn dem Rechtsvertreter das Recht zugestanden wird, das Rechtsöffnungsbegehren im Namen des verstorbenen Gläubigers zu erheben, ist augenfällig, dass die unbekannt)en, aber parteifähigen Erben vorbehältlich einer Ausschlagung rückwirkend in die Gläubiger- und Klägerstellung eintreten werden und ein allfälliges Urteil in der Sache auf ihren Namen zu ergehen hat. Daran ändert nichts, dass vorliegend allenfalls um eine Fristerstreckung hätte ersucht werden können (Art. 33 Abs. 2 SchKG), handelt es sich doch um ein grundsätzliches Problem, das sich auch inländischen Gläubigern stellt. Dass die Meinung vertreten wird, *alternativ* sei auch ein Handeln im Namen der Rechtsnachfolger zulässig (BK-Zäch, N 44 zu Art. 35 OR), ändert ebenfalls nichts daran, dass der Rechtsvertreter des verstorbenen Gesuchstellers in dessen Namen und mit Wirkung für die Erben den Arrest prosequieren und die Betreuung fortsetzen, d.h. das Rechtsöffnungsverfahren einleiten konnte.

f) Nach dem Gesagten ist auf die im Namen des verstorbenen Gesuchstellers erhobene Beschwerde, welche sich gegen den Endentscheid im Rechtsöffnungsverfahren richtet, einzutreten.

3. a) Die Vorinstanz erwog, weil der Gesuchsteller verstorben sei, fehle es ihm an der Rechtsfähigkeit und folglich auch an der Parteifähigkeit. Da es somit an einer Prozessvoraussetzung gebreche, sei auf das Rechtsöffnungsgesuch nicht einzutreten (Urk. 11 S. 2).

b) Der Rechtsvertreter des Gesuchstellers macht mit der Beschwerde geltend, im Falle des Todes einer Partei müsse deren Rechtsvertreter den Prozess im Namen der verstorbenen Partei fortsetzen können, bis die Erben bekannt seien (Urk. 10 S. 6 f.).

c) Dies ist nach den vorstehenden Ausführungen zutreffend; die Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens im Namen des verstorbenen Gesuchstellers war zulässig (oben Erw. 2.a-e).

d) Demgemäss ist die angefochtene Verfügung vom 6. Januar 2014 aufzuheben. Nachdem zum Rechtsöffnungsbegehren noch keine Stellungnahme eingeholt wurde, ist die Sache zur Fortführung des Rechtsöffnungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Diese wird zunächst die Erben zu ermitteln und deren Erklärung zur Weiterführung des Rechtsöffnungsverfahrens sowie die notwendigen Vollmachten einzuholen haben.

4. a) Für das Beschwerdeverfahren ist von einem Streitwert in Höhe von Fr. 237'585.45 auszugehen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 500.-- festzusetzen.

b) Die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens ist der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 6. Januar 2014 wird aufgehoben und die Sache wird an die Vorinstanz zur Fortführung des Verfahrens zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.
3. Die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird der Vorinstanz überlassen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von Urk. 19, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 237'585.45.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: mc