Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: RT120135-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt.

Urteil vom 31. Oktober 2012

in Sachen

A._____,
Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

B._____ GmbH,
Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 2. August 2012 (EB120272)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 2. August 2012 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreibung Nr. … des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 26. April 2012) gestützt auf den Darlehensvertrag vom 18. Juni 2010 provisorische Rechtsöffnung für Fr. 500'000.– nebst 5 % Zins seit 18. Juni 2010, ebenso für Fr. 203.– Zahlungsbefehlskosten sowie für die Kosten und die Entschädigung gemäss Dispositivziffer 2 bis 4 des Urteils (Fr. 1'000.– Spruchgebühr, Fr. 3'500.– Parteientschädigung). Letztere wurden zu Lasten des Gesuchsgegners und Beschwerdeführers (fortan Gesuchsgegner) geregelt (Urk. 12).

1.2 Hiergegen hat der Gesuchsgegner am 20. August 2012 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde erhoben mit folgendem Beschwerdeantrag (Urk. 11 S. 2):

> "Es sei der Beschwerdestellerin in der Betreibung Nr. … des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 26.04.2012), die Ungültigkeit des provisorischen Rechtsöffnungsgesuchs und der Betreibung der Gegenpartei zu erteilen."

Damit beantragt der Gesuchsgegner sinngemäss die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und entsprechend die Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs.

2.1 Die Vorinstanz hielt zusammengefasst fest, dass die vom Gesuchsgegner eingereichten Unterlagen und erhobenen Einwendungen die aus dem Rechtsöffnungstitel resultierende Schuldanerkennung nicht zu entkräften vermögen. Zwar sei aus dem Darlehensvertrag ersichtlich, dass dieser erst am 18. Juni 2010 abgeschlossen worden sei, die Darlehenssumme von Fr. 500'000.– aber bereits am 25. Juni 2009 ausbezahlt worden sei. Indes würden sich in den vom Gesuchsgegner eingereichten Unterlagen keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Gesuchstellerin oder eine andere Firma dem Gesuchsgegner Geld hätten zur Verfügung stellen wollen, ohne dessen Rückzahlung zu verlangen. Die vom Gesuchsgegner vorgenommene Differenzierung zwischen Investor und Darlehensgeber sei denn auch keine rechtliche. Es sei nicht ersichtlich, wieso ein künftiger

anderer Investor seine Investition an die Bedingung knüpfen sollte, dass der Gesuchsgegner schriftlich anerkenne, der Gesuchstellerin Fr. 500'000.– zu schulden, scheine doch die Investition in eine unverschuldete Firma wesentlich attraktiver. Damit sei nicht glaubhaft, dass der im Streit liegende Vertrag nur pro forma geschlossen worden sei (Urk. 12 S. 8 f.).

2.2 Der Gesuchsgegner bringt im Beschwerdeverfahren vor, der neue Investor (D._____, Urk. 13/2) habe auf den Vertrag gedrängt, damit nicht in der Anfangsphase die Firma B._____ GmbH auf einmal die gesamten investierten Mittel aus der Firma E._____ abziehen könne. Der "pro Forma"-Vertrag habe sich ja nicht auf die Firma belaufen, damit sie unverschuldet sei. Aus diesem Grund widerspreche die Argumentation nicht und die Firma sei unverschuldet, mit oder ohne Vertrag. Hinsichtlich des "pro Forma"-Vertrages bestehe noch ein zweiter Vertrag, welcher das Ganze untermauere. Die Vereinbarung für die investierten Mittel habe sich auf 5% der Bruttorendite der Firma E._____ belaufen. Weiter sei der neue Investor auch in den Verwaltungsrat eingeschrieben worden, zu dem Zeitpunkt nämlich, als auch der "pro Forma"-Vertrag entstanden sei. Schliesslich bringt der Gesuchsgegner vor, dass er den Vertrag solidarisch mit F._____ unterzeichnet habe und es daher nicht nachvollziehbar sei, warum nur er betrieben werde (Urk. 11 S. 2 f.)

3.1 Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). 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 unechte wie auch für echte Noven (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Zürich/Basel/Genf 2010,, N 3 f. zu Art. 326 ZPO). Damit finden die vom Gesuchsgegner im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Unterlagen (Urk. 13/1-2: Vertrag zwischen BA._____, dem Gesuchsgegner und F._____ sowie ein Handelsregisterauszug vom 3. Juni 2010) im vorliegenden Rechtsmittelverfahren keine Berücksichtigung. Ebenso hat damit das Argument, der zweite Vertrag stütze die Darstellung des Gesuchsgegners,

wonach zwischen der Gesuchstellerin, dem Gesuchsgegner und F._____ geschlossene Vertrag lediglich pro forma abgeschlossen worden sei, ausser acht zu bleiben. Selbst wenn dieser Einwand Beachtung fände, müsste er zurückgewiesen werden: einerseits wurde ein Vertrag zwischen BA._____ persönlich, dem Gesuchsgegner und F._____ geschlossen, andererseits der Darlehensvertrag zwischen der B._____ GmbH, dem Gesuchsgegner und F._____ (Urk. 3/2; Urk. 13/1). Damit sind die Vertragsparteien nicht identisch und die beiden Verträge schliessen sich nicht gegenseitig aus.

3.2 Schliesslich ist auch das Argument, der neue Investor habe auf dem Abschluss des Darlehensvertrages beharrt, damit nicht in der Anfangsphase die Gesuchstellerin die gesamten investierten Mittel aus der Firma E._____ ziehen könne, aus novenrechtlichen Gründen ausser acht zu lassen. Dies hat der Gesuchsgegner vor Vorinstanz nicht behauptet. Selbst wenn dieses Argument berücksichtigt würde, wäre es ebenso wenig zielführend, hatte der Gesuchsgegner doch noch vor Vorinstanz ausgeführt, die Firma BC._____ GmbH … hätte zusammen mit der G._____ AG den Vertrag betreffend Investition in die Firma E._____ geschlossen (Urk. 6). Inwiefern nun die Gesuchstellerin in der Lage hätte sein sollen, das neu investierte Kapital abzuziehen, ist nicht nachvollziehbar. Dies hat der Gesuchsgegner denn auch weder vor Vorinstanz noch im Rechtsmittelverfahren vorgebracht bzw. glaubhaft gemacht.

3.3 Der Gesuchsgegner hat erstinstanzlich vorgetragen, der Darlehensvertrag sei in Absprache "mit H._____ Treuhand und BC._____ GmbH" rein pro forma aufgesetzt worden (Urk. 6 S. 3). Die Vorinstanz verwarf diesen Einwand und führte aus, keine der vom Beklagten eingereichten Unterlagen sei dazu geeignet, die von ihm behauptete Simulation des Darlehensvertrags glaubhaft zu machen (Urk. 12 S. 8 f.). Der Gesuchgegner rügt zwar zu Recht, dass die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang zusätzlich angestellte Überlegung, eine Investition in eine unverschuldete *Gesellschaft* erscheine wesentlich attraktiver (Urk. 12 S. 8 Erw. 4.2), nicht ohne weiteres verständlich ist, war es doch der Gesuchsgegner persönlich (und nicht irgendeine Gesellschaft), der sich mit dem Abschluss des Darlehensvertrags verschuldete. Doch zeigt der Gesuchsgegner

auch im Beschwerdeverfahren nicht hinlänglich klar auf, inwiefern sich aus den von ihm vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen (Urk. 7/1-8) ein Scheingeschäft erstellen lässt und eine (offensichtlich) unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz vorliegt (Art. 320 ZPO).

3.4 Hinsichtlich Solidarschuldnerschaft kann auf die zutreffende Argumentation der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 12 S. 3 Erw. II. 2). Gemäss Art. 144 Abs. 1 OR kann ein Gläubiger *nach seiner Wahl* von einem Solidarschuldner je nur einen Teil *oder das Ganze* fordern. Damit haftet ein Schuldner, welcher sich solidarisch verpflichtet hat, dem Gläubiger für die gesamte Schuld. Entsprechend ist das Vorgehen der Gesuchstellerin, lediglich den Gesuchsgegner ins Recht zu fassen, nicht zu beanstanden.

3.5 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen. Bei diesem Ausgang bleibt es bei der vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Urk. 12 Dispositivziffern 2 bis 4).

4.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde des Gesuchsgegners wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 11, sowie an Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur, 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. 500'000.–.

   Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 31. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js