

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT140126-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Urteil vom 16. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 27. August 2014 (EB140174-K)

Erwägungen:

I.

1. Am 5. Juli 2013 unterzeichneten der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend Gesuchsteller) und C._____, der Enkel der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin), einen als "Darlehens Vereinbarung" bezeichneten Vertrag. Darin wurde festgehalten, dass C._____ gleichentags ein Darlehen von Fr. 38'000.-- in bar erhalten habe, wobei er das Geld für die Hochzeit und für Anwaltskosten benötigt habe. Ziffer 8 dieser Vereinbarung sah Folgendes vor:

"8. Solidarhaftung

Die Solidarhaftung für den Betrag von 38'500.00 CHF. Hat Frau B._____
[= Gesuchsgegnerin]. Dies heisst auch nach Ihrem Tod hat A._____
[= Gesuchsteller] den Anspruch auf seine geleisteten 38'500.00 CHF.

Mit der Unterschrift bestätigt B._____ dass Sie bei der Unterzeichnung 100% zurechnungsfähig ist und sich klar bewusst ist für was Sie hier unterschrieben hat zur Unterstützung Ihres Enkels."

Der Vertrag wurde von der Gesuchsgegnerin mitunterzeichnet (Urk. 2/2 = Urk. 12/3). Mit Zahlungsbefehl vom 3. Februar 2014 betrieb der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin für diese Forderung zuzüglich Zins, wogegen die Gesuchsgegnerin Rechtsvorschlag erhob (Urk. 2/1 = Urk. 12/4).

2. Mit Eingabe vom 15. April 2014 stellte der Gesuchsteller gestützt auf den Vertrag vom 5. Juli 2013 beim Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren (Vorinstanz), das Begehren, ihm in der gegen die Gesuchsgegnerin angehobenen Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 3. Februar 2014) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 38'500.-- nebst Zins zu 5% seit 5. Juli 2013 sowie Fr. 103.30 Zahlungsbefehlskosten zu erteilen (Urk. 1 und 1a). Mit Urteil vom 27. August 2014 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren unter Kostenfolgen zu Lasten des Gesuchstellers ab (Urk. 6 = Urk. 9).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 10. September 2014 rechtzeitig (vgl. Urk. 7 und Art. 142 f. ZPO) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 8 S. 2):

"In Gutheissung der Beschwerde sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht summarisches Verfahren, vom 27. August 2014 (EB140174) aufzuheben und A. _____ sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 3. Februar 2014) provisorische Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 38'500.00 nebst Zins zu 5% seit 1. November 2013 sowie Fr. 103.30 Zahlungsbefehlskosten;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8% MwSt) zu Lasten von B. _____.

Eventualiter:

In Gutheissung der Beschwerde sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht summarisches Verfahren, vom 27. August 2014 (EB140174) aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8% MwSt) zu Lasten von B. _____."

Mit Verfügung vom 19. September 2014 wurde dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 750.-- auferlegt, welcher fristwährend geleistet wurde (Urk. 13 und 14). Am 30. September 2014 reichte die Gesuchsgegnerin unaufgefordert eine schriftliche Stellungnahme ein (Urk. 15), die inhaltlich allerdings keinen Bezug zur Beschwerde und zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens erkennen lässt, sondern sich zu einem anderen, hier nicht zur Diskussion stehenden Sachverhalt äussert. Mit Verfügung vom 31. Oktober 2014 wurde ihr deshalb Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (vgl. Urk. 16). Diese Verfügung wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (Urk. 17). Sie hat als zugestellt zu gelten, nachdem die Gesuchsgegnerin – wie auch ihre an das Obergericht adressierte Eingabe vom 30. September 2014 zeigt – vom vorliegenden Verfahren Kenntnis hatte und mit der Zustellung gerichtlicher Verfügungen rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Innert der durch die Zustellungsfiktion ausgelösten Frist ging keine Beschwerdeantwort ein. Das Verfahren ist daher androhungsgemäss (Urk. 16 Disp.-Ziff. 1 Abs. 3) ohne eine solche weiterzuführen (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Es kann ohne Durchführung einer Parteiverhandlung aufgrund der Akten entschieden werden (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

II.

1. Das vor Vorinstanz gestellte Rechtsöffnungsbegehren umfasste neben der Kapitalforderung einen Zins zu 5% seit 5. Juli 2013 (Urk. 1a). Demgegenüber verlangt der Gesuchsteller mit seinem Rechtsmittelantrag provisorische Rechtsöffnung für eine Zinsforderung von 5% seit 1. November 2013 (Urk. 8 S. 2). Soweit die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren (auch) mit Bezug auf den Zins für die Zeit vom 5. Juli 2013 bis 31. Oktober 2013 abgewiesen hat, bleibt ihr Entscheid im Beschwerdeverfahren somit unangefochten.

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven. Der Novenausschluss gilt auch in Verfahren mit (beschränkter) Untersuchungsmaxime (BGer 5A_405/2011 vom 27.9.2011 E. 4.5.3 m.w.Hinw.). Die erstmals in der Stellungnahme vom 30. September 2014 (Urk. 15) vorgetragene neuen Behauptungen der Gesuchsgegnerin, welche sich im Übrigen ohnehin nicht zum vorliegend relevanten, sondern zu einem anderen Sachverhalt äussern, sind für die Beurteilung der Beschwerde deshalb von vornherein unbeachtlich.

3. Nachdem die Gesuchsgegnerin innert ihr angesetzter Frist (vgl. Urk. 4 und 5) keine Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch eingereicht hatte, fällt die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid androhungsgemäss (und zu Recht; vgl. BGE 138 III 483 E. 3.2) aufgrund der Akten, d.h. des Rechtsöffnungsbegehrens (Urk. 1 und 1a) und dessen Beilagen (Urk. 2/1 und 2/2). Zur Begründung erwog sie, dass der Richter gewisse Mängel der als provisorischen Rechtsöffnungstitel beigebrachten Schuldanerkennung von Amtes wegen zu prüfen habe. Darunter falle insbesondere auch die Formungültigkeit von Verträgen. In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob die Gesuchsgegnerin aufgrund des von ihr mitunterzeichneten Vertrages vom 5. Juli 2013 solidarisch für die ihrem Enkel vom Gesuchsteller gewährte Darlehenssumme hafte, wie der Gesuchsteller sinngemäss geltend ma-

che. Dabei kam sie gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Schluss, dass die von der Gesuchsgegnerin gegenüber dem Gesuchsteller in der "Darlehens Vereinbarung" vom 5. Juli 2013 abgegebene Erklärung nicht als kumulative Schuldübernahme, sondern als Bürgschaft im Sinne der Art. 492 ff. OR zu qualifizieren sei. Gemäss Art. 493 Abs. 2 OR bedürfe es zu deren Gültigkeit unter den gegebenen Umständen der öffentlichen Beurkundung. Da der vorliegend als Rechtsöffnungstitel vorgelegte Darlehensvertrag nicht öffentlich beurkundet worden sei, erweise er sich als formungültig. Damit liege keine gültige Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 OR (recte: SchKG) vor, weshalb das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen sei (Urk. 9 S. 2-6).

4. Der Gesuchsteller wirft der Vorinstanz vor, das Recht in mehrfacher Hinsicht unrichtig angewandt (Art. 320 lit. a ZPO) und den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (Art. 320 lit. b ZPO) zu haben (Urk. 8 S. 4 Rz 7 ff.).

Im Einzelnen macht er – zusammengefasst – geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht von Amtes wegen und einseitig zu seinen Lasten geprüft (und verneint), ob die betriebene Gesuchsgegnerin gestützt auf den Rechtsöffnungstitel verpflichtet sei, bzw. ob aufgrund des beigebrachten Titels von einer rechtsgültigen Verpflichtung der Gesuchsgegnerin auszugehen sei. Wenn die Vorinstanz dabei unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung annehme, der Richter habe gewisse Mängel der Schuldanerkennung, insbesondere auch die Formungültigkeit von Verträgen, von Amtes wegen zu prüfen, verkenne sie, dass die von ihr angeführten Bundesgerichtsentscheide (BGE 86 II 398 E. 1 und BGE 98 II 313 E. 2) nicht im Rahmen eines "unwidersprochenen" summarischen Rechtsöffnungsverfahrens, sondern eines ordentlichen Zivilprozesses ergangen seien, in welchem die Qualifikation des betreffenden Vertrages zudem unbestritten gewesen sei. Es sei nicht Sinn und Zweck eines summarischen Rechtsöffnungsverfahrens, dass sich der Richter – nachdem die Schuldnerin trotz des gerichtlichen Hinweises auf die Säumnisfolgen auf eine Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch verzichtet habe – zur Rechtsnatur des Rechtsöffnungstitels äussere und dazu in antizipierter und völlig einseitiger Weise auf nicht behauptete tatsächliche Umstände abstelle. Dies umso weniger, wenn es sich – wie

vorliegend – um die sehr schwierige und fließende Abgrenzung zwischen einer "formlosen" kumulativen Schuldübernahme und einer formbedürftigen Bürgschaft handle. Eine solche (Qualifikations-)Frage sei nicht in einem "unbestrittenen" summarischen Rechtsöffnungsverfahren zu klären, sondern nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung im Rahmen einer der Gesuchsgegnerin offenstehenden Aberkennungsklage im ordentlichen Verfahren. Wenn die Vorinstanz dennoch in Verletzung der ihr im Rechtsöffnungsverfahren obliegenden Pflichten von Amtes wegen aktiv geworden sei und auf Formungültigkeit des provisorischen Rechtsöffnungstitels geschlossen habe, liege darin eine Rechtsverletzung (Urk. 8 S. 4 f. Rz 7 und Rz 10 ff.).

Überdies habe die Vorinstanz – so der Gesuchsteller weiter – seinen durch Art. 53 ZPO garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie ihm keine Gelegenheit gegeben habe, sich vor der Entscheidung zur Rechtsnatur bzw. zu der von Amtes wegen in Betracht gezogenen Qualifikation der Verpflichtung der Gesuchsgegnerin als Bürgschaft zu äussern. Statt dessen habe sie verschiedene tatsächliche Annahmen (u.a. betreffend Geschäftsunerfahrenheit und fehlendem Eigeninteresse der Gesuchsgegnerin sowie angeblich blossem Sicherungsinteresse) getroffen, obwohl diese Tatsachen nicht einmal im Ansatz behauptet worden seien. Insoweit habe die Vorinstanz auch die Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO) verletzt (Urk. 8 S. 4 Rz 8 und S. 6 Rz 20 ff., Rz 27). Die betreffenden Sachverhaltsfeststellungen seien zudem offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO (Urk. 8 S. 4 Rz 9 und S. 8 Rz 34 ff.).

Rechtsfehlerhaft sei schliesslich auch die Qualifikation der von der Gesuchsgegnerin eingegangenen Verpflichtung als Bürgschaft, handle es sich bei zutreffender Würdigung doch um eine formgültig erklärte kumulative Schuldübernahme. Damit liege ein gültiger Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG vor, weshalb dem Gesuchsteller in Gutheissung der Beschwerde provisorische Rechtsöffnung zu erteilen sei (Urk. 8 S. 6 f. Rz 26 ff.).

5. Beruht die Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuld-
anerkennung, kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen
(Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Richter spricht dieselbe – im summarischen Verfah-

ren (Art. 251 lit. a ZPO) – aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

5.1. Wie das definitive ist auch das provisorische Rechtsöffnungsverfahren rein betreibungsrechtlicher Natur; der Rechtsöffnungsentscheid entfaltet ausschliesslich betreibungsrechtliche Wirkung für die konkrete Betreuung. Damit wird nicht über den materiellen Bestand der Betreuungsforderung entschieden (und ist auch nicht über diesen zu entscheiden), sondern lediglich darüber, ob die durch den Rechtsvorschlag gehemmte Betreuung weitergeführt werden darf (BGE 136 III 566 E. 3.3 S. 569 f.; 133 III 645 E. 5.3 S. 653; 132 III 140 E. 4.1.1 S. 141 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz 531 m.w.Hinw.; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 19 Rz 22 und Rz 67). Das ist dann der Fall, wenn der Gläubiger eine Schuldanerkennungsurkunde im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG vorweist, die vom betriebenen Schuldner nicht sofort glaubhaft entkräftet wird. Im Rechtsöffnungsverfahren geht es mithin (nur) um die Feststellung, ob ein Vollstreckungstitel vorliegt. Die Prüfungszuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters umfasst daher ausschliesslich Fragen im Zusammenhang mit der (inhaltlichen) Tauglichkeit der präsentierten Urkunde als Vollstreckungstitel (BGE 133 III 645 E. 5.3 S. 653/654; BGer 5A_206/2013 vom 13.5.2013 E. 2.2). Entsprechend würdigt der Rechtsöffnungsrichter nur die Beweiskraft der vorgelegten Urkunde, nicht aber den Bestand bzw. die Gültigkeit der darin anerkannten Forderung an sich. Der betreibende Gläubiger kann sich zur Gesuchsbegründung darauf beschränken, einen derartigen Titel vorzulegen. Die Einreichung dieser anhand ihres Inhalts, ihres Ursprungs resp. Urhebers und ihrer äusseren Merkmale gewürdigten Urkunde genügt zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung, wenn der Schuldner keine Einwendungen erhebt und glaubhaft macht (Pra 101 [2012] Nr. 32 E. 2.3; BGer 5A_113/2014 vom 8.5.2014 E. 2.1; 5A_568/2010 vom 4.11.2010 E. 2.1; KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, OFK-SchKG, Art. 82 N 1). In dem vom Gesetzgeber gewollten System der provisorischen Rechtsöffnung besteht für die vom Gläubiger vorgelegte Urkunde somit die tatsächliche Vermutung, dass die in ihr aufgeführten Tatsachen der Wahrheit entsprechen; dies gilt zumindest

solange, als sie nicht von vornherein verdächtig erscheint ("que le titre ... ne soit d'emblée suspect"), was der Richter von Amtes wegen prüft (BGE 132 III 140 E. 4.1.2 S. 143). Die Beurteilung des materiellen Bestands der Forderung erfolgt (gegebenenfalls) erst im Anschluss an das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung und ist dem ordentlichen Richter im Aberkennungs- oder Anerkennungsprozess vorbehalten.

5.2. Eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG ist eine öffentliche oder eine eigenhändig von der betriebenen Person (oder ihrem Stellvertreter) unterzeichnete Urkunde, aus welcher deren Wille hervorgeht, dem Betreibenden ohne Vorbehalte und Bedingungen eine bestimmte oder zumindest leicht bestimmbare und fällige Summe zu bezahlen (BGE 130 III 87 E. 3.1 S. 88 m.w.Hinw.; 131 III 268 E. 3.2 S. 272; 136 III 627 E. 2 S. 629). Auf den Titel, auf den sich die vorliegende Betreuung stützt, d.h. die "Darlehens Vereinbarung" vom 5. Juli 2013 (Urk. 2/2), trifft diese Eigenschaft (in formeller Hinsicht) zu. Darin gibt die Gesuchsgegnerin die eigenhändig unterzeichnete Erklärung ab, dass sie "die Solidarhaftung für den Betrag von 38'500.00 CHF ... hat". Diese kurz gefasste, einen inhaltlich genau definierten Begriff der Rechtssprache verwendende Formulierung nimmt von ihrem Wortlaut und -sinn her klarerweise Bezug auf die Rechtsfigur der Solidarität gemäss Art. 143 OR. Mit dieser Wortwahl bzw. nach deren objektiver Bedeutung erklärt die Gesuchsgegnerin demnach, sie wolle – zusätzlich zum Darlehensempfänger – gegenüber dem Gläubiger (Gesuchsteller) selbstständig und allein für die Erfüllung der Darlehensschuld im genannten Betrag haften (Art. 143 Abs. 1 OR; s.a. BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 143 N 6), d.h. die Schuld des Darlehensnehmers kumulativ übernehmen und dem Gläubiger so ermöglichen, dieselbe nach seiner Wahl entweder vom Darlehensnehmer oder von ihr einzufordern. Mit der (aufgrund der Privatautonomie ohne Weiteres zulässigen) vertraglichen Verpflichtung zur solidarischen Haftung entsteht eine selbstständige Forderung des Gläubigers gegen den der fremden Schuld Beitretenden (vgl. BGE 93 II 329 E. 3.a S. 334; 129 III 702 E. 2.1 S. 704; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 143 N 1). Deshalb ist die unterschriftlich bekräftigte Erklärung der Gesuchsgegnerin, für die genannte Summe solidarisch zu haften, als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG zu qualifizieren, zumal auch der

Darlehensvertrag selbst eine solche darstellt, solange die Auszahlung der Darlehenssumme (wie im vorliegenden Fall) nicht bestritten wird (BGE 136 III 627 E. 2 S. 629; 132 III 480 E. 4.2 S. 481; 132 III 140 E. 4.1.1 S. 142; s.a. STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 180).

5.3. Im Gegensatz zum definitiven (vgl. Art. 81 SchKG) sind im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren alle Einreden und Einwendungen zulässig, welche geeignet sind, die Schuldanerkennung zu entkräften, insbesondere auch solche gegen Bestand und Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung (KUKO SchKG-VOCK, Art. 82 N 38; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 83 ff.; BGer 5A_114/2014 vom 24.7.2014 E. 3.1 m.w.Hinw.). Zulässig ist mithin auch die Einrede, die Forderung sei aus materiellrechtlichen Gründen gar nie entstanden.

Im vorliegenden Fall hätte die Gesuchsgegnerin im Verfahren vor Vorinstanz also insbesondere auch einwenden und begründen können, dass und weshalb sie mit der Mitunterzeichnung der "Darlehens Vereinbarung" vom 5. Juli 2013 entgegen dem an sich klaren Wortlaut ihrer Schuldanerkennung keine Solidarhaftung übernommen bzw. keinen kumulativen Schuldbeitritt erklärt habe, sondern der Sache nach eine Bürgschaft eingegangen sei, welche zufolge Formmangels (Art. 493 Abs. 2 OR) jedoch unwirksam sei, weshalb die anerkannte Schuld gar nicht entstanden sei. Die Vorinstanz hätte dann im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft (vgl. BGE 129 III 702) prüfen dürfen und müssen, ob die Schuldanerkennung dadurch sofort glaubhaft entkräftet sei, d.h. ob der Einwand glaubhaft erscheine, die anerkannte Schuld sei gar nie rechtswirksam entstanden. Die Gesuchsgegnerin hat sich jedoch trotz gerichtlicher Fristansetzung nicht zum Rechtsöffnungsgesuch vernehmen lassen und folglich keine die Schuldanerkennung entkräftenden Einwendungen erhoben (und sofort glaubhaft gemacht). Im Beschwerdeverfahren können derartige Einwendungen aufgrund des Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.2) nicht mehr nachgeholt werden.

5.4. Nach der gesetzlichen Ordnung (Art. 82 Abs. 2 SchKG) obliegt die Erhebung und Glaubhaftmachung von Einwendungen zur Entkräftung der als provisorischen Rechtsöffnungstitel eingereichten Schuldanerkennung ausschliesslich

dem Schuldner. Deshalb geht es grundsätzlich nicht an, von Amtes wegen zu prüfen, ob ein vom Schuldner nicht ausdrücklich geltend gemachter Grund gegen den materiellen Bestand der im Rechtsöffnungstitel unterschriftlich anerkannten Schuld spreche (Pra 101 [2012] Nr. 32 E. 3.4.1). Dennoch steht allgemein fest, dass bei der Rechtsöffnung vorfrageweise gewisse materiellrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind (BGer 5A_114/2014 vom 24.7.2014 E. 3.5.1; BGE 136 III 566 E. 3.3 S. 569), mitunter auch von Amtes wegen. Einigkeit besteht – entgegen der unzutreffenden Auffassung des Gesuchstellers (Urk. 8 Rz 10 ff.) – insbesondere darin, dass der Rechtsöffnungsrichter auch ohne entsprechenden Einwand des Schuldners von Amtes wegen zu prüfen hat, ob die Schuldanerkennung bzw. das ihr zugrunde liegende Geschäft nichtig ist, und dass er das Rechtsöffnungsbegehren von Amtes wegen abzuweisen hat, wenn die Nichtigkeit sofort und klar aus der Schuldanerkennung selbst hervorgeht (oder die Nichtigkeitsgründe notorisch oder zumindest gerichtsnotorisch sind), d.h. wenn die Schuldanerkennung offensichtlich Ansprüche aus einem nichtigen Vertrag betrifft (KUKO SchKG-VOCK, Art. 82 N 8 und Art. 84 N 18; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 48 f. und Art. 84 N 50; s.a. BGer 5A_114/2014 vom 24.7.2014 E. 3.2). Dabei nimmt das Bundesgericht dem Grundsatz nach an, dass (auch) die Formungültigkeit eines Vertrages zu dessen (absoluter) Nichtigkeit führt und von Amtes wegen zu beachten ist (BGE 98 II 313 E. 2 S. 316; 116 II 700 E. 3.b S. 702; vgl. aber auch BGE 112 II 330 E. 2.b S. 334 f.; 138 III 401 E. 2.3.1 i.f. S. 404). In der Doktrin ist diese Frage allerdings umstritten; die herrschende Lehre verneint sie (vgl. BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 48; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz 548 ff.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 17 ff.). Hinsichtlich der Prüfungstiefe darf sich der Rechtsöffnungsrichter aber auf eine summarische Prüfung der Nichtigkeit beschränken (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 49; KUKO SchKG-VOCK, Art. 82 N 8). Dabei ergibt sich aus dem Erfordernis, Einwendungen nur glaubhaft machen zu müssen (Art. 82 Abs. 2 SchKG), dass auch die von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit bereits dann zur Verweigerung der Rechtsöffnung führt, wenn sie glaubhaft erscheint, d.h. wenn der Richter die Wahrscheinlichkeit der Nichtigkeit auf (mindestens) 51% veranschlagt (BSK SchKG I-

STAEHELIN, Art. 82 N 49) bzw. überwiegend geneigt ist, an die Nichtigkeit zu glauben (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. A., Zürich 1984, § 20 Rz 12 mit Anm. 16). Diese Auffassung ist indessen nicht unbestritten (vgl. insbes. STÜCHELI, a.a.O., S. 348 f.) und wurde vom Bundesgericht bisher offengelassen (KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, OFK-SchKG, Art. 82 N 27; BGer 5P.321/2005 vom 27.1.2006 E. 3.2 m.w.Hinw.).

Gemäss den Verfechtern der herrschenden Lehre dürfte die Formungültigkeit eines Vertrages und damit auch des im Rechtsöffnungstitel abgegebenen Leistungsversprechens vom (Erkenntnis- und vom Rechtsöffnungs-)Richter von vornherein nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Geltendmachung einer Partei hin beachtet werden. Folgt man dagegen der höchstrichterlichen Auffassung, setzt eine ohne entsprechenden Einwand des Betriebenen, sondern von Amtes wegen erfolgende Annahme der Nichtigkeit des Vertrages bzw. der im Rechtsöffnungstitel anerkannten Schuld wegen Formungültigkeit (und eine darauf gestützte Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs) angesichts der Natur, des Zwecks und der gesetzlichen Ausgestaltung des Rechtsöffnungsverfahrens voraus, dass sich der Formmangel ohne Berücksichtigung weiterer Begleitumstände sofort glaubhaft aus der Urkunde selbst ergibt, d.h. aufgrund der Urkunde selbst mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die anerkannte Schuld formungültig begründet wurde. Zu denken wäre etwa an den Fall, in dem ein Geschworener provisorische Rechtsöffnung für eine Kaufpreisforderung aus einem Grundstückskauf verlangt und als Titel einen schriftlichen und vom Käufer unterzeichneten, jedoch nicht öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vorweist (Art. 216 Abs. 1 OR), oder wenn das Rechtsöffnungsbegehren eine Forderung aus einem Konsumkreditvertrag betrifft und der als Titel eingereichte schriftliche Vertrag den Erfordernissen des Konsumkreditgesetzes (KKG; SR 221.214.1) nicht genügt (Art. 15 KKG; vgl. BGer 5A_114/2014 vom 24.7.2014 E. 3.2). Andernfalls, insbesondere wenn das Vorliegen eines Formmangels aufgrund des Titels zwar möglich, aber nicht wahrscheinlicher als dessen Nichtvorliegen erscheint, ist, soweit die übrigen Voraussetzungen vorliegen, dem Rechtsöffnungsbegehren zu entsprechen und die Frage der Formungültigkeit und deren Rechtsfolgen vom Erkenntnisrichter im Aberkennungsverfahren zu klären.

5.5. Im vorliegenden Fall steht eine Schuldanerkennung in Form eines schriftlichen Darlehensvertrags zur Prüfung, mit welcher die Gesuchsgegnerin erklärt, für die Darlehensschuld (zuzüglich ein Zinsbetreffnis) die Solidarhaftung zu übernehmen. Nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen ist auch ohne entsprechenden Einwand der Gesuchsgegnerin von Amtes wegen zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft, das der Schuldanerkennung zugrunde liegt, nichtig ist. Die – summarisch vorzunehmende – Beurteilung dieser Frage hängt von der rechtlichen Qualifikation der abgegebenen Erklärung ab, welche die Formgültigkeitsfrage präjudiziert. Dabei darf nach der bundesgerichtlichen Praxis für die rechtliche Qualifikation einer solchen Erklärung, insbesondere mit Blick auf die fließende Abgrenzung zwischen (formfreier) kumulativer Schuldübernahme (Art. 143 OR) und (formbedürftiger) Bürgschaft (Art. 492 OR), zwar nicht allein auf den Wortlaut bzw. auf die von den Parteien gewählte Formulierung der Verpflichtung abgestellt werden. Deren Rechtsnatur hängt vielmehr von verschiedenen weiteren Kriterien ab, die in casu allerdings nur insoweit berücksichtigt werden können, als sie aus der Schuldanerkennung selbst hervorgehen. Es steht jedoch fest, dass sich der Gesetzgeber trotz der von ihm erkannten Abgrenzungsproblematik zwischen Bürgschaft und anderen persönlichen Sicherungsversprechen klar dafür entschieden hat, mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zuzulassen, ohne die Formvorschriften über die Bürgschaft hinaus auszudehnen. Zwischen diesen Gestaltungsmöglichkeiten besteht somit Wahlfreiheit. Die Parteien dürfen nach ihrem freien Willen entscheiden, ob ein Sicherungsziel mit Bürgschaft, Garantie oder kumulativer Schuldübernahme erreicht werden soll. Eine Beschränkung der Privatautonomie ist insofern zu verneinen (BGE 129 III 702 E. 2.3 S. 705 ff. m.w.Hinw.).

Dieser Wahlfreiheit hat die Vorinstanz keine Rechnung getragen, wenn sie die Schuldanerkennung der Gesuchsgegnerin in der Darlehensvereinbarung vom 5. Juli 2013 gestützt auf die vom Bundesgericht genannten Kriterien gewürdigt und gefolgert hat, es handle sich rechtlich um eine (formungültige und damit nichtige) Bürgschaft. Letzteres erscheint zwar keineswegs ausgeschlossen. Allein anhand der eingereichten Vertragsurkunde (und allenfalls des Rechtsöffnungsgesuchs) bleibt jedoch vollends offen, unter welchen tatsächlichen Begleitumstän-

den die Gesuchsgegnerin die "Solidarhaftung" übernommen resp. den Vertrag mit dem gewählten Wortlaut unterzeichnet hat und ob der tatsächliche Parteiwille auf die Begründung einer solidarischen Verpflichtung bzw. einen Schuldbeitritt der Gesuchsgegnerin (im Sinne von Art. 143 OR) oder darauf abzielte, für die Schuld des Darlehensnehmers zu bürgen. Insbesondere geht aus der Vertragsurkunde (und auch aus den übrigen Akten) in tatsächlicher Hinsicht keineswegs hervor, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um eine geschäftsungewandte Person handelt, die sich der Tragweite der eingegangenen Verpflichtung nicht bewusst gewesen sei; ebenso wenig lassen die Formulierungen im Vertrag den Schluss zu, dass sie die Haftungserklärung ohne eigenes unmittelbares und materielles Interesse am zwischen dem Gesuchsteller und ihrem Enkel geschlossenen Darlehensvertrag, sondern einzig zur Unterstützung des Enkels (d.h. ausschliesslich zu Sicherungszwecken) abgegeben habe. Diese von der Vorinstanz ohne entsprechende Parteibehauptungen unterstellten Tatsachen beruhen auf einer Verletzung der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO), wie in der Beschwerde mit Recht gerügt wird (Urk. 8 S. 6 Rz 20 ff., Rz 27). Fest steht einzig, dass die Gesuchsgegnerin "zur Unterstützung ihres Enkels" eine "Solidarhaftung" für dessen Darlehensschuld übernommen und das Darlehen für die Hochzeit sowie Anwaltskosten benötigt wurde. Daraus allein lässt sich jedoch nicht mit rechtsgenügender Wahrscheinlichkeit folgern, dass die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin rechtlich als Bürgschaft zu qualifizieren ist; es könnte sich ebenso gut um eine tatsächlich gewollte oder aufgrund des Vertrauensprinzips als solche zu qualifizierende kumulative Schuldübernahme handeln, die (als solche) keinem Formerfordernis unterliegt. Folglich gehen aus dem Titel selbst auch keine hinreichenden Anhaltspunkte hervor, welche eine Nichtigkeit der Verpflichtung bzw. der in der vorgelegten Vertragsurkunde anerkannten Schuld als glaubhaft oder gar als feststehend erscheinen lassen würden. Auch wenn dem Rechtsöffnungsrichter gestützt auf die diesbezügliche bundesgerichtliche Praxis das Recht und die Pflicht zuerkannt werden, den der Schuldanerkennung zugrunde liegenden Verpflichtungsgrund ex officio auf Formmängel hin zu prüfen (was die herrschende Lehre verneint; vgl. vorne, E. 5.4), hätte die Vorinstanz demnach nicht feststellen dürfen, die Schuldanerkennung sei formungültig und deshalb nichtig. Vielmehr hätte sie die Frage der

Nichtigkeit, die unter den vorliegenden Umständen der Sachrichter im Aberkennungsprozess zu entscheiden hat, verneinen müssen. Gegenteiliges folgt im Übrigen auch nicht aus den Ausführungen von STÜCHELI (a.a.O., S. 180), auf welche die Vorinstanz ihr Vorgehen stützt (Urk. 9 S. 3 E. 2.3). Wie in der Beschwerde zutreffend ausgeführt wird (Urk. 8 S. 4 Rz 11), beziehen sich diese Ausführungen nämlich nur auf die Prüfung der Identität des Betriebenen mit dem im Titel genannten Schuldner und nicht auf die Rechtsgültigkeit der anerkannten Verpflichtung.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt hat (Art. 320 lit. b ZPO), indem sie die anerkannte Schuld ("Solidarhaftung") trotz Fehlens jedwelcher dagegen gerichteter Einwendung (Art. 82 Abs. 2 SchKG) gestützt auf tatsächliche Feststellungen, die sich nicht aus dem Rechtsöffnungstitel selbst ergeben, sondern in Verletzung der Verhandlungsmaxime getroffen wurden, rechtlich als formungültige Bürgschaft qualifiziert und als Folge davon angenommen hat, es liege keine gültige Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG vor. Insoweit ist die Beschwerde begründet. Sie ist daher gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Gesuchstellers einzugehen.

III.

1. Die Sache ist spruchreif, weshalb von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen und ein neuer Sachentscheid zu fällen ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

2. Wie bereits ausgeführt (vorne, E. II.5.2), handelt es sich bei der unterschrieben bekräftigten Erklärung der Gesuchsgegnerin, solidarisch für die Darlehensschuld zu haften (Urk. 2/2), um eine gültige Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG. Die Höhe der anerkannten (privatrechtlichen) Forderung ist in der Schuldanerkennung genau beziffert (Fr. 38'500.-- inkl. Vertragszins bis 31. Oktober 2013 [Urk. 2/2 Ziff. 1 und 2]) und die Forderung war bei Anhebung der Betreuung fällig (vgl. Urk. 2/2 Ziff. 1 Abs. 2). Die vom Rechtsöffnungsrichter

von Amtes wegen zu prüfenden drei Identitäten – Identität zwischen der betriebenen bzw. beklagten und der aus dem Titel verpflichteten (Solidar-)Schuldnerin (vgl. dazu auch STÜCHELI, a.a.O., S. 180), Identität zwischen dem betreibenden bzw. klagenden und dem aus dem Titel berechtigten Gläubiger sowie Identität zwischen der in Betreuung gesetzten und der durch den Titel ausgewiesenen Forderung – sind zu bejahen. Da die Gesuchsgegnerin keine die Schuldanerkennung sofort entkräftenden Einwendungen glaubhaft gemacht hat (Art. 82 Abs. 2 SchKG) und aufgrund des Rechtsöffnungstitels auch keine genügenden Anhaltspunkte für die Formungültigkeit bzw. Nichtigkeit der der Schuldanerkennung zugrunde liegenden Verpflichtung bestehen, ist dem Gesuchsteller für den Betrag von Fr. 38'500.-- provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

Nicht urkundenmässig ausgewiesen ist demgegenüber der geltend gemachte Verzugszins von 5% sei 1. November 2013, nachdem kein Mahnschreiben eingereicht wurde und aus der Darlehensvereinbarung auch nicht hervorgeht, dass es sich beim vereinbarten Rückzahlungstermin (31. Oktober 2013) um einen Verfalltag handle (vgl. insbes. Urk. 2/2 Ziff. 1 Abs. 2 und 3 sowie Art. 102 Abs. 2 OR). Deshalb ist lediglich für den gesetzlichen Verzugszins ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls (13. Februar 2014), der als Mahnung gilt, provisorische Rechtsöffnung zu erteilen (vgl. BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 32 f. m.w.Hinw.; KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 5 i.f.; Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR). Keine Rechtsöffnung ist schliesslich für die Betreuungskosten und demnach auch für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 103.30 zu erteilen (ZR 108 [2009] Nr. 2 E. 4; BISchKG 2006 S. 142 f.; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 84 N 67 m.w.Hinw.).

3. Der Vollständigkeit halber ist die Gesuchsgegnerin darauf hinzuweisen, dass sie innert 20 Tagen seit Zustellung des vorliegenden Entscheids auf dem Wege des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreuungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen kann. Unterlässt sie dies, wird die Rechtsöffnung definitiv (Art. 83 Abs. 2 und 3 SchKG).

IV.

1. Fällt die Beschwerdeinstanz einen reformatorischen Entscheid, entscheidet sie in Analogie zu Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (BK ZPO II-STERCHI, Art. 327 N 23; FREIBURGHaus/AFHELDT, in: ZPO-Komm. SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Art. 327 N 24). Da der Gesuchsteller praktisch vollständig obsiegt – dass seinem Begehren hinsichtlich des Verzugszinses und den Zahlungsbefehlskosten nicht vollumfänglich entsprochen wird, fällt aufgrund des bloss marginalen Umfangs seines Unterliegens für die Kostenverteilung nicht ins Gewicht –, ist die von der Vorinstanz auf Fr. 450.-- festgesetzte und bezüglich ihrer Höhe unangefochten gebliebene Spruchgebühr für das erstinstanzliche Verfahren der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die (im Rechtsöffnungsbegehren sinngemäss beantragte) Zusprechung einer Umtriebsentschädigung an den vor Vorinstanz nicht berufsmässig vertretenen Gesuchsteller setzt demgegenüber besondere Gründe voraus (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Solche sind jedoch nicht ersichtlich, nachdem für die in eigener Prozesssache aufgewendete Zeit grundsätzlich keine Entschädigung beansprucht werden kann (SUTER/VON HOLZEN, in: ZPO-Komm. SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Art. 95 N 41) und der Gesuchsteller keine Umstände dargelegt hat, die eine Parteientschädigung dennoch rechtfertigen würden (vgl. DIKE Komm. ZPO-URWYLER, Art. 95 N 26; Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7293). Für das erstinstanzliche Verfahren ist dem Gesuchsteller daher keine Entschädigung zuzusprechen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr, deren Bemessung sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG, SR 281.35) richtet (ZR 110 [2011] Nr. 28), ist auf Fr. 750.– festzusetzen (Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG). Auch sie ist in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen, welche ungeachtet dessen, dass sie im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt hat, als unterliegende Partei zu gelten hat. Denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestimmt sich das Obsiegen bzw. Unterliegen im Rechtsmittelverfahren nach Massgabe der Anträge des Rechtsmittelklägers; auf die Anträge

des Rechtsmittelbeklagten kommt es nicht an. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass eine Gegenpartei ihre Parteistellung im Verfahren nicht dadurch verliert, dass sie sich der Vernehmlassung enthält, und dass sie bis zum Abschluss des Verfahrens das Prozess- und Kostenrisiko trägt. Eine Ausnahme rechtfertigt sich praxisgemäss nur dann, wenn ein gravierender, vom Rechtsmittelbeklagten nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (Justizpanne) zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und der Rechtsmittelbeklagte entweder die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder sich eines Antrages enthalten hat (BGer 5A_61/2012 vom 23.3.2012 E. 2.3 und 4 m.w.Hinw.; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 106 N 5). Im vorliegenden Fall kann indessen nicht von einer krass falschen Rechtsanwendung gesprochen werden, weshalb es bei der Kostenverteilung gemäss Prozessausgang bleibt.

Die Entscheidgebühr ist mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Gesuchsgegnerin hat dem (anwaltlich vertretenen) Gesuchsteller den Vorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO) und ihm für das Beschwerdeverfahren überdies eine nach den Vorschriften der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Deren Höhe ist auf Fr. 1'296.-- (Fr. 1'200.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 13 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht summarisches Verfahren, vom 27. August 2014 (EB140174-K/U1) aufgehoben.
2. Dem Gesuchsteller wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 3. Februar 2014) provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 38'500.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 13. Februar 2014. Im Mehrumfang wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen.

3. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.-- wird der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt.
6. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.-- zu ersetzen.
7. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'296.-- zu bezahlen.
8. Die Gesuchsgegnerin kann innert 20 Tagen seit Zustellung des vorliegenden Entscheids beim Gericht des Betreibungsortes unter Beilage des Entscheids schriftlich und im Doppel auf Aberkennung der Forderung klagen. Unterlässt sie dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von Urk. 15, an das Bezirksgericht Winterthur sowie an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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. 38'500.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am: js