

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170070-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Urteil vom 6. Dezember 2017

in Sachen

Erbengemeinschaft A. _____, bestehend aus:

- a) **B. _____,**
- b) **C. _____,**

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

D. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 22. März 2017 (EB160722-C)**

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) betrieb den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon, Zahlungsbefehl vom 2. Mai 2016, für den Betrag von Fr. 205'141.05 nebst Zins (Darlehensvereinbarung zwischen A. _____ und D. _____ vom 11. November 2013) sowie für den Betrag von Fr. 31'800.– nebst Zins (Kaufvertrag zwischen den vorgenannten vom 8. Oktober 2010; vgl. Urk. 3). Der Beklagte erhob in dieser Betreuung Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens.

2. Mit Verfügung und Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 9. Dezember 2016 wurde der Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens im Umfang von Fr. 31'800.– bewilligt, im Restumfang erging ein Nichteintretensentscheid (Urk. 4/2 Disp. Ziff. 1). Der Beklagte erhob gegen den Nichteintretensentscheid die Beschwerde an das Obergericht (siehe Urk. 19).

3. Mit Eingabe vom 15. Dezember 2016 stellte die Klägerin bei der Vorinstanz ein Gesuch um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung in der genannten Betreuung für den Betrag von Fr. 205'141.05 nebst Zinsen sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 1). Mit Urteil vom 22. März 2017 erliess die Vorinstanz folgenden Entscheid (Urk. 23):

1. Der klagenden Partei wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 2. Mai 2016) provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 63'268.15 nebst Zinsen zu 5 % seit 10. September 2015 und für die Betreuungskosten. Im Mehrbetrag wird auf das Rechtsöffnungsbegehren nicht eingetreten.
2. Die Spruchgebühr wird festgesetzt auf Fr. 600.–.
3. Die Kosten werden von der klagenden Partei bezogen, sind ihr aber von der beklagten Partei im Umfang von Fr. 180.– zu ersetzen.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 50.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. Wird provisorische Rechtsöffnung erteilt, kann die beklagte Partei innert 20 Tagen nach Zustellung dieses Entscheids beim zuständigen Gericht unter

Beilage dieses Entscheids schriftlich und im Doppel auf Aberkennung der Forderung klagen; unterlässt sie dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.

7. [Rechtsmittel.]

4. Gegen das Urteil vom 22. März 2017 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 6. April 2017 rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 22):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 22. März 2017 im Verfahren EB160722 hinsichtlich des Nichteintretensentscheids auf das Rechtsöffnungsgesuch im Betrage von CHF 141'872.90 aufzuheben (Dispositivziffer 1) und der Beschwerdeführerin sei Rechtsöffnung auch für die Forderung von CHF 141'872.90 zu erteilen;
2. Es seien Dispositiv-Ziffer 3 und 4 des vorstehenden Urteils aufzuheben und die erstinstanzlichen Kosten vollumfänglich dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung (zuzüglich MWST) zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Staatskasse, eventualiter zu Lasten des Beschwerdegegners."

Prozessualer Antrag:

"Es seien die vorinstanzlichen Akten im Verfahren mit der Geschäftsnummer EB160722 beizuziehen"

3. Mit Verfügung vom 10. Mai 2017 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 27 Disp. Ziff. 1). Das Wiedererwägungsgesuch der Klägerin vom 17. Mai 2017 (Urk. 28) wurde mit Verfügung vom 19. Mai 2017 abgewiesen (Urk. 29 Disp. Ziff. 1). Mit Eingabe vom 22. Mai 2017 ersuchte die Klägerin um Erstreckung der Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses bis 1. Juni 2017 (Urk. 30B), die ihr gewährt wurde. Nachdem die Klägerin innert dieser Frist nicht geleistet hatte, wurde ihr mit Verfügung vom 6. Juni 2017 eine einmalige Nachfrist von 5 Tagen angesetzt (Urk. 31 Disp. Ziff. 1). Der Kostenvorschuss ging sodann rechtzeitig ein (Urk. 32).

4. Mit Verfügung vom 29. Juni 2017 wurde dem Beklagten Frist zur Erstattung einer Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 33 Disp. Ziff. 1). Innert Frist liess er sich nicht vernehmen (vgl. auch Urk. 34).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen in der Beschwerde ist nur insoweit einzugehen, als diese für die Entscheidungsfindung relevant sind.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht beanstandet wird, braucht grundsätzlich nicht geprüft zu werden.

2. Sodann sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3 f.).

3. Die Klägerin behauptet im Beschwerdeverfahren erstmals, das Zürcher Obergericht sei auf die vom Beklagten erhobene Beschwerde gegen den Entscheid bezüglich des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens mit Beschluss vom 22. März 2017 nicht eingetreten und reicht diesen zu den Akten (Urk. 22 Rz. 9 und Urk. 25/3). Angesichts des im Beschwerdeverfahren geltenden umfassenden Novenverbots ist diese neu vorgebrachte Tatsachenbehauptung jedoch als unzulässiges und damit unbeachtliches Novum zu qualifizieren (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt, soweit die Klägerin erstmals im Beschwerdeverfahren geltend macht, der Beklagte habe keine Klage auf Bestreitung des neuen Vermögens im Sinne von Art. 265a Abs. 4 SchKG erhoben (Urk. 22 Rz. 8).

III.

1. Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe in der vorliegenden Betreuung Rechtsvorschlag mit der Einrede fehlenden neuen Vermögens erhoben. Auf diese Einrede sei das Bezirksgericht mit Verfügung vom 9. Dezember 2016 im Umfang von Fr. 205'141.05 nicht eingetreten. Gegen diese Verfügung habe der Beklagte

Beschwerde an das Zürcher Obergericht erhoben, wo das Verfahren nach wie vor anhängig sei. Es sei in der Lehre umstritten, ob Rechtsöffnung erteilt werden könne, solange die Einrede des fehlenden neuen Vermögens noch nicht definitiv beseitigt worden sei. Vorzug zu geben sei der Lehrmeinung, die dies verneine. Dies entspreche auch der zürcherischen Praxis. Zu beachten sei vorliegend, dass noch nicht einmal im summarischen Verfahren definitiv über die Einrede des fehlenden neuen Vermögens entschieden worden sei, zumal – wie erwähnt – eine Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid im Verfahren betreffend Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens am Obergericht hängig sei. Unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens sei das summarische Verfahren betreffend die Einrede des fehlenden neuen Vermögens in Bezug auf die Darlehensforderung noch nicht abgeschlossen. Bevor nicht zumindest im summarischen Verfahren über die Einrede entschieden worden sei, könne auf ein solches Rechtsöffnungsbegehren nicht eingetreten werden.

Entgegen der gegenteiligen Lehrmeinung könne diese Praxis auch unter dem neuen Recht nicht als überholt bezeichnet werden. Überdies wäre die Erteilung der Rechtsöffnung wenig prozessökonomisch, zumal die Gefahr bestehen würde, dass gleichzeitig ein Prozess auf Bestreitung neuen Vermögens und ein Aberkennungsprozess hängig sein könnte. Zudem wäre im Rechtsöffnungsverfahren eine komplizierte Kosten- und Entschädigungsregelung zu treffen, unter dem Vorbehalt der endgültigen Entscheidung mit Bezug auf das neue Vermögen. Auch führe diese Praxis nicht zwingend zu einer Verzögerung der Rechtsverfolgung des Schuldners, sondern stelle vielmehr eine sinnvolle Vorgehensweise dar. Es werde ein Schritt nach dem anderen gemacht und nicht mehrere voneinander in gewisser Weise abhängige Prozesse geführt. Dies gelte umso mehr, als die Beseitigung – selbst bei Erteilung der Rechtsöffnung – unbestritten ohnehin nicht fortgesetzt werden könne, solange die Einrede des fehlenden Vermögens nicht gerichtlich beseitigt worden sei. Der Beklagte habe indes anerkannt, dass er den Betrag von Fr. 63'268.15 erst nach Konkursöffnung erhalten habe, weshalb er auch lediglich die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens im Umfang von Fr. 141'872.90 verlange. Damit stehe ihm aber im Umfang von Fr. 63'268.15 unabhängig vom Ausgang des obergerichtlichen Verfahrens die Einrede des fehlen-

den Vermögens nicht zu. Entsprechend könne bereits im jetzigen Zeitpunkt in diesem Umfang nebst Zins die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. Folglich sei der Klägerin provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 63'268.15 nebst Zins zu erteilen. Im Mehrumfang sei auf das Gesuch nicht einzutreten (Urk. 23 E. 3. ff.).

2. Die Klägerin moniert hinsichtlich des Nichteintretensentscheids eine unrichtige Rechtsanwendung (von Art. 82 und Art. 265a SchKG und Art. 59 ZPO) sowie die Verletzung des Verbots des überspitzten Formalismus. Dazu bringt sie im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Vorinstanz verkenne vorliegend, dass gegen den summarischen Entscheid im Verfahren betreffend Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens gar kein Rechtsmittel mehr möglich sei und der in diesem Verfahren ergangene Entscheid mit dessen Ausfällung rechtskräftig geworden sei. Entsprechend würden die Erwägungen der Vorinstanz, wonach noch nicht einmal im summarischen Verfahren über die Einrede entschieden worden sei, ins Leere gehen. Auch übersehe die Vorinstanz, dass sich die veraltete Praxis des Bezirksgerichts Zürich auf jenen Fall beziehe, in welchem eine ordentliche Klage gemäss Art. 265a SchKG erhoben worden sei oder noch erhoben werden könne. Hiervon habe der Beklagte jedoch keinen Gebrauch gemacht. Und selbst wenn im Zeitpunkt des Urteils die 20-tägige Frist zur Anhebung der ordentlichen Klage noch gelaufen wäre, dann wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, das Verfahren zu sistieren.

Im Übrigen erscheine die Unterteilung der Forderung in Fr. 63'128.15 und Fr. 141'872.90 als nicht konsequent. Entweder hindere ein hängiges Rechtsmittel die Rechtsöffnung oder nicht.

Insgesamt komme der vorinstanzliche Entscheid bedenklich daher und erscheine formalistisch überspitzt. Die Klägerin sehe sich durch die Vorinstanz in ihrem Rechtsweg versperrt (Urk. 22 Rz. 3 ff.).

3. Fraglich ist vorliegend das Verhältnis der Verfahren betreffend Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens und der Rechtsöffnung, bzw. ab welchem

Zeitpunkt dem Gläubiger die (provisorische) Rechtsöffnung erteilt werden kann, wenn der Schuldner gleichzeitig den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens erhoben hat.

4. Es trifft zu, dass nach der einen Auffassung keine Beurteilung der Rechtsöffnung erfolgen könne, solange die Einrede fehlenden neuen Vermögens noch nicht definitiv beseitigt worden sei. Definitiv heisse dabei erst nach Rechtskraft der allenfalls folgenden (im ordentlichen Verfahren) zu beurteilenden definitiven Feststellung des neuen Vermögens (Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 89 f.; Gut/Rajower/Sonnenmoser, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, AJP 1998, S. 536; vgl. hierzu auch BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 8 m.w.H.; g.M. das Bezirksgericht Zürich in: ZR 96/1997 Nr. 56). Gemäss der anderen Auffassung könne zumindest bei einem Gesuch um *provisorische* Rechtsöffnung diese erteilt werden, wenn der Richter im summarischen Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 3 SchKG den Rechtsvorschlag nicht bewilligt habe (BSK SchKG II-Huber, Art. 265a N 32; KU-KO SchKG-Näf, Art. 265a N 9; vgl. auch BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 8, wonach der Gläubiger dadurch zumindest die provisorische Pfändung bzw. das Güterverzeichnis verlangen könne). Begründet wird dies unter anderem damit, dass es nach altem Recht keine summarische Prüfung der Einrede gegeben habe. Aufgrund dessen sei es gerechtfertigt gewesen, eine Rechtsöffnung erst dann zuzulassen, nachdem der (ordentliche) Prozess über die Einrede zu Ungunsten des Schuldners ergangen sei. Nach neuem Recht sei hingegen durch den Entscheid im summarischen Verfahren zugunsten des Gläubigers der Rechtsschein entstanden, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen sei. Andernfalls würde das summarische Verfahren der "Nutzlosigkeit" preisgegeben und es würde lediglich zu einer weiteren Verzögerung der Rechtsverfolgung des Gläubigers führen, da es dem Schuldner unbenommen wäre, im Falle des Unterliegens unbehelligt den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten. Dabei sei in Kauf zu nehmen, dass der Schuldner bei Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung möglicherweise gezwungen werde, die Aberkennungsklage zu ergreifen, bevor über seine Einrede entschieden worden sei. Die Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung hätte zur Folge, dass der Schuldner über sein Vermögen weiterhin

nach Belieben verfügen und somit die Aussichten des Gläubigers, zu seinem Geld zu kommen, weiterhin verringern könne (BSK SchKG II-Huber, Art. 265a N 32 f.). Die Möglichkeit einer Arrestnahme zur Sicherung seines Anspruches (so Stücheli, a.a.O., S. 90; BezGer ZH in ZR 96/1997 Nr. 56) sei kein Ersatz hierfür, da den Gläubiger bezüglich des Arrestsubstrates erhöhte Beweisanforderungen träfen. Einer nutzlosen Prozessführung hinsichtlich der Aberkennungsklage, d.h. bei einem Nebeneinander verschiedener Verfahren, könne schliesslich dadurch begegnet werden, dass dieser Prozess sistiert werde bis im ordentlichen Prozess über die Einrede fehlenden neuen Vermögens rechtskräftig entschieden worden sei (BSK SchKG II-Huber, Art. 265a N 34 f.; vgl. auch KUKO SchKG-Näf, Art. 265a N 9).

Letztere Auffassung überzeugt. Anders zu entscheiden hiesse, die mit der Neuordnung des Verfahrens hinsichtlich des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens (Zweistufigkeit) angestrebte Verbesserung der Stellung des Gläubigers zu unterlaufen (vgl. Botschaft über die Aenderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] vom 8. Mai 1991, S. 17). Hat der Summarrichter den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens nicht oder nur teilweise bewilligt, so ist bereits ein Rechtsschein zugunsten des Anspruchs des Gläubigers entstanden. Müsste der Gläubiger zunächst die zwanzigtägige Frist zur Erhebung der (negativen) Feststellungsklage abwarten oder – bei deren tatsächlichen Erhebung durch den Schuldner – gar den Endentscheid, so hätte der Schuldner ohne Weiteres die Möglichkeit, sein Vermögen weiter zu schmälern. Der Gläubiger ginge hingegen seiner Sicherungsrechte, die ihm eine provisorische Rechtsöffnung verleiht (Art. 83 Abs. 1 SchKG), verlustig (siehe auch Gasser, ZBJV 1996, S. 20; Fürstenberger, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 1999, S. 96 f.; vgl. auch BGE 126 III 207 E. 3c, wonach es dem Gläubiger bei einer nicht [mehr] bestrittenen Forderung nach dem für ihn positiven Entscheid im Summarverfahren betreffend Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens unbenommen sein müsse, nach Ablauf der Zahlungsfrist das Fortsetzungsbegehren einreichen und die provisorische Pfändung verlangen zu können).

Damit kann die *provisorische* Rechtsöffnung erteilt werden, wenn der Richter im summarischen Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 3 SchKG den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens nicht bewilligt hat (und kein diesen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid umstossender Entscheid des Richters im ordentlichen Verfahren vorliegt). Wie es sich indes bei einem Gesuch um definitive Rechtsöffnung verhält, kann hier offen bleiben.

5. Vorliegend war – wie erwähnt – der Entscheid des Richters im summarischen Verfahren mit Bezug auf die Einrede fehlenden Vermögens bereits im Zeitpunkt der Stellung des Gesuchs um provisorische Rechtsöffnung ergangen. Dass die Frist zur Erhebung der ordentlichen Klage zur Bewilligung der Einrede fehlenden Vermögens in diesem Zeitpunkt allenfalls noch nicht abgelaufen war, schadete nach dem zuvor Ausgeführten nicht. Ebenfalls irrelevant für die Eintretensfrage bleibt der Umstand, dass der Beklagte gegen den Summarentscheid betreffend den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens Beschwerde erhob und diese im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids nach wie vor anhängig war. Denn gegen den Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren über die Vorlage des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens nach Art. 265a SchKG ist grundsätzlich kein Rechtsmittel zulässig (Art. 265a Abs. 1 SchKG; KUKO SchKG-Näf, Art. 265a N 8 mit Verweis auf BGE 138 III 45 E. 1.3). Zwar gilt dies nur bezüglich materieller Entscheide (vgl. BGE 138 III 130 E. 2.2, in: Pra 101 [2012] Nr. 92; vgl auch *OGer ZH PS160088, Urteil vom 13. Juni 2016, E. 2 und 3.1.*; *PS170090, Urteil vom 18. Mai 2017, E. 2.1.*, in: *ZR 116 [2017] Nr. 36*). Da jedoch der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt, wird ein nicht materieller Entscheid des Richters hinsichtlich der Einrede fehlenden Vermögens mit dessen Ausfällung unmittelbar rechtskräftig.

6. Zusammengefasst trat die Vorinstanz damit zu Unrecht nicht auf das Rechtsöffnungsgesuch im Fr. 63'268.15 übersteigenden Umfang, mithin Fr. 141'872.90, ein.

7. Die Beschwerdeinstanz kann bei Gutheissung der Beschwerde den Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen (sog. kassatorischer Entscheid) oder neu entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist (sog. re-

formatorischer Entscheid; Art. 327 Abs. 3 ZPO). Ein reformatorischer Sachentscheid kommt im Beschwerdeverfahren insbesondere in betriebsrechtlichen Summarsachen wie Rechtsöffnungen in Frage (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO; Botschaft 7379; Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 327 N 10). Vorliegend erweist sich die Sache als spruchreif, weshalb neu zu entscheiden ist.

8. Die Klägerin verlangt provisorische Rechtsöffnung für den Gesamtbetrag von Fr. 205'141.05 (vgl. jedoch Urk. 23 Disp. Ziff. 1, worin die Vorinstanz für Fr. 63'268.15 bereits Rechtsöffnung erteilte). Sie stützt ihr Gesuch auf ein als "Darlehens-Vereinbarung" betitelt Dokument vom 11. November 2013. Darin hielten der Beklagte und A._____ (unter anderem) fest, dass A._____ dem Beklagten einen Betrag von insgesamt Fr. 205'141.05 zur Verfügung gestellt habe und der Beklagte nunmehr mit der Rückzahlung dieses Betrages beginne. Der Beklagte verpflichtete sich sodann, den genannten Betrag ab 11. November 2013 mittels monatlichen Ratenzahlungen wie folgt zurückzuzahlen: Fr. 300.– bis zum Antritt einer festen Anstellung mit regelmässigen Lohnzahlungen, ab Aufnahme einer geregelten Erwerbstätigkeit mindestens Fr. 600.– (Urk. 4/3). Im Weiteren reichte die Klägerin ein Schreiben vom 28. Juli 2015 ins Recht, worin sie den genannten Darlehensvertrag kündigte und den Beklagten aufforderte, den noch offenen Darlehensbetrag innert sechs Wochen nach Erhalt des Schreibens auf ein von ihr näher definiertes Konto zu bezahlen (Urk. 4/4).

Grundsätzlich darf nur dem durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Gläubiger Rechtsöffnung erteilt werden. Der Richter hat die Frage, ob der Betreibende der Berechtigte aus dem Titel sei, von Amtes wegen zu prüfen. Ist die Berechtigung nicht lückenlos durch Urkunden ausgewiesen, ergibt sie sich nicht eindeutig aus dem Gesetz oder bestehen Zweifel über die Identität des Betreibenden mit dem Berechtigten, ist das Begehren abzuweisen (Stücheli, a.a.O., S. 169 f.).

Ausgewiesene Gläubigerin aus dem eingereichten Dokument ist A._____ (Urk. 4/3). Rechtsöffnung verlangt indes die Erbgemeinschaft A._____, bestehend aus B._____ und C._____ (Urk. 1). Bei einer Universalsukzession des Betreibenden in die Stellung des ursprünglich berechtigten Gläubiger hat ersterer neben dem Titel seine Rechtsnachfolge durch Urkunde zu beweisen (vgl. Stüche-

li, a.a.O., S. 174). Vorliegend fehlen indes bereits Ausführungen zur Aktivlegitimation und die Klägerin reicht auch keinerlei Urkunden ins Recht, die rechtsgenügend nachzuweisen vermögen, dass A._____ verstorben ist und B._____ und C._____ als einzige Erben hinterlassen hat, mithin die Erbengemeinschaft tatsächlich nur aus diesen beiden Personen besteht. Eine Nachfristansetzung gestützt auf Art. 56 ZPO drängt sich vorliegend nicht auf: Die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) ist eine Abschwächung der Verhandlungsmaxime. Sie ersetzt jedoch weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts noch dient sie dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 4.5.2). Als letztere ist indes die Unterlassung der anwaltlich vertretenen Klägerin zu werten.

Aufgrund des im Rechtsmittelverfahren geltenden Verbots der *reformatio in peius* darf die Rechtsmittelinstanz die Rechtsmittelklägerin indes nicht schlechter stellen, als dies die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid getan hat (vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 58 N 41). Entsprechend ist das Rechtsöffnungsgesuch mangels Nachweises der Aktivlegitimation lediglich im Umfang des vorliegend strittigen Betrags von Fr. 141'872.90 abzuweisen.

9. Zusammengefasst ist die Beschwerde insofern (teilweise) gutzuheissen, als auf das Gesuch um Rechtsöffnung im Umfang von Fr. 141'872.90 einzutreten ist. Indes ist es mangels rechtsgenügenden Nachweises der Aktivlegitimation abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anlass, die Kostenfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu regeln.

IV.

1. Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), auch wenn sie hinsichtlich der Eintretensfrage obsiegt (vgl. Ziff. III./6.). Angesichts des Streitwerts im obergerichtlichen Verfahren von Fr. 141'872.05 ist die Entscheidgebühr im Beschwerdeverfahren auf Fr. 1'500.– anzusetzen (Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG).

2. Parteientschädigungen sind für dieses Verfahren keine zuzusprechen: Dem Beklagten sind keine entschädigungspflichtige Kosten entstanden (Art. 95 Abs. 3 ZPO), die Klägerin hat aufgrund ihres Unterliegens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Guttheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 22. März 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der klagenden Partei wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 2. Mai 2016) provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 63'268.15 nebst Zinsen zu 5 % seit 10. September 2015 und für die Betreuungskosten. Im Mehrbetrag wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 141'872.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
mc