

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT120061-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil vom 9. Juli 2012

in Sachen

A. _____ GmbH,

Beklagte und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. März 2012 (EB120009)**

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Klägerin) ist eine im Bereich der Erbringung und Vermittlung von Notariats-Dienstleistungen tätige GmbH mit Sitz in C. _____. Bei der Beklagten und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beklagte) handelt es sich um eine in D. _____ domizilierte GmbH. Der aktuelle Gesellschafter und Vorsitzende der Geschäftsführung der Beklagten, E. _____, hat die Anteilsrechte als sogenannten GmbH-Mantel aus der Konkursmasse der F. _____ erworben.

2. Die Klägerin betrieb mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes D. _____ vom 28. November 2011 die Beklagte für eine Honorarforderung im Zusammenhang mit der Gründung derselben im Betrag von Fr. 780.– nebst Zinsen. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (Urk. 3/1). Mit Eingabe vom 23. Januar 2012 ersuchte die Klägerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Pfäffikon um provisorische Rechtsöffnung (Urk. 1). Mit Urteil vom 8. März 2012 erteilte dieses provisorische Rechtsöffnung für Fr. 780.– nebst Zinsen, Fr. 53.– Zahlungsbefehlskosten sowie Kosten und Entschädigung. Hinsichtlich der Zinsen wurde das Gesuch teilweise abgewiesen (Urk. 10 = 13).

3. Hiergegen hat die Beklagte mit Eingabe vom 4. April 2012 fristgerecht Beschwerde erhoben, mit folgendem Antrag (Urk. 12 S. 1):

"Das Rechtsöffnungsbegehren sei abzuweisen. Weiter sei festzuhalten, dass die Beklagte der Klägerin nichts schuldet, weshalb die Betreuung Nr. ... im Betreibungsregister zu löschen sei. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

Mit Verfügung vom 10. April 2012 wurde der Antrag der Beklagten auf Aufschub der Vollstreckung abgewiesen und Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 16), welcher Aufforderung die Beklagte am 23. April 2012 nachkam (Urk. 17). Die Beschwerdeantwort datiert vom 12. Juni 2012 (Urk. 19). Die Klägerin beantragt darin, die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Ent-

schädigungsfolge zulasten der Beklagten (S. 2). Am 23. Juni 2012 reichte die Beklagte unaufgefordert eine Stellungnahme ein, welche der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 22). Am 4. Juli 2012 reichte wiederum die Klägerin unaufgefordert eine Stellungnahme ein, welche der Beklagten zusammen mit dem Endentscheid zuzustellen ist (Urk. 25).

4. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 326 N 3 f.). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8).

5. Beide Parteien bringen im vorliegenden Beschwerdeverfahren diverse neue Tatsachenbehauptungen vor und reichen neue Beweismittel ein. Diese sind nicht zu berücksichtigen. Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang geltend, dass sie in ihren Verteidigungsrechten wesentlich beschränkt worden sei, weshalb sie im Beschwerdeverfahren neue Akten einreiche. Sie habe beim Betreibungsamt D._____ Einsicht in die Forderungsurkunden verlangt, dieses habe sich jedoch geweigert, hiervon Kopien zu erstellen (Urk. 12 S. 2). Dazu Folgendes: Ein allfälliger Verfahrensfehler des Betreibungsamtes wäre innert 10 Tagen mit Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG geltend zu machen gewesen. Im Verfahren vor Vorinstanz hat die Beklagte – soweit ersichtlich – erstmals anlässlich der Verhandlung vom 8. März 2012 Akteneinsicht verlangt, was ihr auch gewährt wurde (Prot. I S. 5). Damit ist aus diesem Vorbringen keine Gehörsverletzung ersichtlich.

6. Die Beklagte verlangte bereits vor Vorinstanz die Löschung der Betreuung im Betreibungsregister (Prot. I S. 5). Die Vorinstanz äusserte sich nicht zu diesem Antrag. Im Beschwerdeverfahren stellt die Beklagte zusätzlich ein Fest-

stellungsbegehren hinsichtlich des Nichtbestands der Forderung und verlangt erneut die Löschung der Betreuung. Der Antrag auf Löschung der Betreuung ist als sinngemäßes Begehren um richterliche Aufhebung der Betreuung im summarischen Verfahren (Art. 85 SchKG) aufzufassen. Die Aufhebung der Betreuung führt zwar nicht zur Löschung derselben; gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG wird Dritten aber keine Kenntnis mehr von ihr gegeben, was im Ergebnis wohl am ehesten dem entspräche, was die Beklagte verlangt. Formell sind die beklagti-schen Anträge als Widerklagen aufzufassen. Fraglich ist, ob im Rechtsöffnungs-verfahren eine Widerklage überhaupt zulässig ist. Dies ist dem Beschleunigungs-gebot folgend und aufgrund der besonderen Natur der Rechtsöffnung als Vollstre-ckungsmassnahme abzulehnen. Das Rechtsöffnungsgericht kann bloss die Rechtsöffnung gewähren oder verweigern; es kann nicht auch die Aufhebung der Betreuung anordnen (BSK-Staehelin, Art. 84 SchKG N 68; LGVE 1990 I Nr. 44). Auf die widerklageweise vorgebrachten Begehren ist somit nicht einzutreten. Das erst im Beschwerdeverfahren erhobene Feststellungsbegehren erweist sich über-dies als verspätet. Widerklage kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur zu-sammen mit der Klageantwort in erster Instanz erhoben werden (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn man das Begehren als Klageänderung durch die Beklagte verstehen wollte, wäre dies aufgrund des umfassenden Novenverbots im Be-schwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. zum Berufungsver-fahren: OGer ZH LB110047 vom 13. Januar 2012).

7. Offen bleibt das Haupt-Rechtsöffnungsbegehren der Klägerin, worüber nachfolgend zu entscheiden ist.

II.

1. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Die Schuld-anerkennung kann dabei auch aus mehreren Urkunden bestehen. Zwischen der Anerkennungserklärung und den weiteren Aktenstücken muss ein offensichtlicher und unzweideutiger Zusammenhang bestehen (BSK-Staehelin, Art. 82 SchKG

N 15). Ob ein Rechtsöffnungstitel vorliegt, hat der Richter von Amtes wegen zu prüfen (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 164).

2. Als Rechtsöffnungstitel reichte die Klägerin vor Vorinstanz Kopien zweier Urkunden ein. Bei der ersten handelt es sich um eine Vollmacht, mit welcher eine G._____ die Klägerin beziehungsweise auf einen Statutenentwurf der zu gründenden Beklagten ermächtigt, sie an der Gründungsversammlung zu vertreten. Weiter ist unter anderem festgehalten, dass im Falle der Nichtbezahlung der pauschalen Honorarnote von Fr. 780.– zugunsten der Klägerin durch die zu gründende Gesellschaft der Vollmachtgeber solidarisch mithaftet. Die Vollmacht wurde am 22. April 2010 in H._____ von G._____ unterzeichnet (Urk. 3/2.1). Bei der zweiten Urkunde handelt es sich um ein Schreiben der Beklagten mit dem Titel "Bestätigung/Uebernahme der folgenden Rechnung". Das Schreiben vom 22. Dezember 2010 trägt den Briefkopf der Beklagten und ist an einen I._____ von der J._____ AG adressiert. Es lautet wie folgt, wobei der kursive Teil handschriftlich hinzugefügt wurde (Urk. 3/2.2):

"Sehr geehrter Herr I._____

Durch Zusammenlegung einzelner Geschäfte, bestätige ich Ihnen, dass die folgenden Rechnungen vom 2009 und 2010, und ebenfalls bis Ende 2012 übernommen werden:

- von allen Rechnungen der K._____

- B._____ GmbH

Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit und verbleiben
Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift]

F._____ – Geschäftsführerin

A._____ GmbH"

Über dem Briefkopf des Schreibens wurde handschriftlich der Zusatz "Neue Adresse:" hinzugefügt. Die Adresse der Beklagten, "L._____ -Strasse ... – ... H._____ (...)", wurde sodann durchgestrichen und handschriftlich mit der heute aktuellen Adresse der Beklagten, "M._____ -Str. ..., ... N._____ ", ergänzt – im Handelsregister wurde die neue Adresse erst am 13. April 2011 eingetragen. Ebenfalls handschriftlich durchgestrichen wurde die Adresse der J._____ AG.

3. Die Vorinstanz sah in den beiden Urkunden einen provisorischen Rechtsöffnungstitel. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass aus beiden Dokumenten sowohl die Person der Gläubigerin wie auch der Schuldnerin hervorgehe. Die Beklagte sei in den erwähnten Dokumenten von Frau G._____ bzw. F._____, bei welchen es sich um die gleiche Person handle, vertreten worden. Dass sich die Unterschriften auf den Dokumenten unterscheiden würden, wie von der Beklagten geltend gemacht, sei nicht überraschend, führe sie doch selbst aus, dass F._____ früher G._____ geheissen habe und folglich aufgrund der Namensänderung bei der Heirat auch eine andere Unterschrift haben könne. F._____ sei zwar heute nicht mehr vertretungsbefugt, sei es jedoch im Zeitpunkt der Ausstellung der erwähnten Dokumente gewesen, da sie von der Eintragung der Beklagten im Handelsregister am 25. August 2010 bis zu ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft am 18. April 2011 einzelzeichnungsberechtigt gewesen sei (Urk. 13 E. II.2). Zum Einwand der Beklagten, die fragliche Forderung sei noch vor ihrer Gründung entstanden, also in einem Zeitpunkt, als sie noch gar nicht handlungsfähig gewesen sei, führte die Vorinstanz aus, dass sich in der von der Klägerin ins Recht gelegten Vollmacht sowohl F._____ persönlich als auch die Beklagte verpflichtet hätten, für die Honorarforderung der Klägerin solidarisch zu haften. Es treffe zu, dass die Forderung vor Gründung der Beklagten entstanden sei. Allerdings habe die Beklagte mit Schreiben vom 22. Dezember 2010, mithin knapp vier Monate nach ihrer Gründung, ausdrücklich erklärt, sie werde die Rechnung der Klägerin übernehmen. Damit habe sie anerkannt, der Klägerin das Honorar in Höhe von Fr. 780.– zu schulden (Urk. 13 E. II.3).

4. Im Beschwerdeverfahren kritisiert die Beklagte unter anderem, dass kein Rechtsöffnungstitel vorliege (Urk. 12 S. 2). Dies ist in der Folge zu prüfen. Die Klägerin beschränkt sich in der Beschwerdeantwort auf – neue und damit unzulässige – Ausführungen zu den von ihr erbrachten Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Gründung der Beklagten (Urk. 19). Zur Frage, ob ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vorliege, äussert sie sich nicht.

5. Die GmbH erlangt Rechtspersönlichkeit mit dem Eintrag ins Handelsregister (Art. 779 Abs. 1 OR) und wird damit rechtsfähig im Sinne von Art. 53 ZGB. Die

Beklagte wurde am 25. August 2010 ins Handelsregister eingetragen. Unerheblich ist daher, ob es sich bei G._____, welche die Vollmacht vom 22. April 2010 unterzeichnete, und der späteren Vorsitzenden der Geschäftsführung der Beklagten, F._____, um ein und dieselbe Person handelt oder ob Erstere die Mutter der Letzteren ist, wie die Beklagte im Beschwerdeverfahren (verspätet) vorbringt. Beide konnten die Beklagte zum fraglichen Zeitpunkt nicht verpflichten; diese war noch gar nicht entstanden und konnte somit nicht selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Insofern kann nicht gesagt werden, im Vollmachtschreiben vom 22. April 2010 hätte sich auch die Beklagte verpflichtet, für die Honorarforderung der Klägerin solidarisch zu haften.

6. Dass die Gesellschaft vor ihrer Eintragung das Recht der Persönlichkeit noch nicht erworben hat, bedeutet nicht, dass rechtsgeschäftliches Handeln im Namen der künftigen Gesellschaft keine Wirkungen entfalten würde. Personen, die vor der Eintragung ins Handelsregister im Namen der Gesellschaft handeln, haften dafür nach Art. 779a Abs. 1 OR persönlich und solidarisch. Das betreffende Geschäft gilt also als perfekt, auch wenn die Gesellschaft nicht zustande kommt oder wenn sie das Geschäft nicht genehmigt (ZK-von Steiger, Art. 783 OR N 21). Übernimmt die Gesellschaft innerhalb von drei Monaten nach ihrer Eintragung Verpflichtungen, die ausdrücklich in ihrem Namen eingegangen werden, so werden die Handelnden befreit, und es haftet nur die Gesellschaft (Art. 779a Abs. 2 OR). Diesfalls tritt die Befreiung ohne Mitwirkung von aussen, d.h. automatisch, ein (vgl. zum Aktienrecht: BSK-Schenker, Art. 645 OR N 9). Keine Übernahme erforderlich wäre einzig für diejenigen Rechtsgeschäfte, welche für die Gründung der Gesellschaft unmittelbar notwendig waren, wie beispielsweise Notariats- und Handelsregistergebühren (vgl. Handschin/Truniger, Die neue GmbH, 2. Auflage, § 4 N 10). Dass es sich vorliegend um eine solche Gründungsverpflichtung handeln würde, macht die nicht hoheitlich tätige Klägerin zu Recht nicht geltend. Die Dreimonatsfrist zur Übernahme berechnet sich ab dem Datum der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Wird die Frist verpasst, kann eine die Handelnden befreiende Schuldübernahme der allgemeinen Regel von Art. 176 Abs. 1 OR folgend nur mit Zustimmung des Gläubigers vorgenommen werden (vgl. Handschin/Truniger, a.a.O., § 4 N 7 f.). Das fragliche Schreiben der

Beklagten mit dem Titel "Bestätigung/Uebernahme der folgenden Rechnung" datiert vom 22. Dezember 2010. Damals war die Beklagte bereits rund vier Monate im Handelsregister eingetragen. Zu prüfen bleibt somit einzig, ob sie die Schuld gemäss Art. 175 ff. OR übernommen hat und ob dies in der für das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung erforderlichen Weise belegt ist.

7. Die Schuldübernahme hat den Wechsel des Schuldners im Rahmen einer einzelnen Obligation zum Gegenstand. Von der eigentlichen, externen Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 ff. OR ist die interne Schuldübernahme im Sinne von Art. 175 OR abzugrenzen. Letztere ist ein Vertrag zwischen Schuldner und Schuldübernehmer, in welchem der Schuldübernehmer verspricht, den Schuldner von seiner Schuld dem Gläubiger gegenüber zu befreien (BSK-Tschäni, Art. 175 OR N 6). Durch die blosser interne Schuldübernahme erhält der Gläubiger noch keine Forderung gegen den Schuldübernehmer (BGE 121 III 258) und kann demzufolge aufgrund der Vereinbarung zwischen dem Übernehmer und dem alten Schuldner keine provisorische Rechtsöffnung gegen den Übernehmer erwirken. Bei der externen Schuldübernahme (Art. 176 f. OR) wird der Übernehmer hingegen Schuldner des Gläubigers (BGE 121 III 258 E. 3b). Die vom Übernehmer unterzeichnete externe Übernahmeerklärung berechtigt daher zur provisorischen Rechtsöffnung, wenn sie selbst eine Schuldanerkennung beinhaltet oder wenn die schriftliche Übernahmeerklärung eindeutig auf die ursprüngliche Schuldanerkennung Bezug nimmt (BSK-Staehelin, Art. 82 SchKG N 55; Rajower, AJP 2002, S. 507).

8. Das Schreiben der Beklagten vom 22. Dezember 2010 war an die J._____ AG gerichtet. Ihr gegenüber bestätigte die Beklagte die Übernahme einer Rechnung der Klägerin. Dieses Versprechen der Beklagten als Schuldübernehmerin, die Schuldnerin von ihrer Schuld der Klägerin gegenüber zu befreien, stellt eine interne Schuldübernahme dar. Dass es sich dabei nicht um eine Schuld der J._____ AG, sondern der G._____ resp. der F._____ handelte, lässt sich dem Schreiben nicht entnehmen. Es ist auch nicht belegt, dass die J._____ AG die Schuld vorgängig von der G._____ resp. der F._____ übernommen hätte. Bereits an dieser Stelle wird klar, dass gestützt auf die vorliegenden Urkunden allein kei-

ne Rechtsöffnung gewährt werden kann. Unklar sind weiter die Umstände, unter welchen die Klägerin in den Besitz des fraglichen Schreibens vom 22. Dezember 2010 gelangte. Vermutungsweise gilt zwar die Mitteilung einer internen Schuldübernahme an den Gläubiger als Antrag zum Abschluss eines externen Schuldübernahmevertrages (Art. 176 Abs. 2 OR) und die Annahme durch die Klägerin als Gläubigerin kann konkludent erfolgt sein (Art. 176 Abs. 3 OR). Damit provisorische Rechtsöffnung verlangt werden könnte, müsste sich allerdings aus dem Titel selbst ergeben, dass die Übernahmeerklärung auch das externe Verhältnis erfassen sollte. Der Umstand, dass die Klägerin das Schreiben einreichte, genügt dafür nicht. Ein provisorischer Rechtsöffnungstitel liegt darüber hinaus auch deshalb nicht vor, weil das Schreiben vom 22. Dezember 2010 weder selbst eine Schuldanerkennung enthält – was sich schon daraus ergibt, dass der Betrag der Forderung nicht daraus ersichtlich ist (vgl. Stücheli, a.a.O., S. 190 ff.) – noch eindeutig auf die ursprüngliche Schuldanerkennung, das Vollmachtsschreiben vom 22. April 2010, Bezug nimmt.

9. Nach dem Gesagten ist die Rechtsöffnung zu verweigern. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen und das klägerische Gesuch abzuweisen.

III.

Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen sind neu zu regeln. Die Höhe der festgelegten Spruchgebühr wurde nicht moniert und ist so zu belassen. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 150.– festzulegen. Was das Rechtsöffnungsgesuch anbelangt, unterliegt die Klägerin. Hinsichtlich der widerklageweise vorgebrachten Begehren gilt die Beklagte als unterliegend. Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. März 2012 aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:

"1. Das Rechtsöffnungsgesuch wird abgewiesen."

[...]

"3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie werden mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet, sind ihr aber von der Beklagten zur Hälfte zu ersetzen.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."

Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 150.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie werden mit dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss verrechnet, sind ihr aber von der Klägerin zur Hälfte zu ersetzen.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Zustellung einer Kopie von Urk. 25, an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon sowie im Dispositiv an das Betreibungsamt D._____, 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 Be-

schwerde 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. 780.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:js