

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170161-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 14. August 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

... **B.**_____ **SAS,**

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.

X2.____,

betreffend

nachträglicher Rechtsvorschlag gemäss Art. 77 SchKG

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 7. Juli 2017 (EB170155)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei nachträglich Rechtsvorschlag gegen die Betreuung Nr. ... vom 1. Februar 2016 des Betreibungsamt Birmensdorf über CHF 711'519.70 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. November 2015 zu bewilligen.
2. Es sei die vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... vom 1. Februar 2016 des Betreibungsamt Birmensdorf über CHF 711'519.70 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. November 2015 anzuordnen.
3. Es seien die Verwertungsbegehren der Gläubigerin aufzuheben.
4. Es sei festzustellen, dass die Forderung bezüglich der Betreuung Nr. ... vom 1. Februar 2016 des Betreibungsamt Birmensdorf über CHF 711'519.70 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. November 2015 nicht besteht.
5. Es sei die Betreuung Nr. ... zu löschen.
6. Es sei der Arrest Nr. EQ160003-M aufzuheben.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gläubigerin."

Verfügung und Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 7. Juli 2017

(act. 25)

Es wird verfügt:

1. Die mit Verfügung vom 9. Juni 2017 superprovisorisch getroffene Anordnung, nämlich die Anweisung an das Betreibungsamt Birmensdorf, per sofort jegliche Verwertungshandlungen in der Betreuung Nr. ... zu unterlassen, wird aufgehoben.
2. Auf das Gesuch vom 4. April 2017 wird hinsichtlich der Rechtsbegehren 3-6 nicht eingetreten.
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen, schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Der nachträgliche Rechtsvorschlag in Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Birmensdorf, Zahlungsbefehl vom 1. Februar 2016, wird nicht bewilligt.
2. Die Spruchgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Spruchgebühr wird dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von Fr. 3'500.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen.
5. Mitteilungen.
6. **Dieser Entscheid ist rechtskräftig.**
(Rechtsmittelbelehrung)

Beschwerdeanträge

des Gesuchstellers und Beschwerdeführers (act. 26 S. 2)

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 7. Juli (Geschäfts-Nr. EB170155-M/U) aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer nachträglicher Rechtsvorschlag gegen die Betreuung Nr. ... vom 1. Februar 2016 des Betrei-bungsamts Birmensdorf über Fr. 711'519.70 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. November 2015 zu bewilligen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 7. Juli 2017 (Ge-schäfts-Nr. EB170155-M/U) aufzuheben und es sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Dietikon zurückzuweisen.
3. Es sei die vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... vom 1. Februar 2016 des Betreibungsamts Birmensdorf über CHF 711'519.70 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. November 2015 anzuordnen.
4. Es seien die Verwertungsbegehren der Beschwerdegegnerin aufzuheben.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Erwägungen:

1. a) Das Betreibungsamt Birmensdorf zeigte A._____ (Schuldner, Gesuchsteller und Beschwerdeführer, nachfolgend Schuldner) in der Betreuung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 1. Februar 2016, act. 2/9) mit Schreiben vom 27. März 2017 an, dass ein Gläubigerwechsel (Art. 77 SchKG) stattgefunden habe und die ... B._____ SAS (Gläubigerin, Gesuchs- und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) neue Gläubigerin der in Betreuung gesetzten Forderung sei (act. 2/1). Mit Eingabe vom 4. April 2017 ersuchte der Schuldner das Bezirksgericht Dietikon u.a. um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages. Im Rahmen dieses Gesuches stellte der Schuldner das Begehren, es sei die vorläufige Einstellung dieser Betreuung anzuordnen (act. 1). Letzteres wies das Einzelgericht im summarischen Verfahren mit Verfügung vom 11. April 2017 ab und setzte der Gläubigerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch betreffend Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages an (act. 3). In der Folge stellte die Vorinstanz die Stellungnahme der Gläubigerin vom 19. April 2017 (act. 5) dem Schuldner zu unter Fristansetzung zur Stellungnahme zu den Noven (Verfügung vom 20. April 2017, act. 8). Der Schuldner reichte mit Eingabe vom 4. Mai 2017 eine weitere Rechtschrift samt Beilagen ein (act. 12, act. 13/1-9).

Gegen die Abweisung des Gesuches um vorläufige Einstellung der Betreuung erhob der Schuldner Beschwerde, worauf das Obergericht im Rahmen einer superprovisorischen Anordnung mit Verfügung vom 26. April 2017 das Betreibungsamt Birmensdorf anwies, per sofort jegliche Verwertungshandlung in der Betreuung Nr. ... zu unterlassen (act. 11). Diese superprovisorische Anordnung hob das Obergericht mit Beschluss vom 2. Juni 2017 wieder auf und trat auf die Beschwerde des Schuldners nicht ein (act. 14).

Mit Verfügung vom 9. Juni 2017 zog die Vorinstanz ihren superprovisorischen Entscheid vom 11. April 2017 in Wiedererwägung, stellte die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Birmensdorf vorläufig ein und wies das Betreibungsamt an, per sofort jegliche Verwertungshandlungen zu unterlassen. Gleichzeitig wurde der Gläubigerin Frist zur Stellungnahme zur superprovisorischen Anordnung gesetzt und die Eingabe des Schuldners vom 4. Mai 2017 samt Beilagen zugestellt (act. 15). Die Gläubigerin verzichtete ausdrücklich auf eine Stellungnahme zur superprovisorisch angeordneten vorläufigen Einstellung, nahm jedoch zur Eingabe des Schuldners vom 4. Mai 2017 Stellung (act. 18). Diese Eingabe vom 20. Juni 2017 wurde dem Schuldner in der Folge zur Kenntnisnahme und zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (act. 19). Mit Eingabe vom 4. Juli 2017 liess sich der Schuldner erneut vernehmen (act. 21). Diese Eingabe wurde der Gläubigerin mit dem Endentscheid zugestellt (vgl. act. 25 S. 3-4 und S. 11). Die Vorinstanz wies das Gesuch des Schuldners um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages mit dem eingangs erwähnten Urteil vom 7. Juli 2017 ab. Gleichzeitig hob sie die mit Verfügung vom 9. Juni 2017 superprovisorisch getroffene Anordnung auf. Ferner trat sie hinsichtlich der Rechtsbegehren 3-6 auf das Gesuch vom 4. April 2017 nicht ein (act. 25).

b) Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner fristgerecht mit Eingabe vom 24. Juli 2017 (Poststempel) Beschwerde (act. 26 i.V.m. act. 25 und act. 23/3) und stellte vorerwähnte Anträge (act. 26).

2. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-23). Von der Einforderung eines Kostenvorschusses vom Schuldner und der Einholung einer Beschwerdeantwort ist abzusehen (Art. 98 und Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.
3. a) Gemäss Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 2 ZPO sind Entscheide betreffend Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages mit Beschwerde anfechtbar. Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue

Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht. Die Beschwerde führende Partei hat sich in der Begründung ihres Rechtsmittels mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und hat anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach ihrer Auffassung leidet (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Auflage, Art. 326 N 3 und Art. 321 N 15).

b) Da heute über die Beschwerde zu entscheiden ist, wird das Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreibung gegenstandslos. Darauf ist nicht mehr einzugehen.

4. a) Kommt es während des laufenden Betreibungsverfahrens zu einem Gläubigerwechsel, kann der Betriebene bis zur Verteilung oder Konkureröffnung nachträglich einen Rechtsvorschlag erheben (Art. 77 Abs. 1 SchKG). Der Rechtsvorschlag ist innert 10 Tagen ab Kenntnis vom Gläubigerwechsel (den das Betreibungsamt dem Schuldner anzuzeigen hat) schriftlich begründet beim Gericht des Betreibungsortes anzubringen. Die Einreden gegen den neuen Gläubiger sind glaubhaft zu machen (Art. 77 Abs. 2 und Abs. 5 SchKG). Der Richter führt ein Bewilligungsverfahren durch. Vorgebracht können nur im Gläubigerwechsel begründete Einwendungen, die sich entweder gegenüber dem neuen Gläubiger ergeben (bspw. Verrechnung) oder sich gegen den Forderungsübergang resp. den dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgrund an sich richten (BSK SchKG I-Bessenich, 2. Auflage, Art. 77 N 4 ff.). Das Gericht entscheidet über die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. b ZPO).

b) Da der Summarrichter nur über die Zulassung resp. Bewilligung des nachträglich erhobenen Rechtsvorschlages entscheiden kann, ist auf den Antrag auf Aufhebung des Verwertungsbegehrens (Beschwerdeantrag Ziffer 4) nicht einzutreten.

- c) Bevor auf den materiellen Teil der Beschwerde (Einwendungen gegen den Forderungsübergang an die neue Gläubigerin) einzugehen ist, ist vorab abzuklären, welche vorinstanzlichen Ausführungen des Schuldners unter dem Aspekt des Novenverbotes überhaupt zulässig sind. Zu diesem Zweck ist kurz auf das Wesen des summarischen Verfahrens einzugehen.
5. a) Die Vorinstanz erwog unter Hinweis auf die entsprechenden Kommentirstellen zur Zivilprozessordnung (Zürcher Kommentar und DIKE), das summarische Verfahren sei seinem Wesen nach ein schnelles und einfaches Verfahren und zeichne sich dadurch aus, dass die Parteien dem Gericht den Sachverhalt (mit zugehörigen Beweismitteln) im Gesuch bzw. in der Stellungnahme zum Gesuch beizubringen hätten. Die Novenschranke trete bereits nach dem Gesuch bzw. der Stellungnahme dazu ein. Zwar stehe es einer Partei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum unbeschränkten Replikrecht frei, sich nach Erhalt einer gegnerischen Eingabe zur Kenntnisnahme noch einmal zur Sache zu äussern. Auch dieses vom Bundesgericht anerkannte Recht auf Stellungnahme könne und dürfe aber nicht dazu führen, dass mittels einer solchen Schrift unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel eingereicht werden könnten. Das aus Art. 29 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessende Replikrecht könne nicht der Vervollständigung des Gesuches dienen. Das unbeschränkte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln sei in allen Fällen nur im Gesuch und in der Stellungnahme zum Gesuch möglich. Der Schuldner habe seine Tatsachenbehauptungen und die einzelnen Beweismittel aufgrund der einstufigen Konzipierung des Verfahrens bereits mit seinem ersten Vortrag vollständig, substantiiert und abschliessend aufzustellen und zu bezeichnen. Danach seien lediglich echte und unechte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO zu berücksichtigen, sofern sie sofort vorgebracht werden (act. 25 S. 4-5).
- b) Der Schuldner brachte vor, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt. Sie habe nicht ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet, weshalb gemäss dem Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung von Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger vor-

liegend das Novenrecht gewahrt bleibe. Die Vorinstanz habe ihn im Kurzbrief vom 22. Juni 2017 zur freien Stellungnahme aufgefordert. Dies bedeute für ihn, dass das Replikrecht solange gelte, als eine Partei von ihrem Gehörsanspruch Gebrauch machen wolle. Sämtliche Eingaben seien jeweils der anderen Partei zuzustellen, und zwar so lange, "bis sich keine Partei mehr äussere" (act. 26 Ziff. 3.9-3.10, 3.14).

c) In Art. 252 ff. ZPO ist das Summarverfahren geregelt. Zusätzlich gelten sinngemäss die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 220 ff. ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Weiter sieht das Gesetz im summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO; KU-KO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage, Art. 252 N 7). Ein Gesuchsteller hat mithin sein gesamtes Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und - soweit möglich - Beweismittelvorlegung) mit dem Gesuch um nachträglichen Rechtsvorschlag zu liefern. Davon ausgenommen sind Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, bei welchen es sich um Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handelt. Zudem kann der Gesuchsteller im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu den vom Gesuchsgegner vorgebrachten Noven Stellung nehmen. Die blosser Bestreitung des gegnerischen Parteivortrages stellt kein Novum dar und muss von einem Gesuchsteller grundsätzlich vorausgesetzt werden. Im Summarverfahren tritt also der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Dieses Vorgehen steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Aktenschluss, wenn im ordentlichen Verfahren ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO) stattfand. Das Bundesgericht hat unter Hinweis auf Art. 229 Abs. 1 ZPO festgehalten, nach einem zweifachen Schriftenwechsel trete der Aktenschluss ein, unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfinde. Neue Tatsachen und Beweismittel könnten danach nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO eingebracht werden. Wäre es möglich, an einer einem doppelten Schriftenwechsel folgenden Instruktionsverhandlung (bzw. bei all-

fälligen mehreren Instruktionsverhandlungen an der letzten) noch unbeschränkt Tatsachen vorzubringen, wäre die Eventualmaxime in das Ermessen des Gerichts gestellt und eine Partei wüsste von vornherein nie, wann der Aktenschluss eintrete. Ein solches Vorgehen – so das Bundesgericht – widerspreche einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf (BGE 140 III 312 Erw. 6.3.2.3; vgl. dazu auch OG ZH LF140087 vom 16.12.2014, Erw. 7). Dem Schuldner wurde deshalb zu Recht mit Verfügung vom 20. April 2017 lediglich unter Säumnisandrohung Frist zur Stellungnahme zu den Noven angesetzt (act. 8). Damit wurde kein zweiter Schriftenwechsel im Sinne von Art. 225 ZPO eingeleitet. Der vom Schuldner zitierten Literaturstelle (ZK ZPO-Leuenberger, 3. Auflage, Art. 229 N 17) kann nichts anderes entnommen werden. Dass ohne ausdrücklichen Verzicht des Gerichts auf eine mündliche Verhandlung über das Gesuch ein Anspruch auf einen zweiten Vortrag mit unbeschränktem Novenrecht bestünde – so die Ansicht des Schuldners –, lässt sich der Literaturstelle nicht entnehmen. Eine Ausnahme vom Eintritt der Novenschranke nach Einreichung und Beantwortung des Gesuches besteht vielmehr nur dort, wo das Gericht ausnahmsweise nicht auf eine mündliche Verhandlung verzichten darf. Das ist z.Bsp. im Verfahren über die Bewilligung des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung nach Art 181 SchKG der Fall, da das Gesetz dort ausdrücklich vorschreibt, dass die Parteien *vorzuladen* seien. Im Verfahren über den nachträglichen Rechtsvorschlag sind die Parteien dagegen lediglich *einzuvernehmen* (Art. 77 Abs. 3 SchKG). Das kann, wie im summarischen Verfahren nach der ZPO üblich, auch schriftlich geschehen (vgl. ausdrücklich – wenn auch noch vor Inkrafttreten der ZPO – LGVE 1996 I Nr. 40; vgl. auch BSK ZPO-MAZAN, 3. Auflage, Art. 251 N 10 f.). Von einem Fall, in dem das Gericht nicht auf eine Verhandlung verzichten dürfte (bzw. hätte verzichten dürfen), ist daher nicht auszugehen. Wie bereits erwähnt, wurde dem Schuldner mit Verfügung vom 20. April 2017 unter Säumnisandrohung lediglich Frist zur Stellungnahme zu den Noven angesetzt (act. 8). Die Eingabe der Gläubigerin vom 20. Juni 2017 (Stellungnahme zur Eingabe des Schuldners vom 4. Mai 2017, act. 18) wurde dem Schuldner formlos zur

Kenntnisnahme und zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (act. 19). Beide Zustellungen an den Schuldner erfolgten unter dem Aspekt der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Das allgemeine Replikrecht erlaubte es dem Schuldner, sich zu den Stellungnahmen der neuen Gläubigerin zu äussern. Wenn der Schuldner daraus ableitet, seine neuen Vorbringen hätten gehört werden müssen, vermischt er das Replik- und das Novenrecht. Der Umstand, dass eine Partei sich aufgrund des allgemeinen Replikrechts zu jeder Eingabe der Gegenpartei äussern darf, heisst nicht, dass in einer solchen Stellungnahme auch unbeschränkt neue Tatsachen vorgebracht werden können (vgl. OGer ZH LF160079 vom 13.2.2017, Erw. II./5b mit Hinweisen). Etwas anderes geht auch nicht aus der vom Schuldner erwähnten Kommentarstelle (BK ZPO II-Güngerich, Art. 253 N 10 f.) hervor. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf die neuen Vorbringen des Schuldners in seinen Stellungnahmen vom 4. Mai 2017 (act. 12, Beilagen act. 13/1-9) und vom 4. Juli 2017 (act. 21) nur noch unter dem Blickwinkel zulässiger Noven nach Art. 229 Abs. 1 ZPO einging.

d) Nachfolgend ist sind die Einwendungen gegen den Forderungsübergang zu thematisieren.

6. a) Die Vorinstanz brachte vor, der Schuldner mache zumindest sinngemäss einen Mangel im Forderungsübergang geltend, ohne dies jedoch näher auszuführen. Die Gläubigerin habe mit ihrer Stellungnahme vom 19. April 2017 eine Zession vom 24. März 2017 ins Recht gelegt (act. 7/1), welche sie auch dem Betreibungsamt Birmensdorf habe zukommen lassen, als sie diesem den Gläubigerwechsel anzeigte (act. 7/2). Dies sei seitens des Schuldners nicht bestritten worden. Ihm sei es mit seinem Vorbringen nicht gelungen, einen Mangel am Forderungsübergang glaubhaft zu machen. Er habe sich in seinem Gesuch vom 4. April 2017 nicht ansatzweise substantiiert und spezifiziert mit dem Forderungsübergang von der ehemaligen zur neuen Gläubigerin auseinander gesetzt. Der schlichte Satz, die Gläubigerin sei nicht berechtigt, da sie das Beweismittel missen lasse, genüge einer substantiierten Darlegung der Tatsachenbehauptungen nicht (act. 25 Erw. 4.2.1). In seiner

Eingabe vom 4. Mai 2017 habe sich der Schuldner sodann mit der Zession vom 24. März 2017 detailliert auseinandergesetzt (vgl. dazu act. 12 S. 3-6). Da er der Vorgabe, präzise darzulegen, welche Behauptung der Gegenseite aus welchem Grund als Novum zu erachten sei (vgl. act. 8) – trotz Hinweis in der Verfügung vom 20. April 2017 – nicht nachgekommen sei, seien seine Ausführungen zur Zession in der Eingabe vom 4. Mai 2017 bereits aus diesem Grunde unbeachtlich. Indem der Schuldner erst in einem zweiten Parteivortrag die Einwendungen gegen den Forderungsübergang substantiiere, hätten diese Ausführungen – so die Vorinstanz – als verspätet zu gelten. Diesbezüglich verneinte die Vorinstanz auch die Zulässigkeit des Vorbringens unechter Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO. Die Gläubigerin – so die Vorinstanz – habe sich gegenüber dem Betreibungsamt mittels Zessionsurkunde als neue Gläubigerin ausgewiesen. Wenn sich der Schuldner hernach auf den Standpunkt stelle, für den Forderungsübergang lasse die Gläubigerin das Beweismittel missen, so gehe er fehl. Sie habe glaubhaft dargelegt, dass der Forderungsübergang genügend angezeigt worden sei. Dem Schuldner stehe jederzeit ein Einsichtsrecht in die Betreibungsakten zu, und es sei ihm bei pflichtgemässer Sorgfalt nicht nur zumutbar sondern er wäre gar verpflichtet gewesen, die Zession beim Betreibungsamt einzusehen, um seine Vorbringen bereits in seinem ersten und grundsätzlich einzigen Parteivortrag substantiiert darzulegen. Er behaupte denn auch nicht, die Kenntnisnahme der Zession sei ihm innert seiner zehntägigen Frist nicht möglich gewesen. Damit stellten seine Vorbringen in der Eingabe vom 4. Mai 2017, Ziff. II/1.-3, keine zulässigen Noven im Sinne von Art. 229 ZPO dar und seien nicht zu berücksichtigen. Seine Vorbringen in der Eingabe vom 4. Juli 2017 seien ebenfalls verspätet und stellten weder echte noch unechte Noven im Sinne von Art. 229 ZPO dar, weshalb auch sie unberücksichtigt blieben. Die Ausführungen und Erklärungen dazu, weshalb es sich bei seiner in Eingabe vom 4. Mai 2017 geltend gemachten Einwendungen gegen die Zession um unechte Noven handeln solle (vgl. act. 21 S. 4 f.), seien somit einerseits verspätet und zielten andererseits ebenfalls ins Leere (act. 25 Erw. 4.2.2.).

b) Der Schuldner führte in der Beschwerde u.a. aus, ein Rechtsvorschlag könne ohne Begründung erhoben werden. Er sei als Laie davon ausgegangen, dass es für den nachträglichen Rechtsvorschlag dementsprechend keiner Beweise bedürfe. Er habe erkannt, dass ... B._____ SAS nicht der neue Gläubiger sein könne. Er habe ebenso erkannt, dass das Geltendmachen der Forderung, von welcher Firma auch immer, der uneingeschränkten Handlungsfreiheit von C._____ zuzuschreiben sei. Er habe deshalb, um den Einwand gegen die bestrittene Forderungsabtretung glaubhaft zu machen, die Stellung von C._____ in den betroffenen Unternehmen aufgezeigt. Damit habe er als Laie bereits in der ersten Rechtsschrift rechtsgenügend geltend gemacht, dass ein unzulässiger Forderungsübergang und eine unzulässige Verbindung der Gläubigerpartei erfolgt sei. Nach Treu und Glauben sei daher die Einrede gegen die Zession rechtzeitig geltend gemacht worden (act. 26 Ziff. 3.2-3.3). Unter Notifikation verstehe man die formelle Benachrichtigung eines Schuldners und nicht die Akteneinsicht. Nach französischem Recht habe diese Benachrichtigung durch den Gläubiger mittels einer notariellen Urkunde oder durch das Gericht zu erfolgen. In Erwartung eines derartigen Dokuments habe er keine Veranlassung gehabt, sich beim Betreibungsamt nach einem allfällig vorhandenen Dokument zu erkundigen. Er habe wegen einer allfälligen weiteren Zession keinerlei Veranlassung gehabt, beim Betreibungsamt Akteneinsicht zu nehmen. Der Gemeindevorsteher habe es zudem versäumt, in seiner Anzeige vom 27. März 2017 (act. 2/1) zu erwähnen, dass Akten vorlägen. Er hätte darauf aufmerksam machen müssen, dass Akteneinsicht genommen werden könne, ähnlich wie der Liquidator den Gläubigern im Konkursverfahren mitteilen müsse, dass Einsicht in den aufliegenden Kollokationsplan genommen werden könne. Ihm sei als Laie sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Zession vom 24. März 2017, welche die Gläubigerin mit ihrer Stellungnahme vom 19. April 2017 eingereicht habe, stelle ein Novum dar, zu dem er sich in seiner Stellungnahme vom 4. Mai 2017 noch äussern dürfe. Er habe trotz zumutbarer Sorgfalt nichts gegen die Zession vorbringen können, da er in begründeter Weise davon ausgegangen sei, dass die Forderungsübertra-

gung gemäss dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung der D._____ Holding AG vom 10. Januar 2017 bereits abgeschlossen gewesen sei (act. 26 Ziff. 3.4.-3.8.).

c) Seiner Argumentation kann nicht gefolgt werden. In der Eingabe vom 4. April 2017 an die Vorinstanz brachte er vor, die bisherige Gläubigerin (S.A.R.L. B._____ et Cie) der Betreibungsforderung sei ein Auftragsfabrikant mit Sitz in E._____, Frankreich. Die D._____ AG habe ihre Produkte bei der bisherigen Gläubigerin fabrizieren lassen. Ihre Forderung über EUR 656'786.19 habe sie mit Schreiben vom 17. November 2015 gegenüber der D._____ AG bei F._____ und der D._____ Holding AG geltend gemacht. Gegenüber ihm, A._____, sei ein Arrestbefehl ergangen und die Betreuung Nr. ... vom 1. Februar 2016 des Betreibungsamtes Birmensdorf über CHF 711'519.70 eingeleitet worden. Zwischenzeitlich sei über die bisherige Gläubigerin der Konkurs eröffnet worden. C._____ (der im Übrigen auch Verwaltungsratspräsident der D._____ Holding AG sei) habe mit seiner tschechischen Firma, der G._____ CZ, gewisse Aktiven der bisherigen Gläubigerin übernommen, insbesondere gemäss Urteil des Handelsgerichts Lorient vom 19. Dezember 2016 auch die Konkursforderung. Die G._____ CZ habe eine neue Firma in Frankreich gegründet, welche nun als neue Gläubigerin (... B._____ SAS) auftrete. Die Gesellschaften seien wirtschaftlich verbunden. C._____ erscheine bei der G._____ CZ und bei der neuen Gläubigerin als Präsident bzw. Prokurist mit Einzelunterschrift. Die neue Gläubigerin sei nicht berechtigt, als solche aufzutreten. Sie lasse das Beweismittel missen (act. 1 Ziff. I-III.2).

Der Schuldner hat mit diesen Ausführungen zwar die Berechtigung der neuen Gläubigerin, die in Betreuung gesetzte Schuld geltend zu machen, vor Vorinstanz rechtzeitig bestritten. Daraus lässt sich indes nichts für den Schuldner ableiten. Zusätzlich zu dieser Bestreitung hat der Schuldner innert Frist auch seine Einreden gegen die neue Gläubigerin glaubhaft zu machen (vgl. dazu vorstehend Ziff. 4.a). Auch wenn der Schuldner juristischer Laie ist, kann er sich nicht darauf berufen, vom klaren Gesetzeswortlaut (Art. 77

Abs. 2 SchKG) keine Kenntnis gehabt zu haben, zumal das Betreibungsamt ihn mit der eingangs erwähnten Anzeige vom 27. März 2017 ausdrücklich darauf hinwies, ein nachträglicher Rechtsvorschlag müsse begründet werden und die Einreden gegen die neue Gläubigerin seien glaubhaft zu machen (act. 2/1). Aus demselben Grund kann der Schuldner der neuen Gläubigerin auch nicht entgegen halten, sie lasse es an Beweismitteln missen – es war an ihm, die fehlende Berechtigung der neuen Gläubigerin glaubhaft zu machen, und nicht an ihr, ihre Berechtigung zu beweisen. Mit den Hinweisen auf die Verbindung zwischen den involvierten Gesellschaften, insbesondere auf die bestimmende Stellung von C._____, hat der Schuldner keine konkrete Einrede gegen die Berechtigung der Gläubigerin glaubhaft gemacht. Der Umstand alleine, dass Gesellschaften verbunden sind und von der nämlichen natürlichen Person beherrscht werden, spricht nicht gegen den entsprechenden Rechtsübergang. Auch in Bezug auf die Akteneinsicht kann den Vorbringen des Schuldners nicht gefolgt werden. Nachdem das Betreibungsamt den Schuldner am 27. März 2017 über den Forderungsübergang auf die neue Gläubigerin informiert hatte (und ihn wie bereits erwähnt, auch auf die Anforderungen an die Begründung eines nachträglichen Rechtsvorschlages hingewiesen hatte, vgl. act. 2/1), musste der Schuldner sich auch als juristischer Laie veranlasst sehen, sich beim Betreibungsamt über die Grundlage des Forderungsübergangs kundig zu machen. Die Überlegung, dass eine allfällige Abtretung (nach dem Standpunkt des Schuldners) ohne Notifikation an ihn ungültig wäre, hätte den Schuldner erst recht zu Erkundigungen betreffend Gläubigerwechsel beim Betreibungsamt veranlassen müssen. Dessen ungeachtet äusserte sich der Schuldner erst in der Stellungnahme vom 4. Mai 2017 dazu (nachdem die neue Gläubigerin die Zessionsurkunde der Vorinstanz eingereicht hatte). Bei zumutbarer Sorgfalt hätte er vor diesem Hintergrund die entsprechenden Ausführungen bereits im Gesuch vom 4. April 2017 vorbringen können. Diese Ausführungen in der Rechtsschrift vom 4. Mai 2017 waren daher nicht zu hören. Die Ausführungen und Erklärungen in seiner Eingabe vom 4. Juli 2017, weshalb es sich bei seinen Einwendungen gegen die Zession in seiner Eingabe vom 4. Mai

2017 um zulässige unechte Noven handeln solle (vgl. act. 21 S. 4 f.), erachtete die Vorinstanz zutreffend als verspätet.

Die Vorinstanz gelangte somit zu Recht zum Schluss, der Schuldner habe keine Einreden gegen die Übertragung der Forderung auf die neue Gläubigerin glaubhaft gemacht (vgl. act. 25 Erw. 4.5).

7. a) Auch wenn über die novenrechtliche Problematik hinweggesehen und auf die Vorbringen des Schuldners in der Stellungnahme vom 4. Mai 2017 eingegangen würde, liesse sich daraus nichts für den Schuldner ableiten:

Der Schuldner argumentiert, die von der neuen Gläubigerin geltend gemachte Zession der Forderung an sie sei nicht rechtens. Er macht zur Urkunde "cession de créance" vom 24. März 2017 (act. 7/1) geltend, die S.A.R.L. B._____ et Cie., welche die Forderung gemäss dieser Urkunde an die neue Gläubigerin abgetreten habe, sei dazu in dem Zeitpunkt nicht mehr berechtigt gewesen. Im bereits erwähnten Urteil des Handelsgerichts Lorient vom 19. Dezember 2017 sei die Abtretung der Forderung von der B._____ et Cie an die G._____ CZ erfolgt. Diese sei dadurch Eigentümerin der entsprechenden Aktiven geworden. Insbesondere sei auch die Forderung gegenüber der D._____ AG mit den verbundenen Garantien und Klagen auf die G._____ CZ übergegangen. Zudem habe das Handelsgericht Lorient mit Urteil vom 19. Dezember 2016 den Einsatz des Verwalters H._____, der die Zession vom 24. März 2017 unterzeichnet habe, beendet, was auch publiziert worden sei (act. 13/1). H._____ sei daher, über drei Monate nach seiner Absetzung, nicht mehr berechtigt gewesen, für die B._____ et Cie zu zeichnen (act. 12 S. 3-5).

b) Das Handelsgericht Lorient entschied im erwähnten Urteil vom 19. Dezember 2016 über den Abtretungsplan an die G._____ CZ ("arrête le plan de cession totale en faveur de la société G._____ CZ", act. 2/2 S. 6). Aus den weiteren Ausführungen im Urteil folgt, dass die Unterzeichnung der Abtretungserklärungen (ausgenommen Immobilien) innert sechs Monaten ab der Mitteilung des Urteils erfolgen sollte ("que la signature de l'acte de ces-

sion des actifs, hors immobiliers, devra intervenir au plus tard dans un délai de six mois à compter du prononcé du jugement arrêtant le plan", act. 2/2 S. 10). Daraus folgt, dass die Abtretung nicht bereits mit dem Urteil erfolgte, sondern im Urteil lediglich ein Abtretungsplan genehmigt wurde und die einzelnen Zessionen noch zu erfolgen hatten. Dass abweichend davon in einem internen Protokoll der D._____ Holding AG vom 10. Januar 2017 (act. 2/8) bereits von einer "der G._____ CZ gehörenden Forderung" gesprochen wurde (so der Schuldner, act. 26 Ziff. 2.6 und bereits act. 1 S. 7), ändert daran nichts.

Im Weiteren hielt das Handelsgericht Lorient im erwähnten Urteil fest, dass Maître H._____ in seiner Funktion als Verwalter der B._____ et Cie für den Abschluss der Abtretungserklärungen zuständig bleibe ("maintient ... Maître H._____ dans ses fonctions d'administrateur judiciaire de la société S.A.R.L. B._____ ET CIE pour la passation des actes de cession", vgl. act. 2/2 S. 11). Den Einreden des Schuldners gegen die Berechtigung der B._____ et Cie und des Verwalters H._____, die Abtretungserklärung zu unterzeichnen, wird damit die Basis entzogen.

Das weitere Argument des Schuldners, die Abtretung sei nicht an ihn notifiziert worden, was nach französischem Recht hätte erfolgen müssen (act. 12 S. 5, act. 21 S. 4-5), ist zu verwerfen mit dem Hinweis, dass die Abtretung vom 24. März 2017 dem schweizerischen Recht unterstellt wurde (act. 7/1 ARTICLE 4). Der Schuldner hält dem beschwerdeweise entgegen, die Abtretung richte sich zwingend nach französischem Recht und sei ohne Notifikation per Gerichtsvollzieher nicht gültig (act. 26 S. 6-7). Eine konkrete Begründung dafür, weshalb die Rechtswahl unzulässig sein sollte, bringt der Schuldner nicht vor. Wie bereits erwähnt wurde im Urteil des Handelsgerichtes Lorient vom 19. Dezember 2016 lediglich über den Abtretungsplan an die G._____ CZ entschieden. Welchem Recht die Abtretungserklärungen zu unterstellen sind, wurde nicht bestimmt. Der Schuldner dringt mit dieser Einrede somit nicht durch.

8. Zur behaupteten Verrechnung und zu den Gegenforderungen ist Folgendes festzuhalten:

a) Der Schuldner machte vor Vorinstanz bereits im Gesuch vom 4. April 2017 geltend, die D._____ Holding AG habe mit Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 10. Januar 2017 die Verrechnung der geltend gemachten Forderung festgehalten. Die Betreibungsforderung gelte daher als getilgt (act. 1 S. 6-7).

Die Vorinstanz führte dazu aus, der Schuldner habe es unterlassen, dazulegen – und es sei auch nicht ersichtlich –, in wieweit dieses Vorbringen seinen Grund im Gläubigerwechsel haben solle. Im Verfahren nach Art. 77 SchKG könnten aber nur aufgrund des Gläubigerwechsels hervorgerufene neue Einreden geltend gemacht werden. Sollte die Betreibungsforderung – wie vom Schuldner behauptet – am 10. Januar 2017 aufgrund Verrechnung getilgt worden sein, wäre ihm dieser Einwand somit bereits gegen die frühere Gläubigerin zugestanden, da die Zession erst am 24. März 2017 erfolgte, womit dieser Einwand im Verfahren nach Art. 77 SchKG nicht zu hören sei. Darüber hinaus gelinge es dem Schuldner auch nicht, die Verrechnung glaubhaft zu machen. Mangels Fälligkeit der Gegenforderung schliesst die Vorinstanz eine Verrechnungsmöglichkeit aus, dies unter Hinweis, vom Schuldner sei die Behauptung der Gläubigerin, die verrechnungsweise geltende gemachte Forderung der D._____ Holding AG sei nicht fällig (act. 5 S. 8), nicht bestritten worden (act. 12). Darüber hinaus seien – so die Vorinstanz – sowohl die Gegenforderung an sich und deren Höhe als auch die Verrechnungserklärung zu wenig substantiiert behauptet und dargelegt worden, um der Glaubhaftmachung genügen zu können. Schliesslich genüge auch das eingereichte Protokoll der Versammlung vom 10. Januar 2017 (act. 2/8) nicht, um die von der Gläubigerin bestrittene Tilgung der Forderung durch Verrechnung im vorliegenden Verfahren glaubhaft darzulegen. Einerseits werde bloss die Verrechenbarkeit der Betreibungsforderung festgehalten, der Wortlaut sei zu wenig klar und es könne weder die Höhe der geltend

gemachten Gegenforderung noch die Tilgung der Betreibungsforderung daraus abgeleitet werden (act. 25 Erw. 4.3.2).

b) Zu diesen Erwägungen äusserte sich der Schuldner im Beschwerdeverfahren nicht. Das fragliche Verwaltungsratssitzungsprotokoll thematisierte er nur im Zusammenhang mit der behaupteten Abtretung der Forderung an die G._____ CZ, welche in dem Protokoll erwähnt werde (act. 26 Ziff. 2.6 und Ziff. 2.8; vgl. dazu vorstehend Ziff. 7). Auf die Verrechnung ist somit nicht weiter einzugehen.

c) Dasselbe gilt für die vom Schuldner geltend gemachten Gegenforderungen (Gegenforderungen aus Verwendung vertraulicher Daten der D._____ AG für die Fabrikation und den Vertrieb sowie aus unerlaubter Benutzung von Testsystemen der D._____ AG), welche er mit der Betreibungsforderung verrechnen will. Die Vorinstanz erachtete die Behauptungen des Schuldners weder genügend substantiiert noch durch geeignete Unterlagen belegt (act. 25 Erw. 4.4.1-4.4.2). Die in seiner Eingabe vom 4. Mai 2017 geltend gemachten neuen Gegenforderungen behandelt die Vorinstanz unter dem Aspekt des Novenverbotes nicht und wies im Übrigen auch auf die fehlende Substantiierung hin (act. 25 Erw. 4.4.3). Der Schuldner geht auf diese Erwägungen beschwerdeweise nicht ein. Weiterungen dazu erübrigen sich deshalb auch hier.

9. Die Ausführungen in der Stellungnahme des Schuldners vom 4. Mai 2017 bzw. 4. Juli 2017 ändern somit nichts am Ergebnis, dass die Vorinstanz zu Recht zum Schluss kam, der Schuldner habe mit seinem nachträglichen Rechtsvorschlag keine Einreden gegen die Berechtigung der neuen Gläubigerin nach Art. 77 Abs. 2 SchKG glaubhaft gemacht. Daher ist die Beschwerde abzuweisen.

10. Ausgangsgemäss wird der Schuldner kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gläubigerin ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Nach Art. 48 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG ist die Spruchgebühr beim vorliegenden Streitwert von Fr. 711'519.70 auf Fr. 1'500.00 festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchs- und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 26, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon und an das Betreibungsamt Birmensdorf, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

6. 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 711'519.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
15. August 2017