

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT150131-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss vom 18. November 2015

in Sachen

A. _____ in Liquidation,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

† B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 8. Juni 2015 (EB150111-L)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 26. Februar 2013 verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, den Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend Gesuchsgegner), dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend Gesuchsteller) Fr. 463'999.80 zuzüglich Zins zu 5% seit 15. April 2004 zu bezahlen (Urk. 4/6). Dieses Urteil wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 17. Mai 2013 vollumfänglich bestätigt (Urk. 4/7). Auf Ersuchen des Gesuchstellers erliess der Arrestrichter des Bezirks Zürich gestützt auf das vorgenannte Urteil des Obergerichts am 1. März 2013 einen Arrestbefehl, womit Vermögenswerte des Gesuchsgegners bei der PostFinance AG, ... [Adresse], und bei der UBS AG, ... [Adresse], sowie sämtliche Vermögensgegenstände an seinem Sitz an der C.____-Strasse ..., 8005 Zürich, verarrestiert wurden. Am 6. März 2013 wurde der Arrest vom Betreibungsamt Zürich 5 vollzogen (Urk. 4/3 S. 2). Daraufhin leitete der Gesuchsteller Betreuung ein, wobei der Gesuchsgegner am 27. März 2013 gegen den Zahlungsbefehl vom 14. März 2013 Rechtsvorschlag erhob. Mit Urteil vom 6. Juni 2013 hat das Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich in der Betreuung Nr. ..., Arrest Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 5, Zahlungsbefehl vom 14. März 2013, für Fr. 463'999.80 nebst Zins zu 5% seit 15. April 2004 sowie Fr. 1'000.– (Spruchgebühr des rechtskräftigen Arrestbefehls vom 1. März 2013) definitive Rechtsöffnung erteilt (Urk. 4/3).

2. Mit Urteil vom 23. Oktober 2013 des Konkursgerichts des Bezirks Zürich wurde auf Antrag des Gesuchstellers der Konkurs über den Gesuchsgegner eröffnet (Urk. 4/4), welcher am 3. Juni 2014 mangels Aktiven eingestellt wurde (Urk. 4/5). Am 18. Juni 2014 leitete der Gesuchsteller erneut Betreuung zwecks Prosequierung des vorgenannten Arrests ein. Der Gesuchsgegner erhob erneut Rechtsvorschlag (Urk. 4/2). Zur Beseitigung des Rechtsvorschlags reichte der Gesuchsteller am 29. August 2014 (Datum Poststempel) bei der Vorinstanz ein Gesuch um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung ein (Urk. 1). Am 19. September 2014 erfolgte die Löschung des Gesuchsgegners im Handelsregister. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2014 trat die Vorinstanz auf das Rechtsöffnungsbegehren nicht ein (Urk. 13). Sie begründete ihren Entscheid damit, dass die Rechtspersön-

lichkeit eines Vereins mit Schluss des Konkursverfahrens oder mit dessen Einstellung mangels Aktiven untergehe, weshalb dem Gesuchsgegner im Zeitpunkt der Gesuchseinleitung keine Rechtsfähigkeit und folglich keine Parteifähigkeit mehr zugekommen sei (Urk. 13 S. 2).

3. Gestützt auf eine vom Gesuchsgegner gegen diese Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2014 erhobene Beschwerde hob die Kammer den Nichteintretensentscheid mit Beschluss vom 10. Dezember 2014 auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück (Urk. 16). Auf eine dagegen vom Gesuchsgegner erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 2. Februar 2015 nicht ein (Urk. 19).

4. Nach Durchführung des Verfahrens erteilte die Vorinstanz mit Urteil vom 8. Juni 2015 dem Gesuchsteller die definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 5, Zahlungsbefehl vom 25. Juni 2014, für Fr. 463'999.80 nebst Zins zu 5 % seit 15. April 2004 (Urk. 34 S. 6 = Urk. 36 S. 6).

5. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner erneut innert Frist mit Eingabe vom 6. Juli 2015 Beschwerde, womit er beantragte, es sei in Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils auf das Rechtsöffnungsbegehren nicht einzutreten, eventuell sei die Sache zur ergänzenden Beweiserhebung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 35 S. 2). Mit Verfügung vom 3. August 2015 wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'500.- angesetzt (Urk. 41), welcher innert erstreckter Frist (Urk. 44) am 4. September 2015 geleistet wurde (Urk. 45).

6. Mit Eingabe vom 8. September 2015 (Urk. 46) reichte der Gesuchsgegner einen Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter vom 3. September 2015 ein, welchem zu entnehmen war, dass der Gesuchsteller offenbar bereits am tt.mm.2011 verstorben war (Urk. 47 S. 2). Gleichzeitig beantragte der Gesuchsgegner die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, bis über die beim Bezirksgericht Zürich hängige Beschwerde rechtskräftig entschieden worden sei (Urk. 46). Mit Verfügung vom 15. September 2015 wurde dem Gesuchsteller

Frist angesetzt, um zu den Vorbringen des Gesuchsgegners sowie insbesondere zur Frage seiner Betreibungs- und Parteifähigkeit Stellung zu nehmen und diese durch geeignete (Zivilstands-)Urkunden nachzuweisen (Urk. 48). Die Stellungnahme des Gesuchstellers bzw. seines Rechtsvertreters datiert vom 29. September 2015 (Urk. 49), überdies reicht er eine undatierte Vollmacht der Kinder des Gesuchstellers sowie den Erbschein vom 8. Dezember 2011 und einen Handelsregisterauszug des Gesuchsgegners ein (Urk. 50, Urk. 51/2 und Urk. 51/4).

7. Der Gesuchsgegner beantragt die Sistierung des vorliegenden Verfahrens, bis das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter im Verfahren CB150119-L rechtskräftig über die Nichtigkeit der bisherigen Betreuungsurkunden entschieden habe (Urk. 46). Jenem Verfahren liegt allerdings der Verlustschein Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 5 zugrunde, während im vorliegenden Verfahren der Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 5 Grundlage des Rechtsöffnungsverfahrens bildet. Da sich daher die Frage der Nichtigkeit zweier verschiedener Betreuungsurkunden stellt, erweist sich eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens als nicht zweckmässig im Sinne von Art. 126 Abs. 1 ZPO. Der Antrag auf Sistierung des vorliegenden Verfahrens ist daher abzuweisen.

8. a) Im Folgenden ist auf die Frage der Betreibungs- und Parteifähigkeit des Gesuchstellers einzugehen. Gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ist im Betreibungsbegehren der Name und Wohnort des Gläubigers anzugeben; diese Angaben sind gestützt auf Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG auch im Zahlungsbefehl enthalten. Die aktive Betreuungsfähigkeit ist die Befugnis, als Gläubiger in einer Betreuung seine Interessen selbstständig wahrzunehmen oder durch einen vertraglichen Vertreter wahrnehmen zu lassen. Betreuungsfähig ist, wer handlungsfähig ist (BSK SchKG I-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 N 18). Ein Zahlungsbefehl, in welchem der Gläubiger nicht klar und unzweideutig bezeichnet wird, ist grundsätzlich nichtig, eine fehlerhafte Parteibezeichnung kann nur ausnahmsweise berichtigt werden, sofern der Schuldner keine Zweifel über die Identität des Betreuungsgläubigers hegen konnte und durch nichts in seinen Interessen beeinträchtigt war (Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 67 N 17).

b) Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ macht geltend, seine Vollmacht erlösche gemäss ihrem Wortlaut nicht mit dem Ableben des Klienten. Die Erben träten ipso iure an die Stelle der verstorbenen Partei; das Versterben einer Prozesspartei während des Prozesses beende den Prozess nicht. Vielmehr sei der Prozess solange einzustellen, bis die Erben ermittelt seien und über die Frage der Ausschlagung entschieden sei. Trotz seiner nicht unwesentlichen Nachforschungsbemühungen und zahlreichen, erfolglosen Kontaktierungsversuchen habe er erst vorletzte Woche - das heisst in der ersten Hälfte September 2015 - von den beiden Erben des Gesuchstellers bevollmächtigt werden können (Urk. 49 S. 2). Gemäss dem eingereichten Erbschein vom 8. Dezember 2011 hätten - so Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ weiter - die Erben die Erbschaft nicht ausgeschlagen, weshalb das vorliegende Vollstreckungsverfahren weitergeführt werden könne und die Parteifähigkeit gegeben sei. Es handle sich bezüglich der zu vollstreckenden Ansprüche um eine unverteilte Erbschaft, die beiden Gesuchsteller träten daher als notwendige Streitgenossenschaft auf (Urk. 49 S. 2).

c) Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ verkennt mit dieser Argumentation, dass es beim vorliegenden Verfahren nicht um die Weiterführung eines bereits im Zeitpunkt des Todes des Gesuchstellers hängigen Prozesses geht, sondern dass das Vollstreckungsverfahren erst im Juni 2014 - und damit lange nach dem Tod des Gesuchstellers - eingeleitet und der dem vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren zugrunde liegende Zahlungsbefehl erst am 25. Juni 2014 ausgestellt wurde (Urk. 3). Dennoch wird ausdrücklich der Gesuchsteller als Gläubiger aufgeführt und nicht etwa seine beiden Kinder, welche gemäss Erbschein vom 8. Dezember 2011 seine einzigen gesetzlichen Erben sind (Urk. 51/2). Im Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung war daher der Gesuchsteller längst nicht mehr partei- und betreibungsfähig. Entgegen der Auffassung von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ liegt daher auch nicht ein - während des laufenden Betreibungs- oder Rechtsöffnungsverfahrens an sich zulässiger - Gläubigerwechsel durch Universalsukzession vor (Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 69; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 9 Rz 50 f.). Im Zeitpunkt der Anhebung der Betreuung war daher nicht mehr der Gesuchsteller Gläubiger der Forderung, sondern seine Erben als notwendige

Streitgenossenschaft. Eine Berichtigung des Rubrums, wie dies Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ fordert, kommt daher nicht in Betracht.

d) Eine Berichtigung des Zahlungsbefehls kommt sodann vorliegend ebenfalls nicht in Frage, weil für den Gesuchsgegner keine Klarheit über die Identität des Gläubigers herrschen konnte und durch den Gläubigerwechsel seine Stellung überdies beeinflusst werden könnte, was - wie bereits ausgeführt - eine Berichtigung ausschliesst. Vielmehr ist der Zahlungsbefehl nichtig. Die Nichtigkeit ist zudem von Amtes wegen und in jedem Stadium des Verfahrens zu berücksichtigen (Art. 22 Abs. 1 SchKG; BSK SchKG I-Cometta/Möckli, Art. 22 N 18; Stücheli, a.a.O., S. 92), weshalb die diesbezüglichen Vorbringen des Gesuchsgegners entgegen den Behauptungen von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ (Urk. 49 S. 3) auch nicht unter das Novenverbot von Art. 326 Abs. 1 ZPO fallen. Zudem fehlt dem Gesuchsteller aufgrund der fehlenden Betreuungsfähigkeit auch die Parteifähigkeit im Rechtsöffnungsverfahren (Stücheli, a.a.O., S. 92 FN 201). Aufgrund des nichtigen Zahlungsbefehls wird das Betreibungsverfahren und das vorliegende Beschwerdeverfahren gegenstandslos und ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, eine Beschwerdeantwort des Gesuchstellers einzuholen (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

10. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110 Nr. 28) auf Fr. 1'500.- festzusetzen. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 1'000.- ist zu bestätigen.

11. a) Die Gerichtskosten sind bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO nach Ermessen zu verteilen. Bei dieser Ermessensausübung ist in Betracht zu ziehen, welche Partei Anlass zum Verfahren gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben (BSK ZPO-Rüegg, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 107 N 8).

Gestützt auf Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten derjenige zu bezahlen, der sie verursacht hat. Dabei können die unnötigen Kosten auch die gesamten Prozesskosten sein, insbesondere wenn das ganze Verfahren durch ein bestimmtes Verhalten ausserhalb des Prozesses veranlasst wurde. Sodann können die Kosten gestützt auf Art. 108 ZPO nicht nur den Parteien, sondern auch Dritten auferlegt werden (BGer 4A_93/2015, Urteil vom 22. September 2015, E. 2.4., insbesondere E. 2.4.3., mit weiteren Hinweisen).

b) Angesichts des Umstands, dass der Gesuchsteller bereits im mm.2011 verstorben ist, das Vollstreckungsverfahren jedoch erst im Juni 2014 eingeleitet worden ist, kann Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ diesbezüglich keine (erneute) Instruktion des Gesuchstellers eingeholt haben. In seiner Stellungnahme zur Frage der Betreuungsfähigkeit bleibt er denn diesbezüglich auch unbestimmt, macht er doch geltend, die dem vorliegenden Vollstreckungsverfahren zugrunde liegende Klage sei am 10. Januar 2011 erhoben worden, also vor dem Versterben des Gesuchstellers. Er selber habe erst viel später - wann genau, lässt er allerdings offen - vom Tod des Gesuchstellers erfahren (Urk. 49 S. 3). Weiter führt er aus, dass es ihm - dem Rechtsvertreter - trotz seiner nicht unwesentlichen Nachforschungsbemühungen und zahlreichen, erfolglosen Kontaktierungsversuchen erst in der ersten Hälfte des Septembers 2015 möglich gewesen sei, von den beiden Erben des Gesuchstellers bevollmächtigt zu werden (Urk. 49 S. 2); dies, obwohl die Tochter des Gesuchstellers sowohl damals als auch heute an derselben Adresse gemeldet ist wie der Gesuchsteller (Urk. 51/2 und Urk. 52).

Angesichts der offensichtlich auch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ bekannten Rechtslage beim Versterben einer Prozesspartei (Urk. 49 S. 2) musste ihm klar sein, dass das Betreibungsverfahren, welches er im Namen des Gesuchstellers nach dessen Tod eingeleitet hat, nicht erfolgsversprechend sein konnte. Es sind ihm daher die Kosten des vorliegenden sowie des ersten Beschwerdeverfahrens (RT140154-O) und des erstinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen. Die Entscheidunggebühr wird aus dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers (RT140154-O) bzw. des Gesuchsgegners (RT150131-O) bezogen. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

ist zu verpflichten, dem Nachlass von †B._____ bzw. dem Gesuchsgegner die Vorschüsse von je Fr. 1'500.– zu ersetzen.

12. Entsprechend der Kostenaufgabe ist Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ antragsgemäss gestützt auf Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung für die erstinstanzlichen Verfahren sowie für das Beschwerdeverfahren RT140154-O zu bezahlen. Die Höhe der Entschädigung wurde von keiner der Parteien thematisiert, weshalb es angemessen erscheint, dem Gesuchsgegner die vorinstanzlich festgesetzte Entschädigung von insgesamt Fr. 5'400.– zuzusprechen (Urk. 36 S. 6, Dispositiv-Ziffer 3). Für das vorliegende Verfahren ist die Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist kein Mehrwertsteuerzuschlag zu veranschlagen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird abgewiesen.
2. Das Verfahren wird abgeschlossen.
3. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 1'000.– (Dispositiv Ziffer 2) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren RT140154-O werden Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird verpflichtet, dem Nachlass von †B._____ bzw. dem Gesuchsgegner die geleisteten Vorschüsse von je Fr. 1'500.– zu ersetzen. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

6. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche und die beiden Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 7'400.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, an den Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 49, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 463'999.80. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. November 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am: js