

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT120084-O/U

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

Urteil vom 13. September 2012

in Sachen

A. _____ GmbH & Co KG,
Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____, Dr. iur.,
Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 4. Mai 2012 (EB120351)**

Erwägungen:

I.

1. Bei der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Klägerin) handelt es sich um eine nach österreichischem Recht organisierte GmbH & Co KG mit Sitz in C._____. Sie gehört zur "D._____ Gruppe", welche unter anderem das Anwaltsverzeichnis "E._____.com" betreibt. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) ist promovierte Juristin und in Zürich als selbständige Rechtsberaterin tätig. Am 23. September 2011 unterzeichnete die Beklagte ein mit "Auftrag/Bestellung" überschriebenes Formular der Klägerin (Urk. 4/3). Die Bestellung umfasste einen Einzeleintrag mit Suchfunktion, Schwerpunkten und Stichworten auf dem Portal "E._____.com" sowie diverse Extras. Das Entgelt für 24 Monate wurde auf Euro 1'200.– festgesetzt. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten hinsichtlich der Vertragsbedingungen.

2. Mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes G._____ vom 7. Februar 2012 betrieb die Klägerin die Beklagte für eine Forderung in der Höhe von Fr. 1'478.50 nebst Zinsen sowie Fr. 12.20 Mahngebühren. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (Urk. 4/14). Mit Eingabe vom 7. März 2012 ersuchte die Klägerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Audienz) um provisorische Rechtsöffnung (Urk. 1). Mit Urteil vom 4. Mai 2012 wies dieses das Begehren ab (Urk. 11a = 13).

3. a) Hiergegen hat die Klägerin mit Eingabe vom 21. Mai 2012 fristgerecht Beschwerde erhoben, mit folgendem Antrag (Urk. 12 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Mai 2012 sei aufzuheben.
2. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes G._____ sei für den Betrag von CHF 1'478.50 nebst Zins zu 8.12 % seit 10. November 2011 und den Betrag von CHF 12.20 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

b) Die Beschwerdeantwort datiert vom 9. Juli 2012 und enthält folgenden Antrag (Urk. 20 S. 2):

- "1. Es sei die Beschwerde vom 21. Mai 2012 abzuweisen.
2. Es sei auf die Beschwerde eventualiter nicht einzutreten.
3. Es sei das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 4. Mai 2012 (EB120351) zu bestätigen

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin."

c) Die Beklagte machte in der Beschwerdeantwort unter anderem geltend, Rechtsanwalt lic. iur. X._____ sei zur Vertretung der Klägerin nicht gehörig bevollmächtigt. Mit Verfügung vom 13. Juli 2012 wurde der Klägerin daher eine Nachfrist angesetzt, um die Zeichnungsberechtigung von H._____, der die Vollmacht unterzeichnet hatte, nachzuweisen (Urk. 23). Mit Eingabe vom 27. August 2012 (Urk. 25) reichte die Klägerin entsprechende Dokumente ein (Urk. 27/23-25). Diese wurden der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt.

II.

1. a) Die Behauptung, dass Rechtsanwalt lic. iur. X._____ zur Vertretung der Klägerin nicht gehörig bevollmächtigt sei, wurde erstmals mit der Beschwerdeantwort vorgebracht. Nova, die das Prozessrechtsverhältnis betreffen, sind weder neue Tatsachen und Beweismittel noch neue Anträge (Art. 326 Abs. 1 ZPO) und vor der Beschwerdeinstanz deshalb voraussetzungslos zulässig (für das BGG: BGer 5A_123/2012 vom 28. Juni 2012, E. 1.2).

b) Ein Vollmachtsschreiben befindet sich bei den Akten. Es datiert vom 27. Februar 2012 und wurde von H._____ unterzeichnet (Urk. 2). Die Klägerin ist eine GmbH & Co KG nach österreichischem Recht. Als solche wird sie durch ihre Geschäftsführerin, die persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin), vertreten (§ 161 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 125 und 170 des Bundesgesetzes über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen, Unternehmensgesetzbuch), wobei es sich bei dieser *per definitionem* um eine GmbH handelt. Im

Falle der Klägerin ist dies gemäss Auszug aus dem österreichischen Firmenbuch die A._____ GmbH mit Sitz in C._____ (Urk. 27/23). Die GmbH wird wiederum durch ihre Geschäftsführer vertreten (§§ 18 ff. des Gesetzes vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbH-Gesetz). Einziger Geschäftsführer der A._____ GmbH ist gemäss Auszug aus dem österreichischen Firmenbuch H._____ (Urk. 27/24). Dieser konnte somit rechtsgültig für die Klägerin handeln und Rechtsanwalt lic. iur. X._____ bevollmächtigen. Auf die gültig erhobene Beschwerde (und auf die Klage) kann unter diesem Gesichtspunkt eingetreten werden.

2. Ferner liegt ein internationaler Sachverhalt im Sinne von Art. 1 Abs. 1 IPRG vor. Die Klägerin hat ihren Sitz in C._____. Der Wohnsitz der Beklagten befindet sich in Zürich. Die internationale Zuständigkeit der hiesigen Gerichte ergibt sich aus Art. 22 Ziff. 5 LugÜ in Verbindung mit Art. 84 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 1 SchKG. Der Zwangsvollstreckungsgerichtsstand des LugÜ ist im Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung anwendbar (BGE 136 III 566). Unbeachtlich ist daher die Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien (§ 13 Abs. 2 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, Urk. 4/4).

3. Die Beklagte ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Aktivlegitimation keine Eintretensvoraussetzung darstellt. Auf diesen Punkt ist später einzugehen.

III.

1. a) Das anwendbare Vollstreckungsrecht richtet sich, unabhängig vom auf die Forderung anwendbaren Recht, nach dem Territorialitätsprinzip. Für die Frage, ob rein formal ein Titel vorliegt, der zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigt, ist somit ausschliesslich das schweizerische Recht anwendbar. Die Frage des Bestandes einer Forderung und der dagegen möglichen Einwendungen ist indes materieller Natur, weshalb dafür das auf den entsprechenden Anspruch anwendbare Recht zur Anwendung kommt. Nach diesem beurteilt sich beispiels-

weise, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, ob Willensmängel bestehen oder ob der Anspruch fällig war (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 339).

b) Es ist daher das anwendbare materielle Recht zu bestimmen. Die Parteien haben vorliegend im Sinne einer ausdrücklichen Rechtswahl (Art. 116 IPRG) das österreichische Recht für anwendbar erklärt (§ 13 Abs. 3 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, Urk. 4/4). Es besteht diesbezüglich Einigkeit zwischen den Parteien (Urk. 12 S. 3; Urk. 20 S. 5).

c) Die Vorinstanz hat der Klägerin den Nachweis des österreichischen Rechts überbunden. Nach Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen, wobei die Mitwirkung der Parteien dazu verlangt und im Falle von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis den Parteien überbunden werden kann. Die Klägerin beruft sich auf eine Literaturstelle, wonach das Gericht von einer Überbindung des Nachweises ausländischen Rechts absehen sollte, wenn es die Rechtslage selber ohne grossen Aufwand feststellen könne oder vom Inhalt des anwendbaren Rechts bereits Kenntnis habe. Letzteres werde bezüglich der Rechtsordnungen umliegender Staaten vermutet (Keller/Girsberger, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004, Art. 16 N 33). Ob Art. 16 Abs. 1 IPRG auch im Rechtsöffnungsverfahren zur Anwendung gelangt, ist allerdings umstritten. Keller/Girsberger treten bei dringlichen Fällen für eine Abschwächung der Verpflichtung des Richters, das Recht von Amtes wegen festzustellen, ein (a.a.O., Art. 16 N 66 f., mit Hinweisen). Staehelin hält Art. 16 Abs. 1 IPRG im Summarverfahren generell nicht für anwendbar. Das ausländische Recht müsse im Rechtsöffnungsverfahren vom Gläubiger nachgewiesen werden (BSK-SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 82 N 174). Der von Staehelin angeführte Entscheid des Bundesgerichts (5P.355/2006 vom 8. November 2006) betraf indes das Arrestverfahren, in welchem besondere Dringlichkeit herrscht. Zudem stand die Ermittlung des Rechts der Niederländischen Antillen in Frage. Vorliegend geht es nicht um das Recht eines fernen Staates, sondern um dasjenige eines Nachbarstaates mit gleicher

Amtssprache. Das anwendbare Recht ist daher von Amtes wegen zu ermitteln (vgl. auch KassGer ZH 97/357Z vom 25. Oktober 1997).

2. a) Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger provisorische Rechtsöffnung verlangen. Der Richter spricht diese aus, sofern der Schuldner nicht sofort Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften (Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG).

b) Die Klägerin verweist als Rechtsöffnungstitel auf das von der Beklagten unterzeichnete Bestellformular vom 23. September 2011 (Urk. 4/3). Diese habe sich darin zur Bezahlung eines Nettobetrages von Euro 1'200.– (entsprechend den in Betreuung gesetzten Fr. 1'478.50) verpflichtet. Die Zulässigkeit der Mahngebühr ergebe sich aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Klägerin ist sodann der Ansicht, dass die Beklagte vorauszahlungspflichtig sei.

c) Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sie sich nicht gegenüber der Klägerin, sondern gegenüber der ...[Geschäftsstelle in Deutschland] A._____ GmbH verpflichtet habe. Im Eventualstandpunkt beruft sie sich auf einen Irrtum. Subeventualiter macht sie geltend, dass die Forderung nicht fällig sei bzw. dass sie den Vertrag "widerrufen" habe (gemeint wohl: Rücktritt wegen Verzuges).

d) Die Vorinstanz gelangte nach Auslegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zum Schluss, dass diese vorleistungspflichtig sei. Sie begründete die Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs demzufolge primär damit, dass die Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung nicht ausgewiesen sei. Bezüglich der Frage, ob die Beklagte den Vertrag gültig "widerrufen" habe, überband die Vorinstanz, wie bereits erwähnt, der Klägerin den Nachweis des österreichischen Rechts. Da diese ihrer Pflicht nicht hinreichend nachgekommen sei, erwog die Vorinstanz, wäre das Begehren auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen. Schliesslich hielt die Vorinstanz fest, dass aufgrund dessen, dass bei den Vertragsverhandlungen vorwiegend ein Vertreter der deutschen A._____

GmbH aufgetreten sei, das Argument der fehlenden Aktivlegitimation nicht von vornherein von der Hand zu weisen wäre. Zu einem allfälligen Irrtumsanfechtungsrecht der Beklagten äusserte sich die Vorinstanz nicht.

e) Die Parteien halten im Beschwerdeverfahren an ihren Standpunkten fest. Die Klägerin wendet sich insbesondere gegen die vorinstanzlichen Erwägungen zur Fälligkeit der Forderung.

3. a) Es gilt zunächst zu prüfen, ob die Klägerin aktivlegitimiert ist. Die Beklagte führte dazu vor Vorinstanz zusammengefasst aus, dass sie im Vorlauf zur Auftragsbestätigung zumeist mit I._____, Teammitglied der A._____ GmbH mit Sitz in ... [Deutschland], in Kontakt gewesen sei. Dieser habe sich mit seiner Visitenkarte als Vertreter der deutschen Gesellschaft vorgestellt. Sie habe nicht erkennen können, ob die deutsche oder die österreichische Gesellschaft Vertragspartnerin sei. Aufgrund der Vertragsverhandlungen sei sie davon ausgegangen, dass es die deutsche Gesellschaft sei (Prot. I S. 5).

b) Die Klägerin entgegnete, dass auf der Bestellung klar ersichtlich sei, dass sie Vertragspartnerin sei. Ob nun ein Mitarbeiter aus Deutschland oder Österreich vermittelt habe, spiele keine Rolle (Prot. I S. 8 f.).

c) Auf dem Bestellformular erscheint unten links die Firma der Klägerin sowie deren Domizil in C._____. Auf der Rückseite des Formulars sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin abgedruckt. Die fettgedruckte Überschrift lautet: "Allgemeine Geschäftsbedingungen der A._____ GmbH & Co KG." Selbst das von der Beklagten aufgesetzte Begleitschreiben vom 27. September 2011 (Urk. 4/2), mit welchem sie das Bestellformular übersandte, enthält in der Anschrift die Firma der Klägerin. Dass die rechtskundige Beklagte in der Klägerin lediglich eine Ansprechpartnerin sah, wie sie geltend macht, erscheint unter diesen Umständen als unglaubhaft. Es ist davon auszugehen, dass der Wille der Beklagten auf einen Vertragsschluss mit der Klägerin gerichtet war.

4. a) Es stellt sich weiter die Frage, ob die Beklagte den Vertrag wegen Irrtum anfechten kann. Sie machte vor Vorinstanz geltend, dass die Klägerin für die

Ausübung ihrer Tätigkeit eine Bewilligung benötige. Es liege eine sogenannt aktive Privatgeschäftsvermittlung vor. Sie habe bei der österreichischen Wirtschaftskammer angefragt und in Erfahrung gebracht, dass die Klägerin nicht über eine entsprechende Bewilligung verfüge. Sie habe den Vertrag als nichtig angesehen und sich in einem Grundlagenirrtum befunden (Prot. I S. 6).

b) Die Klägerin stellte vor Vorinstanz in Abrede, dass ihre Geschäftstätigkeit bewilligungspflichtig sei bzw. dass die erforderlichen Bewilligungen nicht vorliegen würden (Prot. I S. 9).

c) Die pauschalen Bestreitungen der Klägerin erweisen sich als unglaubhaft und widersprüchlich. Im Übrigen hat sie im Beschwerdeverfahren selbst implizit eingestanden, dass sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über keine Gewerbeberechtigung verfügte (Urk. 25 S. 2 mit Verweis auf Urk. 27/25). Daran ändert nichts, dass ihr diese im Nachhinein angeblich vorbehaltlos erteilt wurde. Es ist somit davon auszugehen, dass die Tätigkeit der Klägerin der österreichischen Gewerbeordnung (GewO 1994) unterliegt und eine entsprechende Gewerbeberechtigung hätte vorhanden sein müssen. Weiter ist davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine solche nicht vorlag. Damit erscheint glaubhaft, dass die Beklagte einem entsprechenden Irrtum erlag.

d) Gemäss § 873 ABGB kann ein Irrtum über die Person des Vertragspartners zur Anfechtung (§ 871 ABGB) oder zur Anpassung (§ 872 ABGB) des Vertrages führen. Ein Irrtum in der Person des Vertragspartners liegt auch vor, wenn er eine erforderliche verwaltungsrechtliche Befugnis zur Erbringung der Leistung betrifft (§ 873 Satz 2 ABGB). Die Fehlvorstellung des Partners über das Vorhandensein der Gewerbeberechtigung (z.B. gemäss GewO 1994) ist somit stets als beachtlicher Geschäftsirrtum zu qualifizieren. Zur Anfechtung berechtigt allerdings nur ein Irrtum, der für den Vertragsschluss kausal war, also bei Kenntnis der wahren Umstände der Vertrag gar nicht oder anders geschlossen worden wäre, wobei schon die Lebenserfahrung im Sinne eines Anscheinsbeweises für die Relevanz des Irrtums sprechen kann. Die Anfechtung setzt ferner voraus, dass der Irrtum durch den anderen Teil veranlasst war (oder diesem aus den Umständen offenbar

auffallen musste oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde), wobei auch derjenige, der nicht aufklärt, dass er keine verwaltungsrechtliche Befugnis hat, den Irrtum des Vertragspartners veranlasst hat. Die Irrtumsanfechtung ist durch Klage oder Einrede gerichtlich geltend zu machen (vgl. Bollenberger, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien/New York 2007, § 873 N 4 und § 871 N 3, N 19).

e) Die Voraussetzungen zur Irrtumsanfechtung sind vorliegend grundsätzlich gegeben: Es erscheint zumindest plausibel, dass sich die Beklagte in einem Irrtum über die gewerberechtliche Befugnis der Klägerin befand. Dieser ist der Irrtum zuzurechnen, da sie über das Nichtbestehen einer solchen hätte aufklären müssen. Einzig zur Frage der Kausalität des Irrtums äusserte sich vor Vorinstanz keine der Parteien. Erst im Beschwerdeverfahren wendete die Klägerin mit Eingabe vom 27. August 2012 ein, dass die angeblich fehlende Gewerbeberechtigung nicht kausal für den von der Beklagten geltend gemachten Vertragsrücktritt gewesen sei (Urk. 25 S. 2). Unter der geforderten Kausalität ist der Zusammenhang zwischen dem Irrtum und dem Vertragsschluss zu verstehen. Dieses Vorbringen wäre daher nicht geeignet, die Kausalität zu widerlegen; aufgrund des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren (Art. 326 Abs. 1 ZPO) ist es ohnehin nicht zu berücksichtigen. Es wäre nun aber Sache der Klägerin gewesen, als Gegnerin der Irrenden darzulegen, dass diese den Vertrag auch bei gehöriger Aufklärung abgeschlossen hätte; insofern trifft die Klägerin die Behauptungslast (vgl. Bollenberger, a.a.O., § 871 N 19; OGH 8 Ob 502/93 vom 25. März 1993), zumal hier bereits die Lebenserfahrung dafür spricht, dass eine promovierte Juristin ihren Internetauftritt nicht einem Unternehmen anvertraut, dem es an der erforderlichen Gewerbebewilligung gebricht. Die Irrtumsanfechtung ist folglich (für das Rechtsöffnungsverfahren) zuzulassen.

5. Nach dem Gesagten wurde die Rechtsöffnung zu Recht verweigert. Die Beschwerde ist abzuweisen. Es erübrigen sich Ausführungen zur Frage der Fälligkeit der Forderung.

IV.

Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110 Nr. 28) auf Fr. 450.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ferner hat sie der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Audienz), 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. 1'490.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
se