

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT220030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech  
und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin  
MLaw D. Frangi

## Beschluss und Urteil vom 16. Juni 2022

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

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

gegen

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

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch LL.M. Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 6. Dezember 2021 (EB210114-D)**

### Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 6. Dezember 2021 wies das Bezirksgericht Dielsdorf (Vorinstanz) das Rechtsöffnungsgesuch in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Furttal (Zahlungsbefehl vom 3. März 2021) – für Fr. 239'358.– nebst 10 % Zins seit 4. Januar 2021 – ab; die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zu Lasten des Gesuchstellers geregelt (Urk. 28 = Urk. 31).

1.2. Hiergegen erhob der Gesuchsteller am 7. Februar 2022 fristgerecht (siehe Urk. 29/2: Zustellung am 26. Januar 2022) Beschwerde und stellte die folgenden Beschwerdeanträge (Urk. 30 S. 2):

- "1. Der angefochtene Entscheid sei rücksichtlich Disp. Ziff. 1 bis 4 aufzuheben;
2. Es sei ein Entscheid im Sinne der beim Rechtsöffnungsrichter eingebrachten Anträge zu fällen, nämlich:
  1. Dem Gesuchsteller sei (definitive) Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1, des BA Furttal, vom 03.03.2021 gegen die Gesuchsgegnerin zu erteilen, im Quantitativ von CHF 239'358.00, plus Zins zu 10% seit 04.01.2017, bzw. es sei der in der fraglichen Betreuung erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen;
  2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zu Lasten der Gesuchsgegnerin.
3. Dem Rechtsmittel sei gegebenenfalls aufschiebende Wirkung zu verleihen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Der dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 9. Februar 2022 auferlegte Vorschuss für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens wurde innert Frist geleistet (Urk. 34 und 36). Mit Eingabe vom 15. Juni 2022 erkundigte sich der Gesuchsteller nach dem Stand des Verfahrens (Urk. 37). Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. Auf das Gesuch, der Beschwerde "gegebenenfalls" aufschiebende Wirkung zu erteilen, war und ist nicht weiter einzugehen, denn der Gesuchsteller legt mit keinem Wort dar, was unter "gegebenenfalls" zu verstehen sein soll. Ohnehin

wird das Gesuch mit keinem Wort begründet (Urk. 30). Folglich ist auf das Begehren nicht einzutreten.

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Die Beschwerde muss sich daher unter Hinweis auf präzise zu nennende Stellen in den vorinstanzlichen Akten mit den entsprechenden Entscheidungsgründen der Vorinstanz konkret und im Einzelnen auseinandersetzen. Das Beschwerdeverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret dagegen vorgebrachten Beanstandungen. Blosser pauschaler Verweisungen auf bei der Vorinstanz eingereichte Rechtsschriften oder eine blosser neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage aus eigener Sicht genügen nicht. Was nicht rechtsgenügend beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Abgesehen davon gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; *OGer ZH RT200124 vom 03.11.2020, E. 2.2*; *OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2*). Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden (vgl. zum Ganzen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, m.w.H.; *Freiburghaus/Afheldt*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 321 N 15*; *BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.*). Zulässig sind hingegen neue rechtliche Vorbringen, weil solche keine Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO

sind (siehe BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6; BGer 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1 [betreffend Art. 317 Abs. 1 ZPO]) und die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; OGer ZH RT180059 vom 24.05.2018, E. II.4.1; OGer ZH RT150086 vom 17.08.2015, E. 4.1).

4. Der Gesuchsteller macht für sein Rechtsöffnungsgesuch das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels geltend (Urk. 1 S. 4; Urk. 21 S. 3; Urk. 30 S. 5). In Bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (siehe Urk. 31 S. 5 ff.).

4.1. Der Gesuchsteller stützt sein Gesuch einerseits auf ein Rechtsöffnungsurteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 28. Februar 2020 (Geschäftsnummer EB190370-D), welches in Sachen A.\_\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_\_ erging (Urk. 1 S. 3; Urk. 5/4).

4.1.1. Die Vorinstanz erwog diesbezüglich im Wesentlichen, dass die Gesuchsgegnerin nicht mit dem Schuldner identisch sei, der im als definitiver Rechtsöffnungstitel eingereichten Entscheid aufgeführt sei. Mangels Schuldneridentität taue der Entscheid nicht als Rechtsöffnungstitel. Zudem habe ein alter Rechtsöffnungsentscheid keine materielle Rechtskraft in einer neuen Betreuung, weshalb der Entscheid auch deshalb keinen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellen könne (Urk. 31 S. 5 f.).

4.1.2. Der Gesuchsteller anerkennt die unterschiedliche Schuldneridentität ausdrücklich, bringt allerdings vor, dass diese zum Zeitpunkt der Eingehung des Pfandvertrags faktisch nicht existiert habe, da C.\_\_\_\_\_, Gesuchsgegner im Verfahren EB190370-D, in einer Organfunktion bei der Gesuchsgegnerin tätig gewesen sei (Urk. 30 S. 5).

4.1.3. Wie die Vorinstanz richtig erwog – und vom Gesuchsteller nicht gerügt wurde –, hat der Rechtsöffnungsentscheid im Verfahren EB190370-D keine materielle Rechtskraft in einer neuen Betreuung (vgl. BSK SchKG-Staehelin, Art. 84 N 81). Der ins Recht gelegte Entscheid taugt deshalb schon aus diesem

Grund nicht als definitiver Rechtsöffnungstitel für die im aktuellen Betreibungsverfahren geltend gemachte Forderung. Darüber hinaus kann aber auch den Vorbringen des Gesuchstellers zur Schuldneridentität nicht gefolgt werden. Das Rechtsöffnungsgericht hat von Amtes wegen drei Identitäten zu prüfen: die Identität zwischen dem Betreibenden und dem im Vollstreckungstitel bezeichneten Gläubiger, zwischen dem Betrieben und dem im Vollstreckungstitel bezeichneten Schuldner sowie zwischen der betriebenen und der im Vollstreckungstitel aufgeführten Forderung (BGE 143 III 221 E. 4; BGer 5A\_1023/2018 vom 8. Juli 2019, E. 6.2.4.2). Gemäss Art. 53 ZGB sind juristische Personen aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben, und in diesem Umfang gleich einer natürlichen Person parteifähig (vgl. auch Art. 66 ZPO). Der Erwerb der Rechtsfähigkeit erfordert die Eintragung im Handelsregister (konstitutiv, Art. 52 Abs. 1 ZGB). Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft. Für Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft ist somit die Gesellschaft einzuklagen bzw. zu betreiben und nicht etwa ein jeweiliges Organ. Dies galt auch schon im Zeitpunkt der Eingehung des Pfandvertrags. Wäre schon im Verfahren EB190370-D eine Forderung gegen die Gesuchsgegnerin im Streit gelegen, hätte diese schon damals direkt betrieben werden müssen. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers ist die Schuldneridentität vorliegend nicht gegeben, weshalb der Entscheid im Verfahren EB190370-D auch aus diesem Grund nicht als definitiver Rechtsöffnungstitel taugt.

4.2. Darüber hinaus beantragte der Gesuchsteller die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung aufgrund eines öffentlich beurkundeten Pfandvertrags vom 4. Januar 2017 (Urk. 21 S. 3; Urk. 5/8).

4.2.1. Die Vorinstanz erwog dazu, dass Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG zwar vorsehe, dass eine vollstreckbare öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 347-352 ZPO einem gerichtlichen Entscheid gleichgestellt sei. Dafür sei gemäss Art. 347 lit. a ZPO allerdings in der Urkunde die ausdrückliche Erklärung der Schuldnerin notwendig, dass sie die direkte Vollstreckung der Schuld anerkenne, was vorliegend nicht gegeben sei (Urk. 31 S. 6).

4.2.2. Der Gesuchsteller bestreitet das Erfordernis einer entsprechenden Erklärung mit der Begründung, dass schleierhaft sei, wie ein Schuldner eine gegenteilige Wirkung herbeiführen könnte, wenn eine solche Erklärung nicht vorliege. Wäre dies möglich, so könnte man einen öffentlich beurkundeten Pfandvertrag jeweils – wenn fragliche Formalität nicht erfüllt sei – gleich in den Papierkorb werfen (Urk. 30 S. 5).

4.2.3. Art. 80 Abs. 2 lit. 1<sup>bis</sup> SchKG i.V.m. Art. 347 lit. a ZPO verlangt eine ausdrückliche Erklärung der verpflichteten Partei in der Urkunde, dass sie die direkte Vollstreckung anerkennt; andernfalls gilt die Urkunde nicht als definitiver Rechtsöffnungstitel. Angesichts des klaren Gesetzeswortlautes bezüglich dieses Erfordernisses vermag der pauschale gesuchstellerische Einwand nicht zu überzeugen. In Einklang mit dem vorinstanzlichen Urteil ist im streitgegenständlichen Pfandvertrag mangels einer entsprechenden Erklärung kein definitiver Rechtsöffnungstitel zu sehen.

5. Der Gesuchsteller verlangt unter Hinweis auf den Pfandvertrag vom 4. Januar 2017 auch die provisorische Rechtsöffnung (Urk. 21 S. 3; Urk. 30 S. 6 ff.; Urk. 5/8). In Bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (siehe Urk. 31 S. 7 f.).

5.1. Vor Vorinstanz führte der Gesuchsteller in Bezug auf den Pfandvertrag aus, dass der Gläubiger aufgrund des beurkundeten Pfandvertrages vorgehen könne, aber auch aufgrund der im Pfandvertrag verurkundeten Forderung, wobei die Betreibungswege verschieden und mit unterschiedlichen Fristen belegt seien (Urk. 21 S. 3).

5.2.1. Die Vorinstanz zog in der Folge den Schluss, dass der Gesuchsteller einerseits auf Basis des Pfandvertrages und andererseits auf Basis der im Pfandvertrag verurkundeten Forderung provisorische Rechtsöffnung verlange. Sodann prüfte sie die Anspruchsgrundlagen getrennt (Urk. 31 S. 7 ff.). Der Gesuchsteller macht im Beschwerdeverfahren geltend, dass die Vorinstanz offenbar übersehen

habe, dass er nicht auf Pfandverwertung, sondern auf Pfändung betrieben habe (Urk. 30 S. 7).

5.2.2. Wie die Vorinstanz richtig erwog, kann ein Pfandvertrag einen provisorischen Rechtsöffnungstitel sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht darstellen (vgl. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 377). Auch wenn der Gesuchsteller vor Vorinstanz vorbrachte, auf Basis des Pfandvertrages vom 4. Januar 2017 auf jeden Fall dazu legitimiert zu sein, Rechtsöffnung zu verlangen (Urk. 21 S. 3), ist ihm aber insofern Recht zu geben, dass er eine ordentliche Betreuung auf Pfändung oder Konkurs und nicht etwa eine Betreuung auf Pfandverwertung einleitete (siehe Urk. 23/1). Grundsätzlich hat der Gläubiger bei pfandgesicherten Forderungen zwar die Betreuung auf Pfandverwertung zu erheben und der Schuldner hat gemäss Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> SchKG das Recht zu verlangen, dass der Gläubiger sich an das Pfand hält, bevor dieser auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Dem Schuldner steht es aber frei, sich einer anderen Betreibungsart zu unterziehen (BGE 110 III 7; BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 17). Will der Schuldner von seinem Recht auf Vorausverwertung – dem sog. *beneficium excussionis realis* – Gebrauch machen, hat er dies mittels Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen, ansonsten verwirkt es (BSK SchKG-Acocella, Art. 41 N 43 m.w.H.). Eine Beschwerde der Gesuchsgegnerin gegen die Betreibungsart ist nicht aktenkundig. Vorliegend ist deshalb nicht von einer Betreuung auf Pfandverwertung auszugehen, womit auch nicht gesondert zu prüfen ist, ob provisorische Rechtsöffnung für das *Pfandrecht* zu erteilen ist. Es ist nachstehend vielmehr lediglich zu beurteilen, ob für die im Pfandvertrag verkündete Forderung – im Umfang des im Rechtsbegehren beantragten Betrags – Rechtsöffnung verlangt werden kann.

5.3.1. Der Gesuchsteller machte vor Vorinstanz geltend, eine Forderung gegen einen Dritten, C.\_\_\_\_\_, zu haben, die mittels eines von der heutigen Gesuchsgegnerin gegebenen Pfands gesichert sei. Ihm sei für diese Forderung mit Urteil vom 28. Februar 2020 Rechtsöffnung erteilt worden. Diese Forderung mache er im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren gegen die Gesuchsgegnerin geltend.

Die Gesuchsgegnerin habe sich gegenüber dem Betreibungsamt Furttal mit Schreiben vom 7. September 2020 geäußert. Aus diesem Schreiben gehe hervor, dass sie Kenntnis der Vorgänge habe, eine Haftung jedoch mit untauglichen Gründen ablehne (Urk. 1 S. 3; Urk. 5/4-5). In der daraufhin ausgestellten Pfändungsurkunde sei ein Guthaben von C.\_\_\_\_\_ gegenüber der Gesuchsgegnerin aufgeführt. Die Forderung von C.\_\_\_\_\_ gegen die Gesuchsgegnerin sei in der Höhe von Fr. 239'58.– (recte: gemeint wohl Fr. 239'358.–) an den Gesuchsteller abgetreten worden. Die Gesuchsgegnerin habe kein Widerspruchsverfahren instanziiert und sei auch sonst nicht auf dem Rechtsmittelweg dagegen vorgegangen. Der Gesuchsteller sei deshalb autorisiert, seine Forderung in eigenem Namen gegen die Gesuchsgegnerin durchzusetzen (Urk. 1 S. 3 f.; Urk. 5/6-7). Der Pfandvertrag stelle eine Schuldanerkennung der Gesuchsgegnerin gegenüber dem Gesuchsteller dar (Urk. 21 S. 3; Urk. 5/8). Der Pfandvertrag laute auf einen höheren Betrag als die abgetretene Forderung. Der Gesuchsteller geht davon aus, dass vom ursprünglich betriebenen Betrag von Fr. 270'000.– Beträge in Abzug gebracht worden seien, was aus dem Pfandergebnis im Betrag von Fr. 239'358.– ersichtlich werde. Worum es sich bei den Abzügen genau handle, habe nicht zu interessieren (Urk. 21 S. 3).

5.3.2. Die Gesuchsgegnerin führte vor Vorinstanz aus, dass mit dem Pfandvertrag vom 4. Januar 2017 kein Drittpfand zur Sicherung der Forderung gegen C.\_\_\_\_\_ errichtet, sondern vereinbart worden sei, dass der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin ein Darlehen gewährt habe, welches durch die Errichtung des Register-Schuldbriefes für Fr. 270'000.– sichergestellt werde. Der Pfandvertrag diene der Sicherung einer allfälligen Darlehensforderung gegen die Gesuchsgegnerin. Das Darlehen sei allerdings nie ausgerichtet worden (Urk. 27 S. 3 f.).

5.3.3. Die Vorinstanz erachtete den Pfandvertrag grundsätzlich als tauglichen provisorischen Rechtsöffnungstitel (Urk. 31 S. 8), wies an anderer Stelle aber darauf hin, dass der eingereichte Pfandvertrag dem Wortlaut nach der Gesuchsgegnerin ein Darlehen über Fr. 270'000.– zuspreche, welches durch die Errichtung eines Register-Schuldbriefes gesichert werden solle. Das Drittpfandverhältnis mit C.\_\_\_\_\_ werde im Vertrag nicht erwähnt (Urk. 31 S. 7). Letztlich liess die Vo-



rinstanz den Pfandvertrag aber mangels dargelegter Fälligkeit nicht als provisorischen Rechtsöffnungstitel zu (Urk. 31 S. 8 f.). In Bezug auf die im Pfandvertrag verbriefte Forderung ging sie davon aus, dass sich der Gesuchsteller auf einen Darlehensvertrag über eine Summe von Fr. 270'000.– beziehe. Sie prüfte in der Folge, ob auf Basis des Darlehensvertrags provisorische Rechtsöffnung erteilt werden könne, was sie ebenfalls verneinte (siehe ausführlich dazu E. 5.5.1.).

5.4.1. Belegt und unbestritten ist vorliegend, dass im Rahmen des Verwertungsverfahrens der Betreuung Nr. 2, welche der Gesuchsteller gegen C.\_\_\_\_\_ angehoben hat, eine Forderung von C.\_\_\_\_\_ gegen die heutige Gesuchsgegnerin in der Höhe von Fr. 239'358.– an den Gesuchsteller abgetreten wurde (Urk. 5/7 S. 1). Soll dem Gesuchsteller für diese Forderung Rechtsöffnung erteilt werden, reicht es nicht aus, nur den Nachweis der Abtretung zu erbringen. Er hat darüber hinaus einen Rechtsöffnungstitel für das der Abtretung zugrunde liegende Schuldverhältnis – vorliegend also für die Forderung von C.\_\_\_\_\_ gegen die heutige Gesuchsgegnerin – vorzulegen. Eine Schuldanerkennung der Gesuchsgegnerin für die in Betreuung gesetzte Forderung – und damit einen solchen Rechtsöffnungstitel – sieht der Gesuchsteller im Pfandvertrag vom 4. Januar 2017 (Urk. 5/8; siehe Urk. 23/1; Urk. 30 S. 6). Auch bei der Prüfung eines provisorischen Rechtsöffnungstitels hat das Gericht das Vorliegen der drei Identitäten zu prüfen. Unter anderem wird die Gläubigeridentität vorausgesetzt, d.h. die Identität zwischen dem Betreibenden und dem im Vollstreckungstitel bezeichneten Gläubiger (siehe ausführlich dazu E. 4.1.3.). Da der Gesuchsteller vorliegend die Rechtsöffnung für eine Forderung verlangt, die ihm im Sinne von Art. 131 Abs. 2 SchKG abgetreten wurde (Urk. 1 S. 3; Urk. 5/7), ergibt sich die Gläubigeridentität nicht direkt aus dem Vollstreckungstitel, sondern erst aufgrund der sich auf den Vollstreckungstitel beziehenden Abtretungserklärung. Der Vollstreckungstitel, der notabene das ursprüngliche Schuldverhältnis ablichten soll, hat somit nicht den Namen des Betreibenden, sondern den ursprünglichen Gläubiger auszuweisen. Aus dem streitgegenständlichen Pfandvertrag geht hervor, dass die Gesuchsgegnerin einen Register-Schuldbrief in der Höhe von Fr. 270'000.– zur Sicherung eines Darlehens gegenüber dem Gesuchsteller und D.\_\_\_\_\_ errichtet hat. C.\_\_\_\_\_, der Gläubiger der abgetretenen Forderung, ist in diesem Pfandvertrag mit keinem

Wort erwähnt. Der Pfandvertrag bezieht sich somit gemäss Wortlaut auf eine Forderung, die der Gesuchsteller direkt gegenüber der Gesuchsgegnerin innehat, und nicht – wie vom Gesuchsteller behauptet – auf eine Forderung von C.\_\_\_\_\_ gegen die heutige Gesuchsgegnerin. Die abgetretene und danach in Betreuung gesetzte Forderung entspricht somit nicht der Forderung, die im Pfandvertrag festgehalten wurde. Das Vorbringen des Gesuchstellers, es lägen in Bezug auf die Forderungsverhältnisse zwischen den in Frage kommenden Akteuren weitläufige vertragliche Relationen vor, welche schliesslich im vorliegenden Pfandvertrag gemündet hätten (Urk. 21 S. 2), ist unsubstantiiert und lässt keine andere Interpretation zu. Auch was das vom Gesuchsteller vor Vorinstanz eingereichte Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 7. September 2020 (Urk. 5/5) betrifft, erhellt sich nicht, was der Gesuchsteller damit belegen wollte. Er bezog sich im vorinstanzlichen Verfahren nur an einer Stelle darauf und zwar auf Seite 3 seines Rechtsöffnungsgesuchs unter "Prozessuales". Dort führte er aus, dass sich die Gesuchsgegnerin gegenüber dem Betreibungsamt im Rechtsöffnungsverfahren (gemeint ist wohl das Rechtsöffnungsverfahren des Gesuchstellers gegen C.\_\_\_\_\_) geäussert habe und man diesem Schreiben entnehmen könne, dass die Gesuchsgegnerin Kenntnis der Vorgänge habe, die Haftung aber mit untauglichen Gründen ablehne (Urk. 1 S. 3). Von welchen Vorgängen die Rede sein soll, liess er offen. Das Schreiben sowie die diesbezüglichen Vorbringen des Gesuchstellers sind deshalb aufgrund mangelnder Substantiierung im vorliegenden Verfahren unbeachtlich.

5.4.2. Der Gesuchsteller macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, er könne sich für die provisorische Rechtsöffnung auch auf einen zusammengesetzten Vertrag, bestehend aus mehreren Aktenstücken, berufen (Urk. 30 S. 6), und legt in diesem Zusammenhang neu einen Pfandvertrag über einen Registerschuldbrief vom 3. Januar 2017 (Urk. 33/5) ins Recht. Bei der eingereichten Urkunde sowie den in diesem Zusammenhang neu gemachten Ausführungen handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, welche im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen sind (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). In diesem Zusammenhang bringt der Gesuchsteller vor, dass das Einlegen neuer Akten im Beschwerdeverfahren unerlässlich sei, schliesslich habe er zu den Ausführungen der Gesuchs-

gegnerin vor Vorinstanz keine Stellung mehr nehmen können. Da die Gesuchsgegnerin den Rechtsstandpunkt des Gesuchstellers komplett unterminiert habe, hätte ihm zumindest Gelegenheit zum zweiten Schriftenwechsel gegeben oder aber es hätten andere Beweisabnahmen durchgeführt werden müssen (Urk. 30 S. 8 f.).

Dazu ist dem Gesuchsteller Folgendes entgegenzuhalten: Das Rechtsöffnungsverfahren untersteht den Bestimmungen des summarischen Verfahrens (Art. 251 lit. a ZPO). Im summarischen Verfahren besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung – im Gegensatz zum ordentlichen oder vereinfachten Verfahren – kein Anspruch, sich zweimal unbeschränkt zur Sache zu äussern. Der Aktenschluss erfolgt somit grundsätzlich nach einmaliger Äusserung. Die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels ist zwar nicht ausgeschlossen, aber das Gericht hat sich bei der Anordnung von weiteren Parteivorträgen eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen. Bei Rechtsöffnungsverfahren kommt mit Blick auf Art. 84 Abs. 2 SchKG der raschen Verfahrenserledigung ein besonderes Gewicht zu, weshalb nur in Ausnahmefällen ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (BGer 5A\_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1). Der Gesuchsteller verkennt jedoch, dass das Gericht nicht zur Ansetzung einer förmlichen Replikfrist verpflichtet ist. Will eine Partei von ihrem Replikrecht Gebrauch machen, hat sie unaufgefordert und umgehend auf blosse Zustellung der Eingabe hin eine Stellungnahme einzureichen, ansonsten von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden darf (CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 53 N 5; BGE 146 III 97 E 3.4.1). Um die Replik nicht zu verunmöglichen, hat das Gericht mit der Entscheidung so lange zuzuwarten, bis ein Verzicht auf das Replikrecht angenommen werden darf. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf das Gericht vor Ablauf von zehn Tagen im Allgemeinen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen (BGer 1B\_376/2020 vom 11. September 2020, E. 2.2 m.w.H.).

Die von der Gesuchsgegnerin im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Stellungnahme datiert vom 18. November 2021. Auf der ersten Seite wurde handschriftlich Folgendes vermerkt: "Doppel an Parteien verschickt 22.11.21 / fk" (Urk. 27 S. 1). Diese Notiz lässt den Schluss zu, dass die Stellungnahme am 22. November 2021 an den Gesuchsteller versandt wurde. Das vorinstanzliche Urteil wurde sodann am 6. Dezember 2021 gefällt, mithin zwei Wochen nach Versand der gesuchsgegnerischen Stellungnahme an den Gesuchsteller. Der Gesuchsteller macht im vorliegenden Verfahren nicht geltend, ihm sei die zehntägige Frist zur Wahrung seines Replikrechts in irgendeiner Weise beschnitten worden. Seinem Vorbringen ist deshalb nicht zu folgen. Die neu eingereichten Unterlagen und Tatsachenbehauptungen des Gesuchstellers finden im vorliegenden Verfahren entsprechend keine Berücksichtigung.

5.4.3. Nach dem Gesagten steht fest, dass der im Recht liegende Pfandvertrag (Urk. 5/8) mangels Vorliegens der erforderlichen Identitäten nicht als Rechtsöffnungstitel für die in Betreuung gesetzte Forderung in Frage kommt.

5.5. Damit scheidet das Rechtsöffnungsgesuch auch am Fehlen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels, weshalb die Beschwerde bereits aus diesem Grund abzuweisen ist. Eine Auseinandersetzung mit den weiteren Vorbringen des Gesuchstellers erübrigt sich entsprechend. Der Vollständigkeit halber wird im Folgenden aber dargelegt, dass auch die weiteren Rügen des Gesuchstellers nicht zu überzeugen vermögen.

5.5.1. Wie an anderer Stelle ausgeführt wurde, ging die Vorinstanz davon aus, dass dem Pfandvertrag ein Darlehen zugrunde liegt (siehe E. 5.3.3.). Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass deshalb die besonderen Voraussetzungen des Darlehens als provisorischer Rechtsöffnungstitel zu prüfen seien. In diesem Zusammenhang erwog sie, dass ein Darlehensvertrag einen Rechtsöffnungstitel für die Auszahlung der Darlehensvaluta und auch für deren Rückerstattung darstelle. Die Gesuchsgegnerin habe die Auszahlung des Darlehens in ihrer Eingabe vom 18. November 2021 allerdings bestritten. Aus den vom Gesuchsteller eingereichten Akten gehe kein Beleg für die Ausrichtung des Darlehens hervor und da die Behauptung der Gesuchsgegnerin des nicht ausbezahlten Darlehens in der Folge

vom Gesuchsteller nicht bestritten worden sei, sei der Pfandvertrag in Bezug auf das darin erwähnte Darlehen als Rechtsöffnungstitel entkräftet (Urk. 31 S. 9).

Der Gesuchsteller vermochte im Beschwerdeverfahren nicht überzeugend darzulegen, warum die Erwägungen der Vorinstanz falsch sind, insbesondere warum die Vorinstanz fälschlicherweise das Vorliegen eines Darlehens, welches noch nicht ausbezahlt worden ist, angenommen hat. Er moniert, dass eine AG keine Pfandsicherheit gebe, wenn das entsprechende Substrat noch nicht vorhanden sei. Im Pfandvertrag vom 4. Januar 2017 sei kein Darlehen, sondern eine Schuld abgebildet (Urk. 30 S. 4). Mit dem Pfandvertrag habe das Verhältnis reguliert werden sollen. Dem Grundbuchbeamten sei dabei offenbar der Sachverhalt nicht richtig dargestellt worden, indem das Wort "Darlehen" benutzt worden sei. Der ausländische Gesuchsteller habe sich auf die Seriosität einer Schweizer Behörde verlassen und den Irrtum offenbar nicht bemerkt. Andererseits belegten die Zahlungsbeträge von Fr. 4'200.– der Gesuchsgegnerin (Urk. 33/2 = Urk. 33/6), dass es sich nicht um ein noch nicht geleistetes Darlehen handeln könne, da diese nicht erfolgt wären, wäre ein Darlehen gar nie gegeben worden (Urk. 30 S. 7 f.). Diese Tatsachenbehauptungen und offerierten Beweismittel brachte der Gesuchsteller vor Vorinstanz noch nicht vor, weshalb sie aufgrund des Novenverbots von Art. 326 Abs. 1 ZPO allesamt nicht berücksichtigt werden können. Insoweit der Gesuchsteller rügt, ihm sei vor Vorinstanz keine Gelegenheit eingeräumt worden, sie vorzubringen, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (siehe E. 5.4.2.). Die Vorinstanz durfte vom Verzicht des Gesuchstellers auf Ausübung des Replikrechts ausgehen. Es ist vorliegend somit im Einklang mit dem vorinstanzlichen Entscheid vom Vorliegen eines Darlehensvertrags auszugehen. Die Vorinstanz brachte in diesem Zusammenhang korrekt vor, dass die Gesuchsgegnerin die Auszahlung des Darlehens bestritten hat. Damit trifft den Gesuchsteller die Last, die Auszahlung nachzuweisen (siehe Urk. 31 S. 9). Da die Behauptung der Gesuchsgegnerin, das Darlehen sei nicht ausbezahlt worden, vom Gesuchsteller erst in der Beschwerdeschrift und somit zu spät bestritten wurde, ist ihm die provisorische Rechtsöffnung auch aus diesem Grund nicht zu erteilen.

5.5.2. Weiter wies die Vorinstanz das Begehren des Gesuchstellers auch mit Blick auf die Fälligkeit ab. Wie sie richtig ausführte, hat der Rechtsöffnungsrichter zu prüfen, ob die betriebene Forderung im Zeitpunkt der Betreuung fällig war (Urk. 31 S. 8; BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 77). Die Vorinstanz erwog, dass die Ausführungen des Gesuchstellers nicht ausreichten, um die Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung in genügender Klarheit zu belegen (Urk. 31. S. 8). Die Vorbringen des Gesuchstellers im Beschwerdeverfahren lassen ebenfalls keinen anderen Schluss zu. So rügt der Gesuchsteller in seiner Beschwerde, dass davon ausgegangen werden könne, dass es sich beim Schuldner C.\_\_\_\_\_ und der Gesuchsgegnerin nicht um verschiedene Rechtspersonen handle. Es sei klar, dass die Forderung fällig sei, da das Betreibungsamt in der Betreuung gegen C.\_\_\_\_\_ eine Forderung gegen die Gesuchsgegnerin gepfändet habe, was diese als Drittschuldnerin wisse. Sie wisse das erst recht, wenn sie später bestreite, C.\_\_\_\_\_ etwas zu schulden. Zudem bringt der Gesuchsteller vor, er habe die Gesuchsgegnerin auf Pfändung betrieben. Die Fälligkeit sei im fraglichen Zusammenhang mehr als deutlich, insbesondere da das Betreibungsamt für den Schuldner C.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchsgegnerin vorgeschrieben habe und diese eine Forderung bestritten habe. Die weiteren Ausführungen der Vorinstanz zur Kündigung des Grundverhältnisses und dergleichen halte er deshalb für obsolet (Urk. 30 S. 7). Sofern der Gesuchsteller mit seinen Vorbringen den (rechtlichen) Standpunkt vertritt, das Betreibungsamt hätte im Rahmen des Pfändungsverfahrens der Betreuung Nr. 2 gegen C.\_\_\_\_\_ in Bezug auf die gepfändete Forderung gegen die heutige Gesuchsgegnerin nicht bei dieser vorgeschrieben, wenn die gepfändete Forderung nicht fällig gewesen wäre, ist dem Gesuchsteller Folgendes entgegenzuhalten: Das Betreibungsamt hat bei einer gepfändeten Forderung der Schuldnerin des Betriebenen Anzeige gemäss Art. 99 SchKG zu machen. Dass darunter auch nicht fällige Forderungen subsumiert werden, wird schon deshalb deutlich, da der darauffolgende Art. 100 SchKG für die *fälligen* Forderungen im Speziellen vorsieht, dass das Betreibungsamt sofort Zahlung erhebt. Entsprechend stellen weder die Pfändung der streitgegenständlichen Forderung noch das Vorsprechen des Betreibungsamtes bei der heutigen Gesuchsgegnerin einen Beleg für die Fälligkeit der Forderung dar. Die Einwände des Gesuchstellers sind

deshalb nicht überzeugend. Weitere substantiierte Rügen zu den vorinstanzlichen Erwägungen im Zusammenhang mit der Fälligkeit hat der Gesuchsteller unterlassen, weshalb sein Gesuch auch vor diesem Hintergrund abzuweisen ist.

6. Zusammengefasst erweisen sich die Vorbringen des Gesuchstellers als unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

7.1. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind ausgehend von einem Streitwert von Fr. 239'358.– in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss (Urk. 36) zu verrechnen.

7.2. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Der Gesuchsteller hat infolge seines Unterliegens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs.1 ZPO), der Gesuchsgegnerin sind im Beschwerdeverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf den Antrag des Gesuchstellers, dem Rechtsmittel sei gegebenenfalls aufschiebende Wirkung zu verleihen, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 30, Urk. 32, Urk. 33/2-6 und Urk. 37, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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. 239'358.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Juni 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Frangi

versandt am:  
Im