

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT130135-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzender, Oberrichter Dr. H. A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin G. Ramer Jenny.

Urteil vom 19. Februar 2014

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 17. Juli 2013 (EB130626-L)

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 24. April 2013 verlangte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 28. März 2013, Urk. 4) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 18'781.29 für Zinsen im Rahmen einer Aktienleihe (Urk. 2). Mit Verfügung und Urteil vom 17. Juli 2013 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren der Klägerin ab, wobei sie es im Umfang von Fr. 11'338.19 als durch Rückzug erledigt abschrieb (Urk. 18 S. 5 f.). Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 8. August 2013 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 17 S. 2):

"1. Die Verfügung und Urteil vom 17. Juli 2013 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Geschäfts-Nr. EB130626-L/U) sei aufzuheben.

2. Der Gesuchstellerin sei in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 28. März 2012) für Fr. 7'443.10 die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

2. Nach rechtzeitigem Eingang des Kostenvorschusses (Urk. 21) erstattete die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 23. September 2013 fristgerecht die Beschwerdeantwort, mit welcher sie auf Nichteintreten, eventualiter auf Abweisung der Beschwerde schloss (Urk. 23).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO). Weiter herrscht ein umfassendes Novenverbot (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, BGE 5A_405/2011, Erw. 4.5.3).

2. Die Vorinstanz wies das klägerische Rechtsöffnungsbegehren mit der Begründung ab, die von der Klägerin betriebene Forderung sei nicht hinreichend bestimmbar. Der mit Vereinbarung vom 15./16. Januar 2012 von der Beklagten anerkannte Betrag stehe in Abhängigkeit zum Börsenkurs an einem nicht definierten, in der Zukunft liegenden Tag (dem Tag der Aktienübergabe) und sei deshalb zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung weder bestimmt noch ausreichend bestimmbar gewesen. Die Klägerin sei (zumindest theoretisch) in der Lage gewesen, die Höhe des von der Beklagten zu zahlenden Vertragszinses zu beeinflussen, indem sie die Aktien der Beklagten zu einem Zeitpunkt habe übergeben können, da der Börsenkurs für die Klägerin besonders günstig gewesen sei (Urk. 18 S. 4 f.)

3.a) Die Klägerin rügt mit ihrer Beschwerde, die Vorinstanz habe missachtet, dass die Klägerin neben der Vereinbarung vom 16. Januar 2012 (Urk. 5/2) auch den Vertrag vom 14. August 2012 über deren Verlängerung als Rechtsöffnungstitel eingereicht habe (Urk. 5/4). Darin würden das Datum der Ausleihe der Aktien, der 24. Januar 2012, und die Fälligkeit der Zinsen am 31. Oktober 2012 unterschriftlich anerkannt (Urk. 17 S. 4 f). Die Höhe der Forderung sei im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages über die Verlängerung der Vereinbarung vom 16. Januar 2012 ohne weiteres bestimmbar gewesen, nämlich anhand des gemäss der Ziff. 6 der Vereinbarung statuierten Börsenkurses am Tag der Ausleihe (24. Januar 2012), welcher sich usanzgemäss auf den Tagesschlusskurs der Aktien bezogen habe (Urk. 17 S. 5 f.).

b) Mit Vereinbarung vom 15. resp. 16. Januar 2012 verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten "per Stichtag" 33'000 Aktien der C._____ AG zu übertragen (Ziff. 1, Urk. 5/2 S. 2). Im Gegenzug verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin einen Zins von 10% p.a. auf dem Marktwert (Börsenkurs SIX) der Titel ab Stichtag zu bezahlen, zahlbar 6 Monate ab Datum der Übertragung, sowie die Aktien an die Klägerin zurück zu übertragen (Ziff. 6, Urk. 5/2 S. 3). In Ziff. 2 wurde überdies die Möglichkeit zur Verlängerung der Vereinbarung um weitere 6 Monate vorgesehen. Mit Schreiben vom 14. August 2012 bestätigte die Beklagte unterschriftlich den Eingang der 33'000 Aktien der C._____ AG in ihrem Wertschriften-

depot mit Valuta 24. Januar 2012 sowie die Verlängerung der Vereinbarung in gegenseitigem Einvernehmen bis längstens 31. Oktober 2012. Die Zinsen würden für die gesamte Dauer per diesem Datum fällig. Die Klägerin ihrerseits erklärte sich sowohl mit der Verlängerung der Vereinbarung als auch der Fälligkeit der Zinsen "für die gesamte Dauer per 31. Oktober 2012" unterschriftlich einverstanden (Urk. 5/4 S. 2).

c) Die klägerische Rüge erweist sich teilweise als stichhaltig. Zwar trifft zu, dass der Forderungsbetrag in der Vereinbarung vom 15. resp. 16. Januar 2012 nicht zahlenmässig bestimmt ist, sondern in Abhängigkeit zum Börsenkurs der New Value-Aktien an einem nicht näher definierten Tag der Ausleihe steht. Da das Datum der bevorstehenden Übergabe der Aktien in der Vereinbarung vom 15. resp. 16. Januar 2012 offen gelassen wurde, ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass die Höhe des zu zahlenden Vertragszinses von der Klägerin durch die Wahl des Übergabezeitpunkts in einem gewissen Rahmen beeinflusst werden konnte. Eine solche einseitige Beeinflussung der geschuldeten Forderungshöhe steht gemäss herrschender Lehre einer provisorischen Rechtsöffnung entgegen (vgl. Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 191; BSK SchKG I, Daniel Staehelin, N 26 zu Art. 82 SchKG). Zu Recht hielt die Vorinstanz daher fest, die Forderungssumme sei im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieser Schuldanerkennung weder bestimmt noch bestimmbar gewesen. Indes anerkannte die Beklagte im Nachgang mit Unterzeichnung des Schreibens vom 14. August 2012 den Zeitpunkt der Übergabe am 24. Januar 2012 und somit den Stichtag. Dass sich nunmehr die Schuldanerkennung aus mehreren Urkunden ergibt, steht ihrer Wirksamkeit nicht entgegen, nimmt doch die unterzeichnete Schuldanerkennung vom 14. August 2012 zweifelsfrei auf die Vereinbarung vom 15. resp. 16. Januar 2012 Bezug (Urk. 5/4 S. 1), und erfüllt somit die nach herrschender Lehre und Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen an eine aus mehreren Urkunden zusammengesetzte Schuldanerkennung (vgl. statt vieler BGE 132 III 480 mit weiteren Hinweisen). Insoweit ist der Klägerin zu folgen (Urk. 17 S. 5).

d) Indes dringt die Klägerin mit ihrer Beschwerde aufgrund folgender Überlegungen nicht durch: Neben dem nunmehr feststehenden Stichtag ist für die

Bestimmung der Forderung der Börsenkurs relevant: der zu zahlende Zins von 10% p.a. berechnet sich vereinbarungsgemäss vom Börsenkurs SIX der Titel zum Zeitpunkt der Übergabe (Stichtag, Ziffer 6 i.V.m. Ziffer 1, Urk. 5/2 S. 2 f). Während die Klägerin den Schlusskurs als einschlägig erachtet, was geschäftsüblich sei (Prot. I S. 6; Urk. 17 S. 5), bestreitet die Beklagte eine entsprechende Vereinbarung sowie das Bestehen einer Übung (Prot. I S. 5, 7; Urk. 22 S. 7).

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, muss die Forderungssumme gemäss einhelliger Lehre und konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung klar bestimmt oder ohne weiteres bestimmbar sein. Ist dies nicht der Fall, ist das Rechtsöffnungsbegehren mangels liquiden Rechtsöffnungstitels abzuweisen. Die Klägerin will den Schlusskurs vom 24. Januar 2012 zur Bestimmung des Aktienwertes angewendet wissen (Urk. 17 S. 5, Prot. I S. 6). Die Parteien haben weder in der Vereinbarung vom 15. resp. 16. Januar 2012 noch im Schreiben vom 14. August 2012 klar festgehalten, dass der Schlusskurs vom 24. Januar 2012 für die Bestimmung des Aktienwertes massgeblich sei. Das von der Klägerin behauptete Bestehen einer Übung oder Usanz aber, wonach bei (ausserbörslichen) Aktienübertragungen stets der Schlusskurs wesentlich sei, ist von ihr glaubhaft zu machen (Art. 150 Abs. 2 ZPO). Abweichendes gilt nur dort, wo das Gesetz selbst auf die Übung verweist, was vorliegend nicht der Fall ist. Überdies gilt die Verkehrssitte nicht ohne Weiteres als Vertragsinhalt, sondern verpflichtet die Parteien nur, wenn diese sich ihr durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen ausdrücklich oder stillschweigend unterwerfen (Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 24 zu Art. 150 ZPO). Dass dies der Fall gewesen sei, hat die Beklagte bestritten und wurde von der Klägerin nicht hinreichend dargelegt, reicht doch die schlichte Behauptung, die Anwendung des Schlusskurses sei geschäftsüblich (Prot. I S. 6, Urk. 17 S. 5), nicht aus. Mangels einer glaubhaft gemachten übereinstimmenden Willenserklärung in diesem Punkt würde auch das Vorliegen einer gerichtsnotorischen Tatsache hinsichtlich der Anwendbarkeit des Schlusskurses nicht weiterhelfen. Eine solche wäre denn auch fraglich, ist doch nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dem Gericht sei aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit die Geschäftspraxis bei ausserbörslichen Aktienübertragungen be-

kannt. Privates Wissen einzelner Gerichtsmitglieder schafft noch keine Gerichtsnotorietät (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht - unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. A., Zürich 2013, § 18 N 9 und 10). Vorliegend ist es der Klägerin demzufolge nicht gelungen, die Anwendbarkeit der behaupteten Usanz oder Verkehrssitte betreffend den Tagesschlusskurs gemäss übereinstimmendem Willen der Parteien glaubhaft darzutun. Mangels Vereinbarung des für die Zinsberechnung massgebenden Börsenkurses am Stichtag 24. Januar 2012 war der Betrag der in Betreuung gesetzten Forderung im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung für die Beklagte nicht hinreichend bestimmt resp. bestimmbar. Entsprechend liegt kein rechtsgenügender provisorischer Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG vor.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde demnach als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

5. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 300.– festzulegen und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind mit dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss (Urk. 20) zu verrechnen.

Antragsgemäss hat die Klägerin der anwaltlich vertretenen Beklagten für ihre Beschwerdeantwort vom 23. September 2013 eine Prozessentschädigung zu bezahlen, welche auf Fr. 350.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen ist (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, § 4 Abs. 1 i.V.m. 9 und 13 Abs. 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 350.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht 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. 7'443.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am: js