

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT150096-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Urteil vom 21. September 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ [Bank],

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 8. Mai 2015 (EB150079-K)

Erwägungen:

I.

1. Die B._____ (Rechtsvorgängerin der Gesuchstellerin, vgl. E. III. 3.1.) und C._____ sel. (Vater des Gesuchsgegners und Beschwerdeführers) schlossen am 6. März 1998 einen Hypothekendarlehensvertrag. Zur Sicherung des Kredits wurde eine Grundpfandverschreibung zugunsten der B._____ erstellt. Nach der Versteigerung des Grundstückes (StWE Nr. ..., ...str. ... in D._____ SG) in der gegen C._____ sel. gerichteten Betreuung auf Pfandverwertung wurde der ...bank D._____ am 8. August 2007 für den ungedeckt gebliebenen Betrag der Forderung ein Pfandausfallschein über Fr. 112'451.45 ausgestellt. Am tt. Juni 2009 verstarb C._____ sel. (vgl. Urk. 2/2).

Mit Zahlungsbefehl vom 6. Februar 2015 setzte die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) gegen den Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) gestützt auf den Pfandausfallschein vom 8. August 2007 Fr. 112'451.45 in Betreuung. Nachdem der Gesuchsgegner am 10. Februar 2015 Rechtsvorschlag erhoben hatte, stellte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 12. Februar 2015 (Urk. 1) bei der Vorinstanz ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 112'451.45. Mit Urteil vom 8. Mai 2015 (Urk. 13 = 16) hiess die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin vollumfänglich gut.

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 26. Mai 2015 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 15 S. 2):

"1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 8. Mai 2015 sei vollumfänglich aufzuheben und es sei das Rechtsöffnungsbegehren bzw. das Rechtsöffnungs-gesuch der Beschwerdegegnerin/Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Oberwinterthur vollumfänglich abzuweisen, sofern und soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Vollstreckung sei gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZPO aufzuschieben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Verfahren zulasten der Beschwerdegegnerin/Gesuchstellerin."

3. Mit Verfügung vom 27. Mai 2015 (Urk. 19) wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zu leisten. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Urk. 20). Nachdem die Gesuchstellerin sich innert Frist nicht hatte zum prozessualen Antrag des Gesuchsgegners verlauten lassen, wurde der Beschwerde des Gesuchsgegners mit Verfügung vom 11. Juni 2015 (Urk. 21) die aufschiebende Wirkung erteilt. Am 15. Juli 2015 erstattete die Gesuchstellerin innert der ihr mit Verfügung vom 2. Juli 2015 (Urk. 22) angesetzten Frist ihre Beschwerdeantwort und schloss auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners (Urk. 23 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 3. August 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 26). Am 12. August 2015 (Datum des Poststempels) reichte der Gesuchsgegner eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort ein (Urk. 27), welche der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 13. August 2015 (Urk. 30) zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Am 27. August 2015 ging seitens der Gesuchstellerin eine "Duplik zur Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 12. August 2015" ein (Urk. 31). Diese Eingabe ist dem Gesuchsgegner zusammen mit dem heutigen Endentscheid zuzustellen.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

2.1. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 326 N 4). Deshalb lässt sich insbesondere auch der Beschwerdegrund der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 lit. b ZPO) nicht durch neue Tatsachenbehauptungen und Beibringung neuer Beweismittel dartun (BK-Sterchi, Art. 326 N 3). Neue rechtliche Erwägungen sind jedoch zulässig (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 326 N 3).

2.2. Entsprechend sind die vom Gesuchsgegner mit der Beschwerdeschrift eingereichten Unterlagen (Urk. 18/4-6 und 8), mit Ausnahme des Entscheides des Bezirksgerichts Lenzburg vom 20. April 2015 (Urk. 18/7), welcher bereits vor Vorinstanz vorgelegt wurde (vgl. Urk. 12), unbeachtlich. Ebenso unbeachtlich ist das vom Gesuchsgegner mit der Stellungnahme zur Beschwerdeantwort eingereichte Schreiben der SVA St. Gallen vom 8. Juni 2015 (Urk. 29/9). Auch die von der Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Beilagen (Urk. 25/2-5) stellen unzulässige Noven dar, welche im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden können.

III.

1. Gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht. Gemäss Art. 158 Abs. 3 SchKG gilt ein Pfandausfallschein als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, liegt mit dem Pfandausfallschein vom 8. August 2007 (Urk. 2/1) somit grundsätzlich ein provisorischer Rechtsöffnungstitel über Fr. 112'451.45 vor.

2. Das Gericht spricht die provisorische Rechtsöffnung gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldaner-

kennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Glaubhaftmachung bedeutet bezogen auf die Tatsachengrundlage, dass für das Vorhandensein einer Tatsache gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BK-Brönnimann, Art. 157 N 44; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 87). Der Gesuchsgegner erneuert im Rahmen der Beschwerde seinen Einwand fehlender Aktiv- und Passivlegitimation (Urk. 15 S. 3 ff.; Urk. 27 S. 2 ff.). Über diese Vorbringen ist nachfolgend zu befinden.

3.1. Die Vorinstanz bejahte die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin (Urk. 13 S. 3 ff., E. 3.1). Zur Begründung führte sie aus, im Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung gegen C._____ sel. am 12. Januar 2005, welche zum Pfandausfallschein führte, sei die ...bank D._____ bereits durch Beschluss vom 21. März 1997 infolge Fusion mit der B._____ aufgelöst worden respektive seien die Aktiven und Passiven durch Universalsukzession auf die B._____ übergegangen (Urk. 3). Infolgedessen sei der Hypothekendarlehensvertrag auch zwischen C._____ sel. und der B._____ geschlossen worden. Ab dem 2. Juli 2007 und somit vor Zustellung des Pfandausfallscheins habe die B._____ dann die Firma D._____ ... geführt. Der Gesuchsgegner und C._____ sel. würden durch die fehlerhafte Parteibezeichnung im Pfandausfallschein allerdings weder in einen relevanten Irrtum über die Identität der Betreibenden versetzt, noch seien ihre Interessen in einer Weise verletzt, die eine Nichtigkeit der Betreuung und des Pfandausfallscheines auszulösen vermöge. Der Pfandausfallschein sei daher nicht nichtig, sondern berechtere die B._____. Am 27. April 2012 sei die Firma der D._____ ... sodann in B._____ geändert worden (Urk. 3), womit die Gesuchstellerin berechtigt sei, das Rechtsöffnungsbegehren in eigenem Namen zu stellen.

3.2. Der Gesuchsgegner macht im Rahmen der Beschwerde - mit dem Hinweis, der Pfandausfallschein sei auf die im Jahre 1998 gelöschte ...bank D._____ ausgestellt worden - wie bereits vor der Vorinstanz die fehlende Aktivlegitimation der Gesuchstellerin geltend (Urk. 15 S. 3).

3.3. In der Begründung der Beschwerde ist insbesondere darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet (sog. Rügepflicht, vgl. Frei-

burghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 321 N 15). Die Vorinstanz hat sich in Erwägung II. 3.1. des Urteils vom 8. Mai 2015 zur Aktivlegitimation der Gesuchstellerin geäußert (Urk. 13 S. 3 ff., E. II. 3.1.). Der Gesuchgegner setzt sich in der Beschwerdeschrift vom 26. Mai 2015 nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, sondern beanstandet lediglich pauschal die fehlende Aktivlegitimation der Gesuchstellerin (Urk. 15 S. 3). Dadurch aber verletzt er seine Rügepflicht, weshalb es damit sein Bewenden hat.

4.1. Die Vorinstanz verwarf den Einwand der fehlenden Passivlegitimation des Gesuchsgegners mit der Begründung, der Gesuchsgegner habe die amtliche Feststellung der Überschuldung des Nachlasses im Zeitpunkt des Todes nicht glaubhaft gemacht. Zwar gehe aus dem im Recht liegenden Betreibungsregisterauszug vom 2. März 2015 (Urk. 10) hervor, dass gegen C._____ sel. mehrere Verlustscheine ausgestellt worden seien. Allerdings ergebe sich daraus auch, dass die letzte Betreuung, welche in der Ausstellung eines Verlustscheins geendet habe, am 9. Mai 2007 eingeleitet worden sei. Über den Stand des Vermögens von C._____ sel. im Zeitpunkt seines Todes - rund zwei Jahre nach Einleitung der letzten Betreuung - sage der Betreibungsregisterauszug nichts aus. Auch die Offenkundigkeit der Überschuldung habe der Gesuchsgegner nicht glaubhaft machen können. Nicht nur sei der Betreibungsregisterauszug für den Zeitpunkt des Todes des Erblassers nicht mehr aussagekräftig, darüber hinaus überzeuge auch das Argument des Gesuchsgegners, C._____ sel. habe aufgrund seines hohen Alters keine Möglichkeit gehabt, die in Betreuung gesetzte Forderung zu bezahlen, nicht. Die Ausschlagung der Erbschaft durch den Gesuchsgegner sei daher nicht zu vermuten und der Gesuchsgegner als Rechtsnachfolger von C._____ sel. somit passivlegitimiert (Urk. 13 S. 5 ff., E. II. 3.2 ff.).

4.2.1. Der Gesuchsgegner bestreitet im Rahmen seiner Beschwerde erneut die Passivlegitimation. Er macht geltend, es greife vorliegend die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 566 Abs. 2 ZGB, demnach das Erbe vom Gesuchsgegner ausgeschlagen worden sei. Dem Betreibungsregisterauszug vom 2. März 2015 könne entnommen werden, dass im Zeitpunkt des Todes von C._____ sel. 13 Verlustscheine von insgesamt Fr. 12'639.25 und die Forderung der Gesuchstellerin von

Fr. 112'421.45 bestanden hätten. Zwar sei die letzte Betreuung, welche in der Ausstellung eines Verlustscheins geendet habe, am 9. Mai 2007 und damit zwei Jahre vor dem Tod von C._____ sel. eingeleitet worden. Zu Unrecht habe die Vorinstanz daraus aber den Schluss gezogen, dass der im Recht liegende Betreibungsregisterauszug über den Stand des Vermögens von C._____ sel. im Zeitpunkt seines Todes nichts aussage. Der Versteigerungserlös habe nur Fr. 35'715.05 betragen, was zur Ausstellung eines Pfandausfallscheines über den Betrag von Fr. 112'451.45 an die Gesuchstellerin geführt habe. Es sei somit offenkundig, dass C._____ sel. im Zeitpunkt der Versteigerung absolut keine Vermögenswerte mehr besessen habe, ansonsten er die Versteigerung und den damit verbundenen finanziellen Schaden abzuwenden versucht hätte. C._____ sel. sei im Zeitpunkt der Ausstellung des Verlustscheines bereits 79 Jahre alt gewesen, sei seit Jahren keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen und habe von der AHV und Ergänzungsleistungen gelebt. In Anbetracht dessen sei eindeutig, dass er sich in den zwei Jahren vor seinem Ableben nicht mehr habe finanziell erholen können. Es seien denn auch keine Schulden zurückbezahlt worden. So habe auch die Gesuchstellerin nicht behauptet, irgendwelche Zahlungen erhalten zu haben. Die Gesuchstellerin habe in den Jahren nach der Ausstellung des Pfandausfallscheines keine Inkassomassnahmen gegen C._____ sel. ergriffen, weil die Überschuldung des Schuldners für sie ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Die Vermutung der Ausschlagung der Erbschaft werde auch nicht durch die im Recht liegende Erbbescheinigung widerlegt, zumal diese nicht vom Gesuchsgegner, sondern von der Ehefrau von C._____ sel. bestellt worden sei und der Gesuchsgegner sich somit nicht in den Nachlass eingemischt habe (Urk. 15 S. 4 ff., Urk. 27 S. 2 ff.).

4.2.2. Die Gesuchstellerin hält den Einwand des Gesuchsgegners für unbegründet und stimmt dem angefochtenen Urteil im Ergebnis zu. Sie führt aus, mangels Beweismitteln bestehe über die Vermögensverhältnisse von C._____ sel. im Zeitpunkt seines Todes keine Gewissheit. Es sei vorstellbar, dass C._____ sel. zwischen der Ausstellung des letzten Verlustscheines gegen ihn im Juli 2007 und seinem Tode im Juni 2009 durch Erhalt einer Erbschaft oder durch Schenkungen seine Schulden habe abbauen können. Der Gesuchsgegner selber er-

wähne den Bestand eines Kontos bei der Thurgauer Kantonalbank. Die Tatsache, dass C._____ sel. nichts gegen die Verwertung des Pfandes unternommen habe, beweise das Fehlen von sonstigen Vermögenswerten nicht, sondern hänge möglicherweise damit zusammen, dass er nicht mehr auf die Eigentumswohnung angewiesen gewesen sei oder sich aus anderen Gründen nicht gegen die Verwertung habe wehren wollen. Der hohe Pfandausfall sei nicht vorhersehbar gewesen. Auch das Alter von C._____ sel. sei kein Argument dafür, dass kein Schuldenabbau mehr stattgefunden habe. Das Zuwarten von einigen Jahren nach erfolgter Betreuung auf Pfandverwertung sei des Weiteren üblich und lasse nicht den Schluss zu, dass die Gesuchstellerin von einer Überschuldung ausgegangen sei. Der Rechtsschein der materiellen Richtigkeit entfalte die Erbbescheinigung sodann für alle Erben. Gemäss der Erbbescheinigung hätten die Erben keine Ausschlagungserklärung eingereicht, weshalb der Gesuchstellerin ein Anspruch gegenüber der Erbgemeinschaft zustehe, den sie gegenüber jedem Erben im vollen Umfang durchsetzen könne (Urk. 23 S. 4 ff.; Urk. 31 S. 2 f.).

4.3. Die vom Erblasser unterzeichnete Schuldanerkennung berechtigt zur Rechtsöffnung in einer Betreuung gegen die einzelnen Erben. Dasselbe gilt in der Betreuung gegen die Erben für einen gegen den Erblasser ausgestellten Pfandausfallschein. Die Berufung als gesetzlicher oder eingesetzter Erbe muss der Gläubiger nachweisen (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 65). Der Nachweis der Erbenstellung kann durch Erbschein erfolgen (Art. 559 ZGB; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 174 Fn 44). Dieser genießt als provisorischer Legitimationsausweis Gutgläubensschutz (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 559 N 49). Die Annahme der Erbschaft muss vom Gläubiger indes nicht nachgewiesen werden, der Erbe hat glaubhaft zu machen, dass er ausgeschlagen hat (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 65; Stücheli, a.a.O., S. 181 Fn. 76). Nach Art. 566 Abs. 2 ZGB wird die Ausschlagung bei amtlich festgestellter oder offenkundiger Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes jedoch vermutet. Als amtliche Feststellung sind Verlustscheine oder die Konkursöffnung zu erachten, soweit sie für den Stand des Vermögens des Erblassers im Zeitpunkt des Todes noch aussagekräftig sind. Offenkundige Überschuldung kann angenommen werden bei Fürsorgebedürftigkeit des Erblassers oder bei Vorliegen

zahlreicher offener Betreibungen (BSK ZGB II-Schwander, Art. 566 N 7; Bürgi, in: Bächler/Jakob, Kurzkommentar ZGB, 2012, Art. 566 N 9 f.). Bei Fehlen einer amtlichen Feststellung ist erforderlich, dass die offenkundige Überschuldung den Erben bekannt ist (BGE 88 II 299 E. 5; Häuptli, in: Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Art. 566 N 12). Im Falle einer überschuldeten Erbschaft bedarf daher nicht die Ausschlagung, sondern die Annahme einer ausdrücklichen Erklärung. Erklärt nämlich der Erbe nicht innert der für die Ausschlagungserklärung vorgesehenen Frist im Fall der überschuldeten Erbschaft die Annahme, ist von der Nichtannahme auszugehen, es sei denn, er habe der im Gesetz angesprochenen Vermutung beispielsweise nicht bereits durch Einmischen die Basis entzogen (BSK ZGB II-Schwander, Art. 566 N 8).

4.4. Bei der provisorischen Rechtsöffnung gilt - wie bereits erwähnt (vgl. oben E. III. 2) - insofern eine Beweiserleichterung, als dass der Betriebene seine Einwendungen weder durch Urkunde noch auf andere Weise zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft darzutun hat (Stücheli, a.a.O., S. 349; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 87). Zutreffenderweise ist die Vorinstanz bezüglich die vom Betriebenen erhobenen Einwendungen demnach vom Erfordernis der Glaubhaftmachung ausgegangen. Der Gesuchsgegner macht im Rahmen seiner Beschwerde geltend, die Vorinstanz habe übertriebene Anforderungen an die Erfüllung dieses Beweismasses gestellt (Urk. 15 S. 7 f.).

Aus dem im Recht liegenden Betreibungsregisterauszug vom 2. März 2015 (Urk. 10) geht hervor, dass gegen C._____ sel. 13 Verlustscheine im Umfang von Fr. 12'639.25 bestanden. Die letzte Betreibung gegen C._____ sel. - für die vergleichsweise tiefe Forderung von Fr. 1'139.10 - wurde am 9. Mai 2007 eingeleitet und endete mit der Ausstellung eines Verlustscheines, datierend vom 5. Juli 2007 (Betreibung Nr. ..., Urk. 10). Die Ausstellung eines Verlustscheines setzt voraus, dass alle dem Betreibungsamt bekannten, in der Schweiz liegenden Vermögensstücke des Schuldners gepfändet und verwertet worden sind (Kren Kostkiewicz/Walder, SchKG Kommentar, 18. Aufl., Art. 149 N 11). Es ist demnach davon auszugehen, dass zu diesem Zeitpunkt keine für die Gläubiger greifbaren Vermögensgegenstände mehr vorhanden waren. Die Versteigerung des Grundstückes von C._____ sel. (StWE Nr. ..., ...str. ... in D._____ SG) am 25. Juni 2007 führte

sodann für den ungedeckt gebliebenen Betrag der Forderung von Fr. 112'451.45 zur Ausstellung des Pfandausfallscheins vom 8. August 2007 (Urk. 2/1) an die Gesuchstellerin. C._____ sel. war zu diesem Zeitpunkt bereits 79 Jahre alt (vgl. Urk. 2/2) und nicht mehr erwerbstätig. Das vom Gesuchsgegner erstmals im Beschwerdeverfahren gemachte Vorbringen, C._____ sel. habe neben der AHV-Rente Ergänzungsleistungen erhalten (Urk. 27 S. 3; und die zur Untermauerung beigebrachte Urk. 29/9), kann aufgrund des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden. Dies ändert aber nichts daran, dass gerade auch in Anbetracht der nicht unerheblichen Höhe der durch die Verlustscheine beziehungsweise den Pfandausfallschein verurkundeten Forderungen nicht ersichtlich ist, wie C._____ sel. sich im verhältnismässig kurzen Zeitraum von zwei Jahren bis zu seinem Tod ohne ein Erwerbseinkommen hätte finanziell erholen sollen. Denkbar wäre ein substantieller Schuldenabbau einzig, wenn C._____ sel. bis zu seinem Tod Erbschaften oder Schenkungen zugekommen wären. Eine entsprechende (ohnehin unsubstantiierte) Behauptung wurde von der Gesuchstellerin indessen im Beschwerdeverfahren neu aufgestellt (Urk. 23 S. 4; Urk. 31 S. 3) und ist im Sinne von Art. 326 ZPO als verspätet zu betrachten. Das Vorbringen der Gesuchstellerin, dass die Witwe von C._____ sel. mithilfe der ausgestellten Erbbescheinigung ein Konto von C._____ sel. bei der ZKB saldiert habe, was für das Vorhandensein von Vermögenswerten spreche (Urk. 23 S. 4; Urk. 31 S. 4), ist ebenfalls neu und daher mit Blick auf das im Beschwerdeverfahren geltende Novenverbot unbeachtlich. Ohnehin liesse sich angesichts dessen, dass ein Konto auch einen negativen Saldo aufweisen kann, von der blossen Existenz eines Kontos nicht auf das Vorhandensein von Vermögenswerten schliessen.

Gegen eine finanzielle Erholung von C._____ sel. spricht sodann, dass - wie aus dem Betreibungsregisterauszug (Urk. 10) hervorgeht - auch die anderen Gläubiger in den bis zu seinem Tod verbleibenden zwei Jahren keine Beteiligungen mehr gegen ihn eingeleitet haben. Die Gesuchstellerin hat in der vorliegenden Beteiligungsbeurteilung denn auch die gesamte Forderung gemäss Pfandausfallschein geltend gemacht (vgl. Urk. 1, Urk. 2/3). Damit steht fest, dass die Gesuchstellerin bis zum Zeitpunkt des Todes von C._____ sel. keine Zahlungen erhalten hat, bezie-

hungsweise dass die Forderung im damaligen Zeitpunkt noch in vollem Umfang bestand. Die Überschuldung des Nachlasses im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ist daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz aufgrund des eingereichten Betreibungsregisterauszeuges vom 2. März 2015 (Urk. 10) glaubhaft gemacht. Somit greift die Vermutung der Ausschlagung im Sinne von Art. 566 Abs. 2 ZGB und dem Gesuchsgegner kommt keine Erbenstellung zu.

4.5. Daran ändert auch nichts, dass die Gesuchstellerin unter Verweis auf die mit dem Rechtsöffnungsgesuch eingereichte Erbescheinigung (Urk. 2/2) vor Vorinstanz ausgeführt hat, die Erben hätten gemäss Auskunft des Amtsnotariats E._____ die Erbschaft nicht ausgeschlagen (Urk. 1).

Die Erbescheinigung wird gemäss gesetzlicher Vorschrift ausdrücklich unter Vorbehalt der Ungültigkeits- und der Erbschaftsklage ausgestellt; sie ist deshalb stets nur ein provisorischer Legitimationsausweis ohne materiellrechtliche Bedeutung für die Erbenstellung der darin erwähnten Personen (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 559 N 2; Künzle, in: Bächler/Jakob, a.a.O., Art. 559 N 1). Ihrer Ausstellung geht insbesondere keine Auseinandersetzung über die materielle Rechtslage voraus (Emmel, in: Abt/Weibel, a.a.O., Art. 559 N 31; BGE 128 III 318 E. 2.2.2.). Vielmehr gibt sie die Rechtslage so wieder, wie sie von der zuständigen kantonalen Behörde im Zeitpunkt der Ausstellung ermittelt werden kann (Berther, Die internationale Erbschaftsverwaltung, 2001, S. 113). Über die Erbenstellung der in der Erbescheinigung genannten Personen entscheidet einzig das ordentliche Gericht (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 559 N 2). Als provisorische Legitimationsurkunde ist die Erbescheinigung denn auch jederzeit abänderbar, sei es durch die ausstellende Behörde, falls sich nachträglich die materielle Unrichtigkeit herausstellt, sei es durch ein Urteil des ordentlichen Richters aufgrund einer erbrechtlichen Klage, welches sie gegenstandslos macht (Emmel, in: Abt/Weibel, a.a.O., Art. 559 N 33; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 559 N 47).

Die im Recht liegende Erbescheinigung vom 10. November 2009 (Urk. 2/2) bestätigt lediglich, dass der Gesuchsgegner als Erbe anerkannt und keine Erbausschlagung eingereicht worden ist. Die Ausschlagungsvermutung im Sinne von Art. 566 Abs. 2 ZGB stellt das Stillschweigen des Erben einer Ausschlagungserklärung jedoch gerade gleich (Hauptli, in: Abt/Weibel, a.a.O., Art. 566 N 14; BSK

ZGB II-Schwander, Art. 566 N 8). Zwar steht es dem Erben frei, eine ausdrückliche formelle Ausschlagungserklärung zu Protokoll zu geben und sich nicht auf die Wirkung der blossen Vermutung zu verlassen, nötig ist dies allerdings nicht (ZK-Escher, Art. 566 N 15).

Dass vorliegend eine Erbbescheinigung (Urk. 2/2) im Recht liegt, wonach keine Erbausschlagung eingereicht worden ist, widerlegt die Vermutung der Ausschlagung nach Art. 566 Abs. 2 ZGB durch den Gesuchsgegner somit nicht.

Ergänzend ist zu bemerken, dass entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (Urk. 23 S. 6) umstritten ist, ob die Erbenbescheinigung eine öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB darstellt, deren Richtigkeit vermutet wird (Emmel, in: Abt/Weibel, a.a.O., Art. 559 N 4; Künzle, in Bächler/Jakob, a.a.O., Art. 559 N 2; bejahend insbesondere: BK-Tuor/Picenoni, Art. 559 N 24; verneinend insbesondere: BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 559 N 48). Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Selbst wenn von der Vermutung der Richtigkeit der Erbbescheinigung ausgegangen wird, erbringt sie für das verurkundete Erbrechtsverhältnis nur solange den vollen Beweis, als nicht - wie vorliegend - die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 ZGB; BK-Tuor/Picenoni, Art. 559 N 24; Berther, a.a.O., S. 114).

4.6. Die Gesuchstellerin hat sodann nichts vorgebracht, was die gesetzliche Vermutung von Art. 566 Abs. 2 ZGB entkräften würde. Insbesondere hat sie vor Vorinstanz nicht geltend gemacht, dass durch das Einholen beziehungsweise Ausstellen der Erbbescheinigung eine Einmischung in die Erbschaft erfolgt sei, welche gemäss Art. 571 Abs. 2 ZGB die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis des Gesuchsgegners bewirkt hätte. In Ermangelung einer entsprechenden Behauptung und aufgrund des geltenden Novenverbots werden damit Bemerkungen zu den diesbezüglichen Ausführungen des Gesuchsgegners im Rahmen der Beschwerdeschrift (Urk. 15 S. 9) hinfällig.

5. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und das Rechtsöffnungsgesuch in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes Oberwinterthur (Zahlungsbeehl vom 6. Februar 2015) aufgrund fehlender Passivlegitimation abzuweisen. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zum vom Gesuchsgegner im Wei-

teren erhobenen Einwand der Verjährung der betriebenen Forderung (Urk. 15 S. 10, Urk. 27 S. 4 f.).

IV.

1.1. Da die Gesuchstellerin unterliegt, ist ihr die von der Vorinstanz gestützt auf Art. 48 GebV SchKG korrekt festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– für das erstinstanzliche Verfahren aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

1.2. Ausgangsgemäss ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 9 AnwGebV ist dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zuzusprechen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt.

2.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 1'500.– festzulegen und ebenfalls unter Hinweis auf den Ausgang des Verfahrens der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr wird aus dem Kostenvorschuss des Gesuchsgegners bezogen. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner die Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 1'500.– zu ersetzen.

2.2. Weiter ist die Gesuchstellerin antragsgemäss (vgl. Urk. 15 S. 2) zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Deren Höhe ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Mangels eines entsprechenden Antrages ist der Mehrwertsteuerzuschlag nicht zu berücksichtigen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 8. Mai 2015 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. Das Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Oberwinterthur (Zahlungsbefehl vom 6. Februar 2015), wird abgewiesen.
 2. Die Spruchgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
 3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
 4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zu bezahlen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'500.– zu ersetzen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 31, 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. 112'451.45.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. September 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am: js