

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT150133-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz, Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Beschluss vom 16. Oktober 2015

in Sachen

A. _____ AG,

vormals B. _____ AG

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

gegen

C. _____ GmbH,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 23. Juni 2015 (EB150754-L)**

Erwägungen:

1. Die Vorinstanz wies mit Urteil vom 23. Juni 2015 das in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 4, für Fr. 2'846.85 (zuzüglich Zinsen und Betreuungskosten) gestellte Gesuch um Erteilung der Rechtsöffnung ab (Urk. 6). Nachdem die vor Vorinstanz obsiegende Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gesuchsgegnerin) die Gerichtsurkunden nicht abgeholt hatte (Urk. 8), wurde das Stadttammannamt Zürich 4 mit der gerichtlichen Zustellung des Urteils und des Gesuchsdoppels beauftragt (Urk. 9). Zwar erschien darauf die Geschäftsführerin der Gesuchsgegnerin am 15. Juli 2015 auf der Amtsstelle, sie verweigerte jedoch die Annahme der Akten bzw. des Urteils (Urk. 10a; Urk. 10b). Damit greift die Fiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO, so dass der vorinstanzliche Entscheid der Gesuchsgegnerin als zugestellt gilt.

2. Die unterliegende Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Gesuchstellerin) hat gegen den Entscheid der Vorinstanz mit Eingabe vom 9. Juli 2015 innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen erhoben (Urk. 13):

1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 23.06.2015, Geschäfts-Nr. EB150754-L / U, aufzuheben und der Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 04. August 2014, für

Fr. 2'846.85 nebst Zins zu 5 % seit 04. August 2014,

Fr. 45.15 Zins bis zum 03. August 2014,

Fr. 227.60 Betreuungskosten

die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin inkl. MwSt.

Mit Verfügung vom 30. Juli 2015 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von Fr. 450.– angesetzt (Urk. 17). Dieser wurde fristgerecht geleistet (Urk. 18). Der Gesuchsgegnerin wurde mit Verfügung vom 1. September 2015 Frist angesetzt, um eine Beschwerdeantwort einzureichen (Urk. 19). Gemäss der Sendungsverfolgung (Urk. 20) holte sie diese Ver-

fügung nicht ab, weshalb die Sendung als zugestellt gilt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Da eine Beantwortung unterblieben ist, wird das Verfahren ohne Beschwerdeantwort weitergeführt (Art. 147 ZPO).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1/1-11). Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist. Die Aktiven und Passiven der B._____ AG gingen infolge Fusion auf die A._____ AG über. Die B._____ AG wurde gelöscht (Urk. 16/2). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

4. Die Vorinstanz wies das Rechtsöffnungsbegehren mit folgender Begründung ab: Provisorische Rechtsöffnung könne das Gericht unter anderem dann erteilen, wenn der Gläubiger eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung vorlege (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Auch ein unterzeichneter Vertrag könne eine Schuldanerkennung sein, sofern der Schuldner vorleistungspflichtig oder die Leistung des Gläubigers unbestritten sei. Indes hätten nur vollständige Dokumente die Qualität eines Rechtsöffnungstitels (mit Hinweis auf Stücheli, Die Rechtsöffnung, S. 166). Das gesamte Dokument müsse dabei in Form einer Urkunde bestehen; es brauche zwar keine Originale, doch müssten Schriftstücke vorliegen, die authentisch seien und denen die Beweiskraft einer Urkunde zukomme (mit Hinweis auf Stücheli, a.a.O., S. 165). Verweise der eingereichte Vertrag auf weitere Vertragsbestimmungen, zum Beispiel auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, so gehörten diese zum Titel (m.w.H).

Die Gesuchstellerin habe zwar einen Vertrag vom 26. November 2013 (Urk. 3/1a) ins Recht gereicht, mache aber nicht geltend, bei der Unterzeichnung hätten auch die AGB in der von ihr als Urk. 3/2 eingereichten Fassung in Papierform vorgelegen. Der Vertrag spreche für das Gegenteil: Er verweise nicht auf ein Dokument in Form einer Urkunde, sondern auf die AGB der Gesuchstellerin auf deren Homepage. Die Gesuchstellerin reiche im Rechtsöffnungsverfahren entsprechend die AGB separat ins Recht. Es sei somit davon auszugehen, dass bei der Unterzeichnung nicht der gesamte Vertrag in Form einer Urkunde vorgelegen

habe, sondern nur der als Urk. 3/1a eingereichte erste Teil. Dass die AGB wesentliche Bestandteile der vertraglichen Regelung enthielten, ergebe sich daraus, dass die Gesuchstellerin ihre Begründung hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten seitens der Gesuchsgegnerin, so etwa der Fälligkeit der Forderung, sowie die durch deren Nichtbeachtung entstehenden Folgen (Einstellung der Leistungen durch die Gesuchstellerin bei Zahlungsverzug, Schadenersatzpflicht der Gesuchsgegnerin) auf diese AGB stütze (mit Hinweis auf Urk. 1 S. 2). Der von den Parteien geschlossene Vertrag liege somit nicht vollständig in Urkundenform vor. Der in Urk. 3/1 enthaltene urkundenmässige Teil allein berechtige nicht zur Rechtsöffnung. Das Gesuch sei aus diesem Grund abzuweisen.

Ergänzend wies die Vorinstanz darauf hin, dass die als Urk. 3/2 eingereichten "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Werbeeinträge auf B._____" keine Gewähr bieten würden, dass es sich um jene AGB handle, die bei Abschluss des Vertrags am Internet zur Verfügung standen und damit (möglicherweise) Vertragsbestandteil wurden. Die Identität der eingereichten mit den am 26. November 2013 akzeptierten AGB sei urkundenmässig nicht erstellt (Urk. 6 S. 2 f.).

5. Die Gesuchstellerin rügt unter anderem, dass die AGB auf der Rückseite des Vertrages abgedruckt gewesen seien. Die Gesuchsgegnerin habe daher ohne Weiteres von deren Inhalt Kenntnis nehmen können. Der von der Gesuchstellerin verwendete Text auf dem Vertrag – gut sichtbar direkt unter der Unterschrift der Gesuchsgegnerin – habe betreffend den AGB-Hinweis wie folgt gelautet:

"Die «AGB für Werbeeinträge auf B.____»», welche ich zur Kenntnis genommen habe, bilden integrierenden Bestandteil des Vertrages".

Aus dem Vertragstext gehe unter Berücksichtigung der Dienstleistung, welche die Gesuchstellerin für die Gesuchsgegnerin erbracht habe, eindeutig hervor, dass es sich dabei nicht um einen Verweis auf die AGB auf der Website der Gesuchstellerin gehandelt habe, sondern um die Bezeichnung der Dienstleistung, auf welche sich die AGB beziehen würden, namentlich Werbeeinträge auf B._____. Dies ergebe sich auch aus dem Titel der auf der Rückseite des Vertrages abgedruckten AGB "Allgemeine Geschäftsbedingungen für Werbeeinträge

auf B._____". Der von der Vorinstanz geschilderte Sachverhalt lasse sich nicht mit der eindeutigen Formulierung des Vertragstextes vereinbaren, zumal die Gesuchstellerin für die Bezeichnung der AGB zur Klarstellung sogar Klammern verwendet habe («AGB für Werbeeintragungen auf B._____»). Überdies lasse die Interpretation der Vorinstanz den Vertragsgegenstand, namentlich Werbeeintragungen auf B._____, der Website der Gesuchstellerin, vollständig ausser Acht, weshalb der Beschwerdegrund der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO gegeben sei (Urk. 13 S. 4 ff.).

6.1. Dazu ist festzuhalten, dass eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG aus mehreren Urkunden bestehen kann, wobei nur die eigentliche Anerkennungserklärung unterzeichnet sein muss. Zwischen der Anerkennungserklärung und den weiteren Aktenstücken muss ein offensichtlicher und unzweideutiger Zusammenhang bestehen (BSK SchKG-Staehelin, N 15 zu Art. 82 SchKG). Die Unterschrift des Schuldners muss nicht auf allen Dokumenten angebracht sein, die in Form einer Dokumentenmehrheit den Rechtsöffnungstitel darstellen. Sie muss aber derart platziert sein, dass sie alle den Titel bildenden Elemente deckt, somit unter dem Text, in dem die massgeblichen Elemente festgelegt sind bzw. der auf die anderen Dokumente verweist (Stücheli, a.a.O., S. 168).

6.2. Im Rechtsöffnungsbegehren führte die Gesuchstellerin Folgendes aus: "Mit Datum 26.11.2013 unterschrieb die Beklagte für den Werbeeintrag im B._____, ein Vertrag mit einer Laufzeit von drei Jahren." Zudem wies die Gesuchstellerin auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen, Punkt 8.1 und Punkt 8.3, hin (Urk. 1 S. 2). Mit dem Begehren wurde der "Vertrag Werbeeintrag (regelt die Publikation der nachstehend gebuchten Werbeeinträge)" und die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Werbeeinträge auf B._____" eingereicht (Urk. 3/1a, Urk. 3/2). Gemäss Vertrag wurde als "Aufschaltdatum" der 31.12.2013 vereinbart. Die Gesuchsgegnerin bestätigte auf dem Vertrag, die «AGB für Werbeeinträge auf B._____» zur Kenntnis genommen und ihnen (als integrierender Vertragsbestandteil) zugestimmt zu haben. Ihre Unterschrift befindet sich zwar nicht unterhalb der Verweisung, aber unmittelbar darüber. Freilich ist der Text sehr klein geschrieben; er ist aber noch lesbar. Ohne Einwendungen der Gegenseite muss da-

von ausgegangen werden, die Verweisung werde von der Unterschrift gedeckt. Davon ist auch die Vorinstanz implizite ausgegangen.

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach im Vertrag auf die AGB *auf der Homepage der Gesuchstellerin* verwiesen werde und der gesamte Vertrag nicht in Form einer Urkunde vorläge, stellt eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung dar. Durch die Setzung von Anführungs- und Schlusszeichen hat die Gesuchstellerin deutlich gemacht, dass es gerade nicht um die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Werbeeinträge" auf B._____ geht, sondern eben um die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Werbeeinträge auf B._____." Sie wurden denn auch in physischer Form eingereicht (Urk. 3/2). Die Behauptung der Gesuchstellerin, dass es um einen Werbeeintrag (und nicht um AGB) im Internet, nämlich auf B._____, gehe, ist aus dem Gesamtzusammenhang klar. Schliesslich geht auch aus dem Titel der eingereichten AGB hervor, dass sich der Zusatz "auf B._____" auf den Werbeeintrag und nicht auf die AGB bezieht.

6.3. Auch die Eventualbegründung der Vorinstanz lässt sich nicht aufrechterhalten. Zum einen geht es nach dem Gesagten nicht darum, ob die AGB im Internet zur Verfügung standen. Zum anderen sind aufgrund des bisherigen Aktenstandes keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sich bei den eingereichten AGB nicht um diejenigen handelt, die im schriftlichen Vertrag zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt wurden. Es kann daher nicht gesagt werden, der in Erw. 6.1 geforderte Zusammenhang zwischen Vertrag und AGB sei "urkundenmässig nicht erstellt".

6.4. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Prüfung der weiteren Rügen der Gesuchstellerin. Insbesondere kann offen gelassen werden, ob eine unrichtige Rechtsanwendung vorliegt. Ein reformatorischer Entscheid kann durch die Beschwerdeinstanz nicht getroffen werden, da die Vorladung für die vorinstanzliche Verhandlung der Gesuchsgegnerin nicht zugestellt werden konnte (Urk. 5). Die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO griff diesbezüglich noch nicht, da die Gesuchsgegnerin nicht mit einer Zustellung rechnen musste. In diesem Zusammenhang kann ihr auch nicht vorgeworfen werden, sie habe sich im Beschwerdeverfahren nicht vernehmen lassen. Sie hatte keinen Anlass, sich zur

Frage der ordnungsgemässen Vorladung zu äussern, nachdem sich die Begründung der Vorinstanz, es liege kein Rechtsöffnungstitel vor, nicht zu ihrem Nachteil auswirkte.

6.5. Zusammenfassend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

7. Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz in einem Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen, also vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig machen. Anders vorzugehen ist nur, wenn besondere – hier nicht ersichtliche – Gründe vorliegen, wie beispielsweise bei mut- oder böswilligem Prozessieren. Die Höhe ihrer Gerichtskosten muss die obere Instanz aber selber festlegen (Botschaft ZPO, S. 7296; ZK-ZPO, Jenny, Art. 104 N 11).

Vorliegend beträgt der Streitwert Fr. 2'846.85. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 der Gebührenverordnung SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen (ZR 110 [2011] Nr. 28). Da für die in eigener Prozesssache aufgewendete Zeit grundsätzlich keine Entschädigung beansprucht werden kann (Suter/Von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 41 zu Art. 95), ist für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. Hingegen ist die Verlegung der Gerichtskosten dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 23. Juni 2015 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.

3. Die Verlegung der Gerichtskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 450.– geleistet hat.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'846.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Oktober 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt:

kt