

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT140136-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 18. November 2014

in Sachen

A._____ AG,

Beschwerdeführerin

gegen

B._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

sowie

C._____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 29. August 2014 (EB130329-G)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 29. August 2014 entschied die Vorinstanz folgendes (Urk. 66 S. 28 f.):

- "1. Die Akten der Verfahren CB130012-G, EB130326-G und EB130327-G werden beigezogen.
2. Die Anträge der gesuchsgegnerischen Partei um Sistierung des vorliegenden Verfahrens werden abgewiesen.
3. Der Antrag der Gesuchsgegnerin, die A. _____ AG als Streitberufene in das Verfahren miteinzubeziehen, wird abgewiesen.
4. Der gesuchstellenden Partei wird **provisorische** Rechtsöffnung erteilt in der
Betreibung Nr. 1, Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon,
Zahlungsbefehl vom 8. Mai 2012, für
CHF 900'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. April 2012
CHF 19'654.70
und die Betreuungskosten
sowie für Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 5 bis 8 dieses Entscheids.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'000.–, wobei CHF 50 bereits von der Gesuchstellerin bezahlt wurden.
6. Die Gerichtskosten (CHF 950.–) werden der gesuchsgegnerischen Partei auferlegt.
7. Die Gerichtskosten werden von der gesuchstellenden Partei bezogen, sind ihr aber von der gesuchsgegnerischen Partei zu ersetzen.
8. Die gesuchsgegnerische Partei wird verpflichtet, der gesuchstellenden Partei eine Parteientschädigung von CHF 15'000.– (8 % MwSt darin enthalten) zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 52 – 54, je gegen Empfangsschein, und im Dispositiv an das genannte Betreibungsamt.
10. Wird **provisorische Rechtsöffnung** erteilt, kann die gesuchsgegnerische Partei innert **20 Tagen** nach Zustellung dieses Entscheids beim zuständigen Gericht unter Beilage dieses Entscheids auf **Aberkennung der Forderung** klagen; unterlässt sie dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.
11. **Dieser Entscheid ist rechtskräftig** (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim

Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

In diesem Verfahren stehen die Fristen während der Gerichtsferien nicht still."

1.2 Mit Verfügung vom 5. September 2014 berichtigte die Vorinstanz dieses Urteil in Bezug auf Dispositivziffer 4 wie folgt (Urk. 71 S. 2 f.):

"1. Dispositiv Ziff. 4 des Entscheids vom 29. August 2014 wird wie folgt neu gefasst:

"4. Der gesuchstellenden Partei wird **provisorische** Rechtsöffnung erteilt
in den
Betreibungen Nrn. 1, 2 und 3, Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon,
Zahlungsbefehle vom 8. Mai 2012, für
CHF 900'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. April 2012
CHF 19'654.70
und die Betreibungskosten
sowie für Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 5 bis 8 dieses Entscheids."

2. Für die vorliegende Verfügung werden keine Kosten erhoben.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, und im Dispositiv an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon.

4. Wird **provisorische Rechtsöffnung** erteilt, kann die gesuchsgegnerische Partei innert **20 Tagen** nach Zustellung dieses Entscheids beim zuständigen Gericht unter Beilage dieses Entscheids auf **Aberkennung der Forderung** klagen; unterlässt sie dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.

5. **Dieser Entscheid ist rechtskräftig** (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

In diesem Verfahren stehen die Fristen während der Gerichtsferien nicht still."

1.3 Am 22. September 2014 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 65 S. 1):

- "1. Der angefochtene Entscheid sowie die Widerrufsverfügung vom 17.01.2014 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin.
2. Mitteilung und Entscheide seien der Beschwerdeführerin elektronisch wie EGOV an die E-Mail-Adresse ... ihres einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrats D._____ zuzustellen."

2. Hinsichtlich der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. Januar 2014, welche die Beschwerdeführerin vorliegend ebenso anfechten will, ist die Beschwerde entgegen ihrer Ansicht verspätet. So geht das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Streitverkündung davon aus, dass die Ablehnung der Zulassung einer neuen Partei zum Verfahren dem Ausschluss einer Partei vom Verfahren gleichzustellen sei. In solchen Fällen werde eine Person endgültig vom Verfahren ausgeschlossen, sodass sie gar keinen Entscheid mehr erhalten werde, nicht mehr einen Antrag gegen sie gestellt werden könne und sie keine Beschwerdemöglichkeit mehr haben werde. Der Entscheid sei folglich ihr gegenüber ein Endentscheid, aber er beende das Verfahren nicht, das zwischen anderen Personen fortgesetzt werde. Der Entscheid über die Verweigerung der Streitverkündung stelle somit einen Teilentscheid dar (BGE 134 III 379, Erw. 1.1 = Pra 98 [2009] Nr. 12). Da die Beschwerdeführerin die Verfügung vom 17. Januar 2014 nicht angefochten hat, kann sie dies vorliegend nicht mehr nachholen. Entsprechend aber ist auf die Beschwerde in Bezug auf die vorinstanzliche Verfügung vom 17. Januar 2014 nicht einzutreten. Indes ist die Beschwerde gegen die mit Urteil vom 29. August 2014 erfolgte Abweisung der Streitverkündung fristgerecht erfolgt. Entsprechend ist darauf einzutreten.

3.1 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). 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 beanstandet wird, braucht grundsätzlich nicht geprüft zu werden. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur er-

gänzenden Begründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen bzw. ist darauf nicht einzutreten. Sodann sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.2 Mit Eingabe vom 13. November 2013 hatte die Gesuchsgegnerin der Beschwerdeführerin den Streit verkündet (Urk. 20 S. 2). In der Folge erklärte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9. Dezember 2013, dem Prozess als Nebenintervenientin beizutreten (Urk. 33). Mit Verfügung vom 8. Januar 2014 nahm die Vorinstanz unter anderem davon Vormerk, dass die Beschwerdeführerin dem vorliegenden Verfahren als Nebenintervenientin beigetreten sei (Urk. 34 S. 3). Mit Verfügung vom 17. Januar 2014 wurde die Verfügung vom 8. Januar 2014 in Wiedererwägung gezogen und die Beschwerdeführerin wurde nicht als Nebenintervenientin zugelassen (Urk. 36 S. 3). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Juli 2014 erklärte die Gesuchsgegnerin erneut, der Beschwerdeführerin den Streit zu verkünden (Urk. 49 S. 2). Mit vorliegend angefochtenem Urteil vom 29. August 2014 wies die Vorinstanz dieses Begehren ab (Urk. 66 S. 28). Dabei verwies sie auf die in der Verfügung vom 17. Januar 2014 enthaltene Begründung, wonach im Rechtsöffnungsverfahren sowohl Streitverkündung als auch Haupt- und Nebenintervention ausgeschlossen seien, da nicht über materiellrechtliche Ansprüche entschieden werde (Urk. 36 S. 2 mit Verweis auf Staehelin in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zur SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 84 N 29). Sodann hielt sie neu fest, dass im summarischen Verfahren eine Streitverkündung in jedem Fall ausgeschlossen sei (Urk. 66 S. 9).

3.3 Die Beschwerdeführerin moniert, dass sie mit Verfügung vom 17. Januar 2014 als Nebenintervenientin nicht zugelassen worden sei, weshalb es ihr unmöglich gewesen sei, als solche im Verfahren vor Vorinstanz die Gesuchsgegnerin in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu unterstützen. In ihrer Begründung stütze sich die Vorinstanz auf eine Literaturstelle, welche aus einer Zeit vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung stamme. Voraussetzung der Zulässigkeit der Nebenintervention sei nach dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 78 ZPO nicht, dass über materiellrechtliche Ansprüche entschieden werde,

sondern einzig und allein, dass der Streitverkündende im Unterliegensfalle allenfalls den Streitberufenen belangen wolle oder den Anspruch des Streitberufenen befürchte. Solche Anspruchskonstellationen seien unabhängig vom materiellrechtlichen Entscheid über die Hypothekarschuld und -zinsen. Da sie sich bereit erklärt habe, als Nebenintervenientin dem Prozess beizutreten, habe sie als Streitberufene gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO das Recht, ohne weitere Voraussetzungen zugunsten der Schuldnerin zu intervenieren. Dies bedeute, dass Art. 74 ZPO nicht zur Anwendung gelange, weshalb sie nicht habe glaubhaft machen müssen, dass sie ein Interesse an einem zugunsten der Schuldnerin lautenden Entscheid im hängigen Rechtöffnungsverfahren habe. Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nicht als Streitberufene zugelassen habe, habe sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Urk. 65 S. 2 f.).

3.4.1 Dieser Argumentation kann nicht zugestimmt werden. Zunächst ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass die von der Vorinstanz zitierte Literaturstelle und damit der Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG) zwar im Jahre 2010 publiziert worden ist, indes darin die per 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung bereits mitberücksichtigt worden ist, da diese nunmehr auch die Gerichtsverfahren im Rahmen des SchKG regelt (StaeHELIN/Bauer/StaeHELIN in: BSK SchKG-I, Basel 2010, Vorwort). Nebenbei bemerkt, lautete der Wortlaut von § 46 Abs. 1 der Zürcherischen Zivilprozessordnung betreffend die einfache Streitverkündung nicht anders. Bereits damals war Voraussetzung, dass ein Streitverkündungsgrund vorliegt.

3.4.2 Sodann kann zwar der Vorinstanz nicht uneingeschränkt gefolgt werden, wenn diese ausführt, dass eine Streitverkündung in summarischen Verfahren gänzlich ausgeschlossen sei (Urk. 66 S. 9). Dies gilt lediglich für die Streitverkündungsklage, für welche das Gesetz ausdrücklich deren Unzulässigkeit im vereinfachten und summarischen Verfahren festhält (Art. 81 Abs. 3 ZPO). So ist eine einfache Streitverkündung gemäss überwiegender Lehrmeinung auch im summarischen Verfahren möglich, dies insbesondere bei Verfahren um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme bzw. bei Verfahren um vorsorgliche Beweisführung

(Zuber/Gross in: BK-ZPO, Bd. I, Bern 2012, Art. 78 N 14 f.; BSK ZPO-Frei, Basel 2013, Art. 78 N 14; Göksu in: DIKE ZPO-Komm., Zürich/St. Gallen 2011, Art. 78 N 18; Takei in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 78 N 12).

3.4.3 Vorliegend aber ist zu beachten, dass sich die Parteien zwar in einem summarischen Verfahren, indes in einem Rechtsöffnungsverfahren befinden. Dabei sind Streitverkündung sowie Haupt- und Nebenintervention ausgeschlossen: Grund für eine Streitverkündung ist gerade ein materiellrechtlicher Anspruch, welchen der Streitverkünder im Fall des Prozessverlustes gegen den Streitberufenen zu haben glaubt bzw. von diesem befürchtet (Takei, a.a.O., Art. 78 N 14; BSK ZPO I-Frei, a.a.O., Art. 78 N 4). Somit liegt ein Streitverkündungsgrund generell bei allen Rechtsverhältnissen vor, aus denen sich ein materieller Anspruch auf Gewährleistung, Regressnahme oder Schadloshaltung herleiten lässt (Göksu, a.a.O., Art. 78 N 8). Bei den betreibungsrechtlichen Klagen, zu welchen auch das Rechtsöffnungsverfahren gehört, wird nicht über materiellrechtliche Ansprüche entschieden. So hat das Rechtsöffnungsverfahren im Unterschied zum Aberkennungsverfahren keinen materiellrechtlichen Gegenstand. Es hat ausschliesslich betreibungsrechtlichen Charakter. Im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren wird nur darüber entschieden, ob die Betreuung – unter Vorbehalt der Aberkennungsklage des Schuldners – weitergeführt werden kann oder ob der Gläubiger auf den ordentlichen Prozessweg (Anerkennungsklage) verwiesen wird. Demgegenüber steht im Forderungsprozess die materielle Begründetheit der Forderung in Frage. Damit stehen in den beiden Verfahren nicht gleiche Fragen zur Diskussion (BGE 133 III 645 Erw. 5.3). Entscheide über sog. betreibungsrechtliche Klagen wirken damit nur innerhalb des konkreten Schuldbetreibungsverfahrens und grundsätzlich nur inter partes. Sie entfalten keine materielle Rechtskraft. Entsprechend können solche Entscheide auch nicht einem Dritten (dem Streitberufenen) entgegengehalten werden. Da es keinen Entscheid über einen materiellrechtlichen Anspruch gibt, hat ein allfälliger Streitverkünder auch kein rechtliches Interesse an einer Streitverkündung gemäss Art. 78 Abs. 1 ZPO. Eine solche ist somit nicht zulässig (Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen Zivilpro-

zessordnung, Zürich 2012, § 6 Kap. VI S. 34). Ohnehin haben von einer Betreuung in ihren Rechten betroffene Dritte ein eigenständiges Recht, Rechtsvor-schlag zu erheben. Diese sind in Art. 68a Abs. 2 SchKG und Art. 153 Abs. 2 SchKG abschliessend bestimmt. Entsprechend aber hat die Vorinstanz den Antrag der Gesuchsgegnerin, die Beschwerdeführerin als Streitberufene im Verfahren zuzulassen, zu Recht abgewiesen.

3.5 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Die Beschwerdeführerin verlangt die elektronische Zustellung des Entscheides. Mit der Vorinstanz (Urk. 34 S. 3) ist festzuhalten, dass es sich bei Art. 139 ZPO um eine Kann-Vorschrift handelt. Das Gericht ist befugt, aber nicht verpflichtet, seine Urkunden den Verfahrensbeteiligten auf elektronischem Wege zuzustellen, weshalb auch kein Anspruch auf elektronische Zustellung besteht. Entsprechend ist die angerufene Kammer nicht verpflichtet, vorliegenden Entscheidung in elektronischer Form zu spedieren; es bleibt bei der postalischen Zustellung.

5.1 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. 800.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

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

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin unter Beilage je einer Kopie von Urk. 65 und Urk. 67, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, 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 in der Hauptsache Fr. 900'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. November 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js