

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP140003-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister  
sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 15. April 2014

in Sachen

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

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

**C.** \_\_\_\_\_ [Verband],

Kläger, Gesuchsteller und Beschwerdegegner

betreffend **Negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG / vorläufige  
Einstellung der Betreibung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfah-  
ren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 13. Dezember 2013; Proz.**

**FV130069**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) sind Inhaber zweier Kioske in Bern. Die ursprünglichen Differenzen zwischen den Parteien gründeten auf offenen Rechnungen für Warenlieferungen, die der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) für das Inkasso an die D.\_\_\_\_\_ AG zediert (act. 4/2/4) und zu diesem Zweck das ganze Dossier der Beschwerdeführer an dieselbe übergeben hatte. Über die abgetretene Forderung (nachfolgend Hauptforderung) schlossen die Beschwerdeführer mit der D.\_\_\_\_\_ AG am 30. August 2013 vor der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland einen Vergleich (act. 3/4 = act. 4/2/3).

2. Mit Eingabe vom 4. November 2013 reichte der Beschwerdegegner, vertreten durch die D.\_\_\_\_\_ AG, wobei diese wiederum durch ihren Verwaltungsrat E.\_\_\_\_\_ handelte, beim Bezirksgericht Winterthur eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG gegen die Beschwerdeführer ein mit folgendem Rechtsbegehren (act. 4/1 S. 2):

- "I.1 Es sei festzustellen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten kein Rechts- und Schuldverhältnis bestehe und dass demzufolge die Klägerin der Beklagten die in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur vom 26.09.2013 geltend gemachten Beträge von CHF 3'934.- und CHF 3'625.- nebst Zins zu jeweils 5% seit dem 2.9. bzw. 23.9.2013 nicht schulden;
- I.2 Die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur vom 26.09.2013 ist im Sinne einer vorsorglichen Massnahme umgehend vorläufig einzustellen;
- I.3 Es sei weiter festzustellen, dass die Beklagte gegen die Klägerin die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur vom 26.09.2013 zu Unrecht einleitete und diese deshalb aufzuheben ist.
- I.4 Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Nach Eingang der schriftlichen Stellungnahme der Beschwerdeführer (act. 4/6) hiess das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren mit Urteil (richtig wäre eine

Verfügung gewesen: § 135 GOG und OGer ZH LY130044 vom 5. März 2014) vom 13. Dezember 2013 das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 85 Abs. 2 SchKG gut und stellte die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt (Zahlungsbefehl vom 26. September 2013) vorläufig ein (act. 4/8 = act. 3/1 = act. 5).

3. Gegen dieses Urteil richtet sich die hierorts (rechtzeitig) anhängig gemachte Beschwerde (act. 2, act. 6/1-2). Die Beschwerdeführer beantragen die Abweisung der Ziffern 1 - 4 des Rechtsbegehrens. Der Beschwerdegegner sei zu verurteilen, ihnen Schadenersatz und Genugtuung in der Höhe von Fr. 7'459.– zuzüglich Verzugszins von 5% zu bezahlen (act. 2 S. 1). Der den Beschwerdeführern mit Verfügung vom 28. Februar 2014 auferlegte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 7, act. 8/1-2, act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1-15). Auf die Einholung von Stellungnahmen bzw. Vernehmlassungen (Art. 322 und Art. 324 ZPO) wurde verzichtet, da sich die Sache als spruchreif erweist.

## II.

1. Der Beschwerdegegner beantragte vor Vorinstanz, die Vertretung durch die D.\_\_\_\_\_ AG, handelnd durch deren Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift E.\_\_\_\_\_, ausnahmsweise zuzulassen (act. 4/1 S. 2). Er reichte eine Vollmacht vom 1. Februar 2013 ein, mit welcher er E.\_\_\_\_\_, Vertreter der D.\_\_\_\_\_ AG, zur Vertretung in gerichtlichen und summarischen Verfahren gegen den Beschwerdeführer ermächtigt (act. 4/2/2). Die ZPO kennt weder einen Anwaltszwang noch einen Zwang, sich überhaupt vertreten zu lassen. Als Vertreter kommen indessen nur natürliche Personen in Frage, die sich nach Art. 68 Abs. 3 ZPO durch eine Vollmacht auszuweisen haben (BSK ZPO-TENCHIO, Art. 68 N 1; stillschweigend gleich DIKE Kommentar ZPO-HRUBESCH-MILLAUER [Printausgabe], Art. 68 N 2). Die D.\_\_\_\_\_ AG als juristische Person darf deshalb nicht als Vertreterin des Beschwerdegegners auftreten.

Der Beschwerdegegner kann aber auch keine natürliche Person der D. \_\_\_\_\_ AG als Vertreter bestellen. Aus der Klageschrift ergibt sich, dass E. \_\_\_\_\_ seine Tätigkeit im vorliegenden Prozess gegen Entgelt, mithin berufsmässig ausübt (act. 1 S. 6). Art. 68 Abs. 2 ZPO regelt, in welchen Verfahren eine berufsmässige Vertretung durch einen Nichtanwalt möglich ist. Gemäss lit. b sind in vermögensrechtlichen Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens sowie im summarischen Verfahren unter anderem Rechtsagenten zur Vertretung befugt, soweit das kantonale Recht es vorsieht. Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO verweist sodann für schuldbetreibungs- und konkursrechtliche Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Art. 251 ZPO auf Art. 27 SchKG, der wiederum statuiert, dass die Kantone die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten regeln können. Für beide Fälle ist im Kanton Zürich in diesem Zusammenhang das Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943 (LS 935.41) zu beachten. Nach dessen § 2 lit. b ist Geschäftsagent, wer gegen Entgelt für Dritte Forderungen einzieht, für sie oder für sich selber Forderungen aufkauft, verkauft oder derartige Geschäfte vermittelt. Das Gesetz berechtigt die von ihm erfassten Personen jedoch nicht zur berufsmässigen Vertretung und behält das kantonale-zürcherische Anwaltsgesetz (LS 215.1) ausdrücklich vor (§ 10). Dieses regelt (als Ausnahme zum Anwaltsmonopol) in § 11 Abs. 2 lit. b, dass zur Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols auch Vertreterinnen und Vertreter nach Art. 27 SchKG in Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Art. 251 ZPO berechtigt sind. Die negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG wird als solche nicht im summarischen Verfahren durchgeführt und die vorsorgliche Einstellung der Betreibung nach Abs. 2 ist kein Anwendungsfall von Art. 251 ZPO. Aus diesem Grund ist E. \_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren nicht als Vertreter zugelassen. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren spielt dieser Umstand insofern keine Rolle als der Beschwerdegegner keine Prozesshandlung vorgenommen hat. Die Vorinstanz wird demgegenüber die Vertretungsberechtigung zu prüfen haben. Dem Beschwerdegegner wird Frist anzusetzen sein, sich dazu zu äussern.

Gestützt auf diese Erwägungen ist die D. \_\_\_\_\_ AG im Beschwerdeverfahren als Vertreterin des Beschwerdegegners aus dem Rubrum zu streichen.

2. Das Gericht stellt die Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG im Sinne einer vorsorglichen Massnahme vorläufig ein, wenn ihm die Klage aufgrund einer summarischen Prüfung der Vorbringen und angerufenen Beweismittel als sehr wahrscheinlich begründet erscheint. Sehr wahrscheinlich begründet ist eine Klage dann, wenn die Prozesschancen der Klägerin (Schuldnerin) deutlich besser erscheinen als jene der Beklagten (Gläubiger). Die Gläubiger tragen dabei die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der rechtsbegründenden und die Schuldnerin bezüglich der rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen (vgl. zum Ganzen BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, 2. Aufl., Art. 85a N 19 ff.; BGer 4D\_68/2008 vom 28. Juli 2008, E. 2).

3. Die Vorinstanz erachtete das Begehren des Beschwerdegegners nach einer ersten summarischen Sicht der Dinge als sehr wahrscheinlich begründet und stellte die laufende Betreuung vorläufig ein (act. 5 S. 4). Sie begründete dies damit, dass der Beschwerdegegner berechtigt gewesen sei, die Hauptforderung abzutreten und der Zessionarin (D.\_\_\_\_\_ AG) für das Forderungsinkasso Einsicht in ihre Unterlagen zu gewähren. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern dem Beschwerdegegner die Pflicht zugekommen wäre, im Sinne eines Garanten dafür zu sorgen, dass sich die Zessionarin stets redlich und angemessen gegenüber der Schuldnerschaft (den Beschwerdeführern) verhalte. Selbst wenn die von den Beschwerdeführern an die Adresse der D.\_\_\_\_\_ AG erhobenen Vorwürfe zutreffend wären, sei nicht erkennbar, wie daraus *gegenüber dem Beschwerdegegner* eine Schadenersatz- und Genugtuungsforderung entstanden sein sollte (act. 5 S. 4 [Hervorhebung im Original]).

Hinzu komme, dass die Beschwerdeführer mit der Zessionarin (D.\_\_\_\_\_ AG) am 30. August 2013 einen Vergleich geschlossen hätten, gemäss dessen Ziffer 7 jede Partei ihre eigenen Parteikosten trage (vgl. act. 3/4 S. 2). Damit seien sämtliche Auslagen und Umtriebe im Zusammenhang mit der strittigen Auseinandersetzung abgegolten. Ziffer 8 des Vergleichs enthalte sodann eine Saldoklausel, womit auch eine allfällige materielle Unbill (Grundlage der Genugtuung) geklärt sei. Vorbehalte gegen eine solche Auslegung wären in der Klausel festzuhal-

ten gewesen, um nun nicht vor einer erdrückenden Beweislage zu stehen (act. 5 S. 4 f.).

4. Die Beschwerdeführer wenden dagegen ein, dass eine Forderung zwar einem Inkassobüro übergeben werden dürfe, aber nur mit der Einsicht in die Unterlagen betreffend die offene Schuld. Bei einem Verbandsverhältnis wie demjenigen zwischen ihnen und dem Beschwerdegegner gelte dies umso mehr. Der Beschwerdegegner habe vorsätzlich ihre Privatsphäre verletzt und während neun Monaten (vom 3. Dezember 2012 bis 30. August 2013) Ehrverletzungen, Druckausübung, strafbare Handlungen sowie eine erhebliche Rufschädigung durch E.\_\_\_\_\_ (von der D.\_\_\_\_\_ AG) ihnen gegenüber unterstützt und gefördert. Weil Herr F.\_\_\_\_\_ und Frau G.\_\_\_\_\_ (vom Beschwerdegegner) über diese Macheschaften informiert gewesen seien, aber nichts dagegen unternommen hätten, seien sie für die physischen, psychischen und finanziellen Folgen vollumfänglich haftbar (act. 2 S. 2, act. 4/6 S. 5, act. 4/7/A).

Der Beschwerdegegner sei sodann gemäss Art. 106 OR für den Schaden haftbar, den er durch die Veruntreuung von zweimal Fr. 1'500.– (Depotzahlung für zwei e-loading Geräte) verursacht habe. Dadurch habe am 13. März 2013 unnötigerweise eine Schlichtungsverhandlung in Winterthur mit Kosten von Fr. 525.– stattfinden müssen (act. 2 S. 2, act. 4/6 S. 2, act. 4/7/A, act. 4/7/32).

Schliesslich stellen sich die Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin aus gesundheitlichen Gründen nicht an der Schlichtungsverhandlung vom 30. August 2013 teilgenommen habe und der in diesem Rahmen geschlossene Vergleich einzig vom Beschwerdeführer unterzeichnet worden sei. Die Friedensrichterin habe sodann darauf hingewiesen, dass sie in der Schlichtungsverhandlung nicht auf die Schadenersatzforderungen eingehen könne und die diesbezüglichen Forderungen direkt den Herren F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zuzustellen seien. Damit sei die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung nicht Gegenstand der Schlichtungsverhandlung gewesen (act. 2 S. 2 f.; act. 6 S. 5).

5. Die Beschwerdeführer stützen ihre Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen in der Höhe von Fr. 3'934.– und Fr. 3'525.– (nicht Fr. 3'625.– wie der Be-

schwerdegegner in Ziffer I.1 des Rechtsbegehrens behauptet) auf Art. 106, Art. 41/42 und Art. 49/50 OR (vgl. act. 4/7/A). Sie machen den Beschwerdegegner für die Umtriebe, die ihnen im Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen mit der D.\_\_\_\_\_ AG im Zeitraum vom 3. Dezember 2012 bis 30. August 2013 entstanden sind, verantwortlich. Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass dem Beschwerdegegner als Zedent von Kaufpreisforderungen keine Verantwortung für das Verhalten der Zessionarin gegenüber der Schuldnerschaft trägt. Insofern entbehren beide in diesem Zusammenhang gegenüber dem Beschwerdegegner geltend gemachten Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren einer gesetzlichen Grundlage. Wenn die Beschwerdeführer vorbringen, dass der D.\_\_\_\_\_ AG in zu weit reichendem Umfang Einsicht in die sie betreffenden Unterlagen gewährt wurde, müssten sie dartun, inwiefern sie dadurch im Sinne von Art. 15 Datenschutzgesetz (DSG) in Verbindung mit Art. 28a Abs. 3 ZGB in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt worden sind.

Dass die Beschwerdeführer einiges an Zeit und Aufwand in die mit den Streitigkeiten verbundenen Verfahren investiert haben, ergibt sich deutlich aus den Akten. Der am 30. August 2013 zwischen der D.\_\_\_\_\_ AG als Zessionarin und dem Beschwerdeführer vor der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland geschlossene Vergleich (act. 3/4) bildet insofern den Schlusspunkt dieser Auseinandersetzungen. Aus dem Protokoll der Schlichtungsbehörde (act. 3/3) und den dort aufgeführten Rechtsbegehren ist ersichtlich, dass seitens des Beschwerdeführers sowohl ein Forderungsbetrag von Fr. 4'239.75 als auch ein Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren in der Höhe von Fr. 3'934.– (Schadenersatz) resp. Fr. 6'000.– (Genugtuung) geltend gemacht wurde, die somit Gegenstand des Schlichtungsverfahrens bildeten und von der Saldoklausel in Ziffer 8 des Vergleichs ("per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche aus dem *vorliegenden* Verfahren", act. 3/4 S. 2) erfasst sind. Der Einwand der Beschwerdeführer, dass die Friedensrichterin die Schadenersatz- bzw. Genugtuungsforderung nicht als Gegenstand der Schlichtungsverhandlung betrachtet und vom Vergleich ausgenommen habe, ist angesichts der in den Vergleich aufgenommenen (vorbehaltlosen) Saldoklausel – die, wie die Vorinstanz zu Recht bemerkt, gerade dazu dient, sämtliche strittigen Ansprüche zu erledigen – schwer nachvollziehbar.

Durch den Vergleich ebenfalls erledigt sind die beiden Depotgebühren von insgesamt Fr. 3'000.–, die gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführer Teil des Forderungsbetrags in der Höhe von Fr. 4'239.75 bildeten (vgl. act. 4/6 S. 4). Wie die Vorinstanz zu Recht festhält (act. 5 S. 4), sind sodann die damit verbundenen Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von Fr. 525.– unter Ziffer 7 des Vergleichs zu subsumieren, wonach jede Partei ihre eigenen Parteikosten trägt.

Dass der Vergleich einzig vom Beschwerdeführer (und von der Beschwerdeführerin nicht) unterzeichnet wurde, vermag an der – im vorliegenden Summarverfahren einzig zu prüfenden – sehr wahrscheinlichen Begründetheit der negativen Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a Abs. 2 SchKG nichts zu ändern. Die vorangehenden Erwägungen betreffend die fehlende gesetzliche Grundlage für einen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch sowie die gesamthafte Erledigung der Auseinandersetzung mit der D. \_\_\_\_\_ AG bis zum 30. August 2013 durch die Saldoklausel gelten auch dann. Die negative Feststellungsklage ist als sehr wahrscheinlich begründet zu erachten.

6. Soweit die Beschwerdeführer in Wiederholung ihres erstinstanzlichen Antrags die Abweisung von Ziffern 1 und 3 des Rechtsbegehrens sowie die Zusprechung von Schadenersatz und Genugtuung in der Höhe von Fr. 7'459.– verlangen (vgl. act. 4/6 S. 1, act. 2 S. 1), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die Vorinstanz hat über das Bestehen der in Betreuung gesetzten Schuld (und damit über die Schadenersatzforderung) noch keinen Entscheid gefällt. Im heute zu beurteilenden Verfahrensstadium geht es erst und allein um die sehr wahrscheinliche Begründetheit der Klage und um die vorläufige Einstellung der Betreuung (Ziffer 2 des Rechtsbegehrens).

### III.

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 350.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8

Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG). Dem Beschwerdegegner ist mangels Umtrieben in diesem Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 350.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beschwerdeführern auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act 2, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, und an die Obergerichtskasse, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG sowie ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'559.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: