

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT120092-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister
und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. B. Demuth.

Urteil vom 19. Oktober 2012

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____,
Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch lic.iur. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 23. März 2012 (EB120005)

Rechtsbegehren:

(sinngemäss, Urk. 1 und Urk. 2/2)

Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 27. April 2011) provisorische Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 860.– nebst Zins zu 5% seit 11. März 2011, für Fr. 225.– Verzugsschaden sowie für Fr. 70.– Zahlungsbefehlskosten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. Am 4. November 2010 unterzeichnete der Beklagte und Beschwerdegegner (fortan Beklagter), Verwaltungsratspräsident der D._____ AG mit Einzelunterschrift, ein Formular der E._____ GmbH über einen Eintrag der Firma 'F._____' in ein Onlineverzeichnis (Urk. 2/1). Die E._____ GmbH trat ihre gestützt auf dieses Formular geltend gemachte Forderung von Fr. 860.– am 21. April 2011 mittels Zession an die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) ab. Die Klägerin setzte diese Forderung in der Folge am 27. April 2011 in Betreuung, wogegen der Beklagte am 29. April 2011 Rechtsvorschlag erhob (Urk. 2/2).

1.2. Mit Urteil vom 23. März 2012 wies die Vorinstanz das von der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 27. April 2011) gestellte Rechtsöffnungsbegehren ab und auferlegte ihr die Verfahrenskosten (Urk. 17 = Urk. 20).

1.3. Hiergegen hat die Klägerin am 4. Juni 2012 rechtzeitig Beschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt (Urk. 19 S. 2):

- "1. Es sei die Beschwerde gutzuheissen und das Urteil EB12005-A/U/ag des Bezirksgerichts Affoltern, Einzelgericht, vom 23. März 2012 in Bezug auf die Hauptschuld von CHF 860 aufzuheben;
2. Es sei der Rechtsvorschlag, erhoben gegenüber dem Zahlungsbefehl vom 27. April 2011 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____, zu beseitigen und für:

CHF 860 nebst Zins zu 5% seit 11. März 2011

CHF 70 Betreuungskosten

provisorische Rechtsöffnung zu erteilen;

3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Beurteilung zurückzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge [recte: zulasten] der Beschwerdegegnerin."

1.4. Den von der Kammer mit Verfügung vom 15. Juni 2012 (Urk. 22) eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 225.– hat die Klägerin rechtzeitig einbezahlt (Urk. 23).

1.5. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2012 (Urk. 24) wurde dem Beklagten Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt. Am 10. Oktober 2012 erstattete der Beklagte selbige mit folgenden Anträgen (Urk. 25 S. 2):

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.
3. Eventualiter: Es sei die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Eventualiter: Es seien die Gerichtskosten dem Kanton Zürich aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen."

2. Prozessuales

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 15 zu Art. 321 ZPO), 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. Was nicht gerügt wird, hat Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3. Materielles

3.1. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der provisorischen Rechtsöffnung auf die korrekten Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 20 S. 2). Gleiches gilt für die vorinstanzlichen Ausführungen zu den Einredemöglichkeiten des Beklagten (Urk. 20 S. 3 f.).

3.2. Die Vorinstanz hält zunächst fest, dass es sich beim Auftrag vom 4. November 2010, auf den die Klägerin ihr Begehren stützt, um einen einseitig vorformulierten Vertrag für die Eintragung im Onlinebranchenverzeichnis www.ch zu Fr. 860.– pro Jahr handle, der grundsätzlich zur provisorischen Rechtsöffnung für den im Vertrag ausgewiesenen Betrag berechtige (Urk. 20 S. 3). Sie begründet die Abweisung des klägerischen Rechtsöffnungsbegehrens damit, dass durch die Aufmachung des Vertragsformulars und insbesondere wegen der Textstelle "Bitte alle Angaben für den gewünschten kostenpflichtigen Auftrag überprüfen und gegebenenfalls ergänzen" der Eindruck entstehen könne, es handle sich nur um die Prüfung und Kontrolle eines bereits vorhandenen Registereintrages und nicht um den Abschluss eines neuen Vertrages. Dies werde im Übrigen noch dadurch bestärkt, dass erst im Kleingedruckten offenbart werde, wer überhaupt Vertragspartner sei. Sodann ergäben sich sämtliche wesentlichen Vertragsbestandteile (Vertragspartner, Gegenstand, Gegenleistung, Kündigung, Gerichtsstand) ebenfalls erst aus dem Kleingedruckten, welches ohne Hervorhebungen verfasst worden sei. Der Beklagte sei beim Vertragsschluss einem Irrtum unterlegen, indem er fälschlicherweise angenommen habe, mit der Swisscom oder mit den Gelben Seiten einen Vertrag zu schliessen bzw. einen bereits bestehenden zu erneuern. Das Verhalten der E. _____ GmbH sei als Vorspiegelung falscher Tatsachen bzw. Unterdrückung von wahren Tatsachen im Sinne von Art. 28 OR zu qualifizieren (Urk. 20 S. 6). Der Beklagte sei von der E. _____ GmbH im Sinne von Art. 28 OR absichtlich getäuscht und zum Vertragsabschluss verleitet worden. Die E. _____ GmbH habe dabei mit Wissen und Willen gehandelt, sei sie doch für ihre Vorgehensweise schon mehrfach gerichtlich kritisiert worden, unter anderem vom Handelsgericht des Kantons Zürich, welches die Praktiken der

E. _____ GmbH im Urteil vom 31. Mai 2011 als unlauter qualifiziert habe (Urk. 20 S. 7). Die Einrede des Beklagten sei zu hören, zumal er der E. _____ GmbH innert der von Art. 31 Abs. 1 und 2 OR vorgeschriebenen Frist mitgeteilt habe, dass er den Vertrag aufheben wolle (Urk. 20 S. 7 mit Verweis auf Urk. 9/4).

3.3. Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt, der dem Entscheid vom 23. März 2012 zugrunde liege, offensichtlich unrichtig festgestellt (Urk. 19 S. 3 f.). Im genannten Entscheid werde in Ziffer 3.5. der Erwägungen die Textstelle auf dem Vertragsformular zunächst richtig zitiert, welche laute "Bitte alle Angaben bei gewünschtem Vertrag überprüfen und ggf. ergänzen. Kosten: 860 Franken pro Jahr" (Urk. 19 S. 3 mit Verweis auf Urk. 2/1). In Ziffer 3.6. der Erwägungen desselben Entscheides zitiere der Richter die besagte Textstelle sodann wie folgt: "Bitte alle Angaben für den gewünschten kostenpflichtigen Auftrag überprüfen und gegebenenfalls ergänzen". Diese Unterscheidung sei wesentlich. So könne bei der Version "Bitte alle Angaben für den gewünschten, kostenpflichtigen Auftrag überprüfen und gegebenenfalls ergänzen" der Eindruck entstehen, der Verzeichniseintrag sei bereits vorgängig in Auftrag gegeben worden und es gehe nunmehr lediglich darum, einen bereits bestehenden Registereintrag zu überprüfen. Hingegen sei bei der Version "Bitte alle Angaben bei gewünschtem Vertrag überprüfen und ggf. ergänzen. Kosten: 860 Franken pro Jahr" völlig klar, dass das Formular nur unterzeichnet werden soll, wenn ein Vertragsabschluss gewünscht werde (Urk. 19 S. 4). Der Beklagte lässt dazu ausführen, die Klägerin könne daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, habe doch das Handelsgericht des Kantons Zürich im Urteil vom 31. Mai 2011 die gegenüber den beiden vorerwähnten leicht abgeänderte Version der Textstelle "Bitte alle Angaben bei gewünschtem, kostenpflichtigen Vertrag überprüfen und ggf. ergänzen" zu beurteilen gehabt und sei dennoch zum Schluss gekommen, das Formular sei geeignet, den Eindruck zu erwecken, dass bereits ein Vertrag bestehe und nur noch die Eintragsdaten kontrolliert werden müssten. Auch das Bundesgericht habe dies inzwischen bestätigt (Urk. 25 S. 3 mit Verweis auf BGer 4A_11/2012 vom 29. Juni 2012).

Die Vorinstanz hat die besagte Textstelle in ihren Erwägungen tatsächlich unterschiedlich zitiert, indes vermag der Unterschied in den Formulierungen nicht, wie

die Klägerin behauptet, zu bewirken, dass der Satz einmal dahingehend zu verstehen ist, dass bereits ein Auftrag erteilt worden ist und nur noch die Angaben kontrolliert werden müssten, und einmal, dass überhaupt erst ein Vertrag geschlossen werden soll. Dazu unterscheiden sich die Formulierungen zu wenig stark voneinander. So ist auch bei der – aus Sicht der Klägerin – völlig klaren Version nicht bzw. zumindest nicht deutlich genug erkennbar, dass erst ein Vertrag geschlossen werden soll und noch gar keiner besteht. Dies wird – wie der Beklagte zu Recht vorbringt – auch deutlich im Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012, wo zwar eine wie bereits erwähnt leicht abgeänderte Version der Textstelle zu beurteilen war, das Gericht indes aufgrund der auch dort nicht eindeutigen Formulierung sowie der unauffälligen Platzierung zum Schluss kam, dass dem Betrachter des Formulars weder der Vertragscharakter noch die Entgeltlichkeit innert Sekunden in die Augen springen (BGer 4A_11/2012, E. 3.4.). Die Vorinstanz ist somit trotz der unterschiedlichen Zitate in ihren Erwägungen nicht von einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt ausgegangen.

3.4. Weiter bringt die Klägerin vor, die wesentlichen Vertragsbestandteile – namentlich der Vertragspartner, der Vertragsgegenstand, die Gegenleistung und die Vertragslaufzeit – würden sich nicht erst aus dem Kleingedruckten ergeben, wie die Vorinstanz behauptete (Urk. 19 S. 4).

So sei der *Vertragspartner* in "überdeutlicher, grosser fetter Schrift oben rechts" aufgeführt (Urk. 19 S. 4). Der Beklagte bringt dazu vor, dass allein daraus, dass oben rechts auf dem Formular ein Firmenname stehe, noch nicht hervorgehe, dass es sich dabei auch um den Vertragspartner handle. Viele Unternehmen würden Dienstleistungen ausgliedern, sodass für den Konsumenten nicht auf den ersten Blick klar sei, wer letztlich hinter einer Dienstleistung stehe. Dem ist zuzustimmen. Der Beklagte hat offenbar angenommen, es handle sich um ein Formular der Swisscom oder der Gelben Seiten (Urk. 8= Urk. 28/2 S. 3, Vi Prot. S. 3, Urk. 9/4) und es war ihm weder bewusst noch konnte er auf Anhieb erkennen, dass weder die Swisscom noch die Gelben Seiten ihre Verzeichnisse durch die E._____ GmbH führen lassen und das ihm vorliegende Formular nichts mit diesen beiden Unternehmen zu tun hatte. Daran vermag auch die Platzierung des Fir-

menlogos oben rechts auf dem Formular nichts zu ändern. Erst im Kleingedruckten steht nämlich ausdrücklich, der Vertrag werde mit der E. _____ GmbH abgeschlossen (Urk. 2/1). Das wesentliche Element des Vertragspartners ist daher nicht so leicht erkennbar wie dies die Klägerin behauptet.

Betreffend den *Vertragsgegenstand* sei sodann "klar ersichtlich (in grosser Schrift festgehalten), dass die E. _____ GmbH ein Online-Verzeichnis für Telefon, Branchen, Adressen unter www.ch anbietet". Zwar stehen auf dem Formular die Begriffe 'Telefon', 'Branchen', 'Adressen' und auch die Internetsite 'www.ch' ist aufgeführt, hingegen wird wiederum erst im Kleingedruckten darauf hingewiesen, dass es sich um einen (Neu-)Eintrag in ein Onlineregister handelt (Urk. 2/1). Der Beklagte ist offenbar davon ausgegangen, dass es sich um einen bereits bestehenden Eintrag der Swisscom oder der Gelben Seiten handle (Urk. 8= Urk. 28/2 S. 3, Vi Prot. S. 3, Urk. 9/4). Der Beklagte verweist hier zudem zu Recht auf das Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012, worin ausgeführt wird, dass Geschäftsbetriebe unaufgefordert zugestellten Formularen durchschnittlich nur beschränkte Aufmerksamkeit entgegen brächten und dass gerade bei kleineren Unternehmen nicht von einer grossen Erfahrung bei der Lektüre von Dokumenten mit juristischem Inhalt ausgegangen werden könne (BGer 4A_11/2012 E. 3.3.). Umso höhere Anforderungen sind deshalb an solche Formulare zu stellen, was deren Gestaltung und die Formulierungen anbelangt. Wenn erst aus dem Kleingedruckten hervorgeht, was eigentlich Gegenstand des abzuschliessenden Vertrages ist, reicht dies nicht aus, um diese Anforderungen zu erfüllen. Der Vertragsgegenstand als wesentliches Vertragselement ist beim streitbetroffenen Formular somit ebenfalls nicht deutlich genug erkennbar.

Zur *Gegenleistung* und zur *Vertragslaufzeit* bringt die Klägerin vor, in der in fetter Schrift gehaltenen Rubrikzeile auf dem Formular würde auf die Kosten von Fr. 860.– pro Jahr und auf die Vertragslaufzeit von 36 Monaten hingewiesen (Urk. 19 S. 5). Der Preis wird auf dem Formular tatsächlich nicht nur im Kleingedruckten erwähnt, sondern in der Betreffzeile. Dies jedoch ganz am Schluss und in der – abgesehen vom Kleingedruckten – kleinsten Schriftgrösse. Dasselbe gilt für die Vertragsdauer von 36 Monaten. Sie ist in derselben Schriftgrösse in der

Mitte der Betreffzeile erwähnt (Urk. 2/1). Diese beiden wesentlichen Vertragselemente sind somit zwar nicht erst bei der Lektüre des Kleingedruckten erkennbar. Insgesamt vermag dies aber nicht zu verhindern, dass der Betrachter des Formulars ohne die Lektüre des Kleingedruckten nicht über alle wesentlichen Vertragsbestandteile informiert wird, womit das Formular trotz der durch die Klägerin nach dem Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2010 vorgenommenen Anpassungen und Änderungen in der Gestaltung nach wie vor als täuschend und irreführend zu bezeichnen ist. Selbst wenn der Rechtsöffnungsrichter in seinen Erwägungen im Entscheid vom 23. März 2012 fälschlicherweise auf die Formulierung im Entscheid vom 29. Juni 2007 des Amtsgerichts Sursee (vgl. Urk. 9/2 S. 4) und damit auf ein anderes als das im Streit liegende Formular Bezug genommen hat, so sind die Unterschiede sowohl in den verwendeten Formulierungen als auch in der Gestaltung der beiden Formulare zu geringfügig, als dass sie im vorliegenden Fall zu einem anderen als dem von der Vorinstanz gezogenen Schluss führen würden.

3.5. Zusammengefasst ist damit gestützt auf die vorstehenden Ausführungen festzuhalten, dass die Vorinstanz nicht von einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt ausgegangen und ihr Entscheid demzufolge zu bestätigen ist. Das Formular der E._____ GmbH ist nach wie vor geeignet, beim Betrachter den Eindruck zu erwecken, es handle sich um die Erneuerung eines bereits bestehenden Eintrages in ein Onlineregister und nicht um den erstmaligen Abschluss eines solchen Vertrages. Die Einrede des Beklagten im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG ist deshalb zu hören und die Beschwerde der Klägerin somit abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen im Urteil vom 23. März 2012 (Disp. Ziff. 2 und 3) blieb unangefochten.

4.2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 225.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen. Zudem ist die Klägerin un-

ter Beachtung des Streitwertes von Fr. 860.– zu verpflichten, dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren gestützt auf § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 95.– zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 225.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 95.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern, 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. 860.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. B. Demuth

versandt am: js