

# Bezirksgericht Zürich

3. Abteilung - Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: FV170225-L / U

Mitwirkend: Bezirksrichterin lic. iur. C. Semadeni  
Gerichtsschreiberin Dr. iur. S. Künzli

## Urteil und Verfügung vom 10. April 2018

in Sachen

**A.**,

Aberkennungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.

gegen

**B.**,

Aberkennungsbeklagte

betreffend **Aberkennung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 sowie act. 18)

**Antrag in der Hauptsache:**

- " 1. Es sei festzustellen, dass die von der Beklagten mit Betreuung Nr. 376234 des Betreibungsamts Zürich 11 (Zahlungsbefehl vom 13. Oktober 2016) geltend gemachten Forderungen von CHF 2'926.40 plus CHF 385.00 Verzugsschaden plus CHF 72.50 Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten nicht zu Recht bestehen.
2. Die vom Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz am 26. Oktober 2017 bewilligte provisorische Rechtsöffnung im Betrag von CHF 2'926.40 sei deshalb aufzuheben und die Betreuung sei einzustellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MWST zu Lasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

**I. Prozessgeschichte**

Mit Einreichen der begründeten Aberkennungsklage vom 21. November 2017 (Datum Poststempel) samt Beilagen (act. 1-3/8) machte die Aberkennungsklägerin das Verfahren hierorts anhängig. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2017 wurde der Aberkennungsbeklagten eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung angesetzt, um die schriftliche Stellungnahme zur Klagebegründung im Doppel einzureichen (act. 5), welche fristgerecht am 10. Januar 2018 beim Gericht einging (act. 7). Da dem Handelsregistereintrag die Berechtigung zur Unterzeichnung nicht entnommen werden konnte, wurde die Aberkennungsbeklagte mit Verfügung vom 10. Januar 2018 aufgefordert, eine entsprechende Vollmacht nachzureichen. Eine solche ging mit Schreiben vom 11. Januar 2018 beim Gericht ein (act. 11 und 12). In der Folge wurden die Parteien für die Hauptverhandlung mit Parteivorträgen und Vergleichsgesprächen sowie zur Verhandlung betreffend unentgeltliche Rechtspflege auf den 21. März 2018 vorgeladen (act. 13/1-3). Zur Hauptverhandlung erschienen einerseits der Rechtsvertreter der Aberkennungsklägerin (RA Dr.

iur. X.) in Begleitung derselben und deren Tochter C. sowie andererseits für die Aberkennungsbeklagte die Prokuristen D. und E. (Kollektivprokura zu zweien) mit je einer Prozessvollmacht (act. 17/1-2). Die Parteien erstatteten schriftlich resp. mündlich eine (ergänzende) Klagebegründung, Klageantwort, Replik, Duplik sowie eine Stellungnahme zu den Noven (act. 1, 7, 18 und Prot. S. 6 f.).

## II. Prozessuales

### 1. Zuständigkeit

Nach Art. 83 Abs. 2 SchKG ist auf Aberkennung einer Forderung, für die provisorische Rechtsöffnung gewährt worden ist, am Gericht des Betreibungsortes zu klagen. Betreibungsort der vorliegenden Forderung ist nach Art. 46 Abs. 1 SchKG der Wohnsitz des Schuldners. Die Betreibungen gegen die Aberkennungsklägerin wurden an deren Wohnsitz in Zürich eingeleitet (act. 3/2). Das Bezirksgericht Zürich ist damit örtlich zuständig.

Der Streitwert beträgt vorliegend Fr. 2'926.40, womit das Einzelgericht über die vorliegende Aberkennungsklage erstinstanzlich im vereinfachten Verfahren entscheidet (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO und § 24 lit. a GOG). Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich ist dadurch ebenfalls gegeben, ein Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. e Ziff. 1 ZPO).

### 2. Frist

Der Betriebene kann innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf dem Weg des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Ob die Klage rechtzeitig angehoben wurde, ist vom für den Aberkennungsprozess zuständigen Richter zu entscheiden, wobei die Frist mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids zu laufen beginnt (OF-Kommentar, Art. 83 Rz. 19).

Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Oktober 2017, Einzelgericht Audienz (EB171268) wurde der Klägerin am 2. November 2017 eröffnet, die Ab-

erkenntnisklage ging am 22. November 2017 hierorts ein (Datum Poststempel 21. November 2017). Die Erhebung der Aberkennungsklage erfolgte damit fristgerecht.

### 3. Prozessvoraussetzungen der Aberkennungsklage

Die Aberkennungsklage ist eine negative Feststellungsklage, mit der die Feststellung der Nichtexistenz der betriebenen Forderung verlangt werden kann (BGE 128 III 44, E. 4a m.w.H.; Staehelin, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [Hrsg.], BSK SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 83 N 14 m.w.H.). Aberkennungsklägerin im Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG ist die betriebene Schuldnerin, Aberkennungsbeklagte ist die betreibende Gläubigerin. Der Aberkennungsprozess soll die Frage nach Bestand und Fälligkeit der strittigen Forderung klären (BGE 128 III 44, E. 4, VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018, S. 152)). Damit ist die Aberkennungsklage eine materiellrechtliche Klage, die sich mit Ausnahme der Parteirollen und des Gerichtsstandes grundsätzlich nicht von einer ordentlichen Feststellungsklage unterscheidet (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 19 N 94, 101 und 103). Das für die negative Feststellungsklage notwendige Feststellungsinteresse wird durch die gegen die Aberkennungsklägerin laufende Schuldbetreibung begründet (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 83 N 17, (VOCK/MEISTER-MÜLLER, a.a.O., S. 152) und ist damit vorliegend vorhanden. Auch die weiteren für die Aberkennungsklage spezifischen Voraussetzungen, wonach die Betreuungsschuldner in den Betreibungsverfahren Rechtsvorschlag erhoben und der Gläubiger provisorische Rechtsöffnung erhalten haben muss, sind in casu gegeben (vgl. Entscheid über prov. Rechtsöffnung vom 26. Oktober 2017 [Geschäfts-Nr. EB171268, act. 3/1]).

Schliesslich ist auch die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien vorhanden (Art. 59 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 66 f. ZPO) und die Sache ist weder anderweitig rechtshängig noch wurde darüber bereits rechtskräftig entschieden (Art. 59 Abs. 2 lit. d und e ZPO).

Der vorliegende Prozess erweist sich überdies nach ordnungsgemäss durchgeführter Hauptverhandlung (vgl. Prot. S. 5 ff.) als spruchreif.

### **III. Materielles**

#### 1. Vorbemerkungen

Gegenstand des vorliegenden Rechtstreits ist die Bezahlung einer Schuld von CHF 2'926.40, für welche das Bezirksgericht Zürich der Aberkennungsbeklagten mit Entscheid vom 26. Oktober 2017 provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 376234 (Betreibungsamt Zürich 11, Zahlungsbefehl vom 13. Oktober 2016) gewährte. Die bestrittene Forderung wird dabei auf eine Pfändungsurkunde vom 12. Dezember 1990 in der Betreuung Nr. 71325 des Betreibungsamt Zürich 11 gestützt, wobei als Forderungsgrund "Forderung laut Vereinbarung vom 28.09.1987 gemäss Schreiben der M. vom 04.04.1990" aufgeführt wird. Der bisherige Verlauf des Verfahrens und die Existenz der Pfändungsurkunde (Verlustschein) ist von beiden Parteien unbestritten. Bestritten hingegen wird Bestand und Höhe der Forderung, welche der Pfändungsurkunde zugrunde liegen soll.

#### 2. Parteistandpunkte

##### 2.1 Substantiierungslast und Verlustschein als einziges Beweismittel für das Bestehen der Forderung

###### 2.1.1 Standpunkt der Aberkennungsklägerin

Die Aberkennungsklägerin bestreitet die Forderung von Fr. 2'926.40 in Bestand und Höhe und macht geltend, die Aberkennungsbeklagte habe es im bisherigen Verlauf des Verfahrens unterlassen, die besagte Forderung zu substantiieren. Die Aberkennungsklägerin wisse daher nicht, worum es sich bei der Forderung laut Vereinbarung handle. Mangels Substantiierung sei die Forderung daher auch nicht bewiesen. Es obliege jedoch klarerweise der Aberkennungsbeklagten, den Bestand der dem Verlustschein zugrunde liegenden Forderung zu beweisen. Das einzige Beweisstück, namentlich der in den Akten befindliche Verlustschein

(act. 3/3) genüge hierfür nicht. Wenn weder die Gläubigerin den Bestand noch die Schuldnerin den Nichtbestand der Forderung beweisen könne, so müsse die Aberkennungsklage gutgeheissen werden (act. 1, 18).

### 2.1.2 Standpunkt der Aberkennungsbeklagten

Die Aberkennungsbeklagte beantragt, es sei die Aberkennungsklage abzuweisen und macht geltend, im Rechtsöffnungsverfahren wäre die Rechtsöffnung verweigert worden, wenn eine Forderung gefehlt hätte. Da dies nicht geschehen sei und Rechtsöffnung erteilt wurde, habe die Aberkennungsklägerin (bereits) in jenem Verfahren den Bestand der Forderung nicht ausreichend substantiiert bestritten. Bis zum heutigen Tage habe die Klägerin die Forderung nie bestritten und könne nicht glaubhaft machen, weshalb gegen sie ein Verlustschein ausgestellt worden sei. Auch habe sie im ursprünglichen Verfahren keinen Rechtsvorschlag erhoben. Ein solcher hätte die ursprüngliche Gläubigerin (zumindest) in Kenntnis gesetzt, dass die Forderung bestritten werde, worauf die Gläubigerin die entsprechenden Unterlagen hätte vorlegen können. Nun seien aber 30 Jahre vergangen und es könne nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht erwartet werden, dass ein Gläubiger die dem Verlustschein zugrundeliegende Forderung aus dem Jahr 1987 noch greifbar habe, zumal Geschäftsunterlagen nach Art. 958 f. OR bloss zehn Jahre aufzubewahren seien. Die jetzige Bestreitung der Forderung erweise sich daher als rechtsmissbräuchlich.

### 2.2 Übrige Vorbringen

Anlässlich der Hauptverhandlung wurde seitens der Aberkennungsbeklagten weitere allgemeine Ausführungen gemacht hinsichtlich des damals gängigen internen als auch externen Verfahrensablaufs bis zur Ausstellung eines Verlustscheins (Prot. S. 6) unter Beilage der Mahnschreiben im konkreten Fall (act. 19/1-9), zur Problematik der Aufbewahrung von Unterlagen (Prot. S. 7) sowie zum Schreiben des Fürsorgeamts (act. 8/3), wonach nach Ansicht der Aberkennungsbeklagten die Aberkennungsklägerin den Anschein erweckt habe, dass lediglich ihre Bedürftigkeit Grund dafür sei, dass die Forderung bis heute nicht beglichen worden sei. Sie statuiert jedoch klar, dass sie nebst dem Verlustschein keine weiteren Urkun-

den betreffend die Forderung vorweisen könne (Prot. S. 6 und 9) und offeriert auch keine weiteren Beweise hierzu.

Seitens der Aberkennungsklägerin wurden die genannten Vorbringen bestritten (act. 18 S. 3 f.) und replicando weitere inhaltliche Ausführungen gemacht, weshalb die Forderung nicht bestehen könne. So müsste es eine Forderung aus Benzin, Heizöl oder dergleichen sein, da es sich bei der ursprünglichen Gläubigerin um U. gehandelt habe, welche mit Mineralöl- und sonstigen Produkten handle. Da die Klägerin jedoch nie Wohnungs- oder Hauseigentümerin gewesen sei und nie ein Auto besessen habe, sei eine solche Forderung unerklärlich.

Hinsichtlich dieses Einwands mutmasst die Aberkennungsbeklagte, dass möglicherweise dem Ehemann eine Benzinkarte zur Verfügung gestellt worden sei (Prot. S. 9) und die Forderung aus Solidarhaftung entstanden sein könnte (Prot. S. 13).

### 2.3 Zwischenfazit

Im vorliegenden Verfahren werden seitens der Aberkennungsbeklagten abgesehen vom Verlustschein keine weiteren Beweismittel offeriert. Die genannten weiteren Vorbringen sind allgemeiner Natur und wurden überdies weder substantiiert noch glaubhaft gemacht. Der Hinweis auf das Rechtsöffnungsverfahren ist überdies unbehelflich, da der Aberkennungsprozess durch den Rechtsöffnungsentscheid nicht präjudiziert wird (VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018, S. 152), da in letzterem Verfahren allein über die Vollstreckbarkeit der Forderung, nicht aber über deren Bestand und Höhe entschieden wird. Hinsichtlich des Schreibens des Fürsorgeamts lässt sich ebenfalls nichts hinsichtlich des Bestands der Forderung entnehmen, da dieses lediglich statuiert, dass die Aberkennungsklägerin wirtschaftliche Hilfe vom Fürsorgeamt beziehe und keine Zahlungen leisten werde, da dies ansonsten eine Schuldanerkennung darstellen würde (act. 8/3). Im Folgenden kann daher die Frage darauf beschränkt werden, ob ein Verlustschein als einziges Beweismittel reicht, um Bestand und Höhe der Forderung zu substantiiieren.

### 3. Subsumption

#### 3.1 Substantiierungs- und Beweislast

Im Bereich des SchKG gilt die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB direkt, soweit das Bundeszivilrecht die Entscheidungsgrundlage bildet (BSK ZGB I - Lardelli, Art. 8 N 26). Nach Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Mit der Beweislast geht auch die Behauptungslast sowie die Substantiierungspflicht einher. Substantiieren heisst Tatsachenbehauptungen so konkret formulieren, dass substantiierte Bestreitung möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b).

Von der Anerkennungsklage nach SchKG 79 unterscheidet sich die Aberkennungsklage nur durch den Wechsel der Parteirollen, die Beweislast wird dagegen nicht anders verteilt (bereits BGE 26 II 485 ff., BGE 95 II 617 E. 2, OF-Kommentar, Art. 83 N 11). Folglich obliegt es der Anerkennungsbeklagten, den Bestand der Forderung zu beweisen (BSK SchKG I - Staehelin, Art. 83 N 55, AMONN/WALTHER, a.a.O., § 19 Rz. 103). Dies muss überdies so konkret formuliert sein, dass eine substantiierte Bestreitung möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Glaubhaftmachung alleine genügt nicht, es muss der volle Beweis erbracht werden (VOCK/MEISTER-MÜLLER, a.a.O., S. 152; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 N 604). Der Schuldner auf der anderen Seite muss vorerst bloss den Nichtbestand der in Betreuung gesetzten Forderung behaupten (BK-Kummer, Art. 8 ZGB N 216). Kann weder der Gläubiger den Bestand, noch der Schuldner den Nichtbestand der Forderung beweisen, so muss die (Aberkennungs-)Klage gutgeheissen werden (BSK SchKG I - Staehelin, Art. 83 N 55).

#### 3.2 Verlustschein als Beweismittel für das Bestehen der Forderung

Grundsätzlich wurde bereits in BGE 26 II 485 ff. E.3 festgehalten, dass der Verlustschein lediglich die amtliche Bescheinigung darüber sei, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren bei dem Schuldner keine oder nicht vollständige Deckung für die betreffende Forderung erzielt werden konnte. Der Verlustschein bewirke über-

dies weder eine Novation noch begründe er einen neuen Schuldgrund, der neben den ursprünglichen trete und als selbständiger Klagegrund angerufen werden könne (BGE 26 II 486). Diese Rechtsprechung blieb unverändert (BGE 81 III 23, 86 III 80, 98 Ia 355) und wurde auch fortlaufend in der Lehre bestätigt (KREN KOSTKIEWICZ, OF-Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2016, Art. 149 N 2, HUNKELER, SchKG KuKo, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 149 N 7, BSK SchKG I-Huber, Art. 149 N 41 f., KREN KOSTKIEWICZ/VOCK [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 149 N 25). Weiter wurde auch in neuerer Lehre und Rechtsprechung verdeutlicht, dass ein Verlustschein keine Schuldanerkennung im eigentlichen Sinne darstelle, da sich der Schuldner nicht an seiner Ausstellung beteilige. Art. 149 Abs. 2 SchKG bezeichne den Verlustschein zwar als Schuldanerkennung, jedoch mit der Einschränkung "i.S.v. Art. 82 SchKG", mithin also nur als Titel zur Erlangung der provisorischen Rechtsöffnung (BGer Urteil v. 2.11.2015, 5A\_768/2014, E. 1.2.2; BGer Urteil v. 11.08.2001, 5P.196/2004, E. 1.1; KREN KOSTKIEWICZ/VOCK, a.a.O., Art. 149 N 25). Zusammenfassend wird daher der Verlustschein seit jeher zwar als amtliche Bestätigung über die Nichtdeckung einer Forderung behandelt, eine Wertpapierfunktion wird ihm jedoch aberkannt. Damit bleibt die Forderung unabhängig vom Verlustschein neben diesem bestehen und wird nicht etwa durch diesen ersetzt. Daraus ergibt sich, dass die Forderung als solche selbständig bewiesen werden muss.

Was indes der Verlustschein über die Forderung aussagt, wurde im Laufe der Zeit unterschiedlich gehandhabt, namentlich die Beweiskraft des Verlustscheins hat eine entscheidende Veränderung erfahren: In BGE 26 II 485 ff. wurde dem Verlustschein noch eine qualifizierte Beweiskraft beigemessen. Namentlich verschaffe er dem Inhaber des Scheins eine bevorzugte Beweisstellung und wirke prozessual wie eine eigentliche Schuldanerkennung. Es sei daher fachgemäss, wenn sich der Gläubiger damit begnügen dürfe, zum Beweise des Bestehens seiner Forderung (lediglich) den Verlustschein anzurufen und es daher dem Schuldner obliege, den Verlustschein zu entkräften und die durch den Verlustschein geschaffene Vermutung zu beseitigen.

Mit BGE 69 III 91 f. trat das Bundesgericht indes einen ersten Richtungswechsel an, welcher in nachfolgenden Urteilen bestätigt wurde: Da es sich eben um keine Schuldanerkennung handle, sei es "schwer verständlich", wenn einer Urkunde wie dem Pfändungsverlustschein, der selber kein Rechtstitel ist und auch keine Erklärung des Schuldners über die Existenz der Forderung enthalte, qualifizierte Beweiskraft beilegt würde (BGE 69 III 91 f. E. 1a). Gleichzeitig führt das Bundesgericht aber auch aus, dass dem Verlustschein nicht *keine* Beweiskraft zukomme. Er verurkunde (immerhin), dass der Schuldner in einer früheren Betreuung keinen Rechtsvorschlag erhoben habe, oder dass dieser durch Rechtsöffnung oder Urteil beseitigt worden sei. In diesem Sinne sei der Verlustschein ein *Indiz* für den Bestand der Forderung, dem der Richter dann entscheidende Bedeutung beimessen werde, wenn sich der Gläubiger infolge eines langen Zeitablaufes oder ähnlicher Gründe in die Unmöglichkeit versetzt sieht, von anderen Beweismitteln Gebrauch zu machen. In solchen Fällen habe der Schuldner, der keinen Rechtsvorschlag erhoben oder keine Aberkennungsklage angestrengt habe, selbst die Folgen dessen zu tragen, dass er nicht rechtzeitig einen gerichtlichen Entscheid über die streitige Forderung erwirkt habe (BGE 69 III 91 f. E. 1b). Dies treffe im konkreten Fall jedoch nicht zu, da der Gläubiger seiner Behauptungspflicht nicht nachgekommen sei. Diesem müsse zugemutet werden, seine Forderung so zu substantiieren, dass der Schuldner erfahre, auf welchen konkreten Sachverhalt sich diese stütze. Aus dem Verlustschein seien jedoch nicht einmal der Forderungstitel und das Datum jener Forderung ersichtlich (E. 2).

In BGE 98 Ia 355 wich das Bundesgericht für das Verfahren der definitiven Rechtsöffnung sogar von seiner vorherigen Qualifikation als Indiz ab und kam zum Schluss, dass ein vom Betreuungsschuldner vorgelegter, gegen den Betreuungsgläubiger ausgestellter Pfändungsverlustschein *für sich allein keinen urkundlichen Beweis* für den Bestand einer Gegenforderung bilde, die dem Begehren um definitive Rechtsöffnung verrechnungsweise entgegengehalten oder mit der die Aufhebung einer Betreuung erwirkt werden könne.

In BGE 102 Ia 363 wird wiederum die Frage diskutiert, ob im konkreten Falle trotz der bisherigen Praxis in einem Verfahren nach Art. 85 SchKG auf einen Verlust-

schein als einziges Beweismittel abgestellt werden dürfe und insbesondere unter aussergewöhnlichen Umständen, so bei weit zurückliegenden Ausstellungsdaten, der Verlustschein als Beweismittel für die Tilgung der Schuld anerkannt werden könne. Das Bundesgericht kam in diesem Urteil zum Schluss, dass einerseits aufgrund der Natur des Verfahrens nach Art. 85 SchKG, wonach nur völlig eindeutige Urkunden die zugunsten des Gläubigers sprechende Vermutung widerlegen können, aber auch aufgrund der dargestellten Rechtsnatur des Verlustscheines der Verlustschein *nicht* als zum Beweis für den Bestand einer Gegenforderung taugliche Urkunde anerkannt werden könne (E. 2c, bestätigt auch in BGE 116 III 66 E. 4b f für Konkursverlustscheine).

Gesamthaft zeigt die Entwicklung in der Rechtsprechung, dass dem Verlustschein die Bedeutung als Vermutung für das Bestehen einer Forderung klar abgesprochen und dessen Beweiskraft stark eingeschränkt wurde (KREN KOSTKIEWICZ/VOCK, a.a.O., Art. 149 N 25). In der Lehre wird die aktuelle Rechtslage sinngemäss so ausgelegt, dass die *Geltung als Indiz* für den Bestand der Forderung lediglich im Verfahren mit weniger strikten Beweisanforderungen tragbar sei (z.B. im Verfahren auf prov. Rechtsöffnung) und wenn zudem zufolge langen Zeitablaufs ein Beweisnotstand herrsche, da in jenen Fällen die Vorlage des Verlustscheins als glaubhaft gemachte Einrede i.S.v. Art. 82 Abs. 2 ausreichend wäre. Weil der Verlustschein nichts über den materiellen Bestand der Forderung aussage, helfe dem Gläubiger dieses Dokument jedoch in dem einem Rechtsöffnungsverfahren folgenden Prozess (An- oder Aberkennungsklage) nicht mehr weiter. Der Gläubiger habe nach wie vor die Anspruchsgrundlagen der Forderung selbst darzutun. Insbesondere könne der Gläubiger im Aberkennungsprozess seiner Beweislast nicht dadurch nachkommen, dass er lediglich den Verlustschein vorlege (BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Zürich 2006, Art. 149 N 25). Dies würde dem Verlustschein die Wirkungen einer Vermutung zugunsten des Bestandes der Forderung geben und zu einer Beweislastumkehr führen. Der Verlustschein habe jedoch eben keine derartigen Wirkungen (BSK SchKG I - Huber, Art. 149 N 42, BGer v. 25.08.2003, 4P.126/2003 E. 2.3).

Vorliegend muss die Aberkennungsbeklagte demnach als Trägerin der Beweislast mehr als nur den Verlustschein vorlegen, um die Forderung rechtsgenügend zu substantiieren. Denn der Verlustschein begründet keine Vermutung mehr zugunsten der Gläubigerin, weshalb ihr dadurch keine bevorzugte Prozessposition verschafft werden kann. Sie muss vielmehr wie in einem regulären Forderungsprozess die *Grundlagen der Forderung* darlegen, was sie vorliegend mangels anderer Beweismittel nicht darzutun vermag. Selbst unter alter Rechtsprechung, wonach der Verlustschein dann als Indiz für den Bestand der Forderung angesehen werden konnte, wenn ein Beweisnotstand vorhanden war, musste die Forderung substantiiert werden und ein klarer Forderungstitel erkennbar sein. Wenn im vorliegenden Verlustschein lediglich "Forderung laut Vereinbarung vom 29.09.1987 gemäss Schreiben der M. vom 04.04.1990" steht und die Aberkennungsbeklagte nichts Konkretes vorbringen kann und gemäss eigenen Aussagen lediglich mutmasst, um welche Vereinbarung es sich dabei handelt resp. welches konkrete Schreiben gemeint ist, so ist sie auch unter diesem Aspekt ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen. Die Aberkennungsklägerin kann daraus nicht erkennen, von welchem Sachverhalt gesprochen wird, was eine substantiierte Bestreitung oder die Erbringung des Gegenbeweises gänzlich verunmöglicht.

### 3.3 Fazit

Die Aberkennungsbeklagte kann die Grundlagen der Forderung nicht rechtsgenügend substantiieren, weshalb sie als Trägerin der Beweislast die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Die Aberkennungsklage ist daher gutzuheissen und es wird festgestellt, dass die Forderung von Fr. 2'926.40, für welche mit Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 26. Oktober 2017 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde (Geschäfts-Nr. EB171268), nicht besteht. Überdies wird das Betreibungsamt Zürich 11 angewiesen die Betreuung Nr. 376234 (Zahlungsbefehl vom 13. Oktober 2016) nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu löschen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind ausgangsgemäss der Aberkennungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weiter ist die Aberkennungsbeklagte zu verpflichten, der Aberkennungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Infolgedessen erübrigt sich das Gesuch der Aberkennungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Das Gesuch ist daher als gegenstandslos abzuschreiben.

Bei einem Streitwert von Fr. 2'926.40 erscheint in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 850.– als angemessen. Die Parteientschädigung errechnet sich unter Berücksichtigung der eingereichten Honorarnote von RA Dr. iur. X. (act. 20, der Aberkennungsbeklagten zugestellt am 29. März 2018 [act. 21]) sowie in Anlehnung an § 2 lit. a, § 4 Abs. 1 und 2 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 4'334.80 inkl. Mehrwertsteuer. Diese Entschädigung ist dem Vertreter der Aberkennungsklägerin direkt zuzusprechen (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 17).

#### **Es wird vorab verfügt:**

1. Das Gesuch der Aberkennungsklägerin um unentgeltliche Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Aberkennungsklage wird gutgeheissen.

Es wird festgestellt, dass die Forderung von Fr. 2'926.40, für welche mit Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 26. Oktober

2017 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde (Geschäfts-Nr. EB171268), nicht besteht.

Das Betreibungsamt Zürich 11 wird angewiesen die Betreuung Nr. 376234 (Zahlungsbefehl vom 13. Oktober 2016) nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu löschen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 850.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen des Gerichts bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Aberkennungsbeklagten auferlegt.
4. Die Aberkennungsbeklagte wird verpflichtet, RA Dr. iur. X. als Vertreter der Aberkennungsklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'334.80 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Betreibungsamt Zürich 11 im Dispositivauszug gemäss Ziffer 1.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 10. April 2018

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH  
3. Abteilung - Einzelgericht

Die Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Semadeni

Dr. iur. S. Künzli