

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Urteil vom 3. April 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

substituiert durch Rechtsanwältin X2. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 26. Oktober 2016 (EB161345-L)**

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan: Gesuchstellerin) verlangt provisorische Rechtsöffnung für eine Forderung über Fr. 42'000.– aus einem Darlehensvertrag, welchen der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan: Gesuchsgegner) im Zusammenhang mit einem Getränkelieferungsvertrag der C._____ Switzerland AG für das Restaurant D._____ in E._____ mitunterzeichnete. Der Gesuchsgegner ist im fraglichen Darlehensvertrag zusammen mit dem "Restaurant D._____, Inh. F._____" und G._____ als "Schuldner" mit solidarischer Haftung aufgeführt. Die Vorinstanz qualifizierte die Beteiligung des Gesuchsgegners am Vertrag als Bürgschaft. Zum einen sei der Gesuchsgegner nämlich nicht geschäftserfahren, weshalb sich ihm die Bedeutung einer Solidarschuldnerschaft (bzw. kumulativen Schuldübernahme) nicht erschlossen habe. Sodann habe sich die Beteiligung des Gesuchsgegners am Darlehensvertrag dem rechtlichen und wirtschaftlichen Zweck nach in der Sicherung der Erfüllung und der Erweiterung des Haftungssubstrats erschöpft, und schliesslich mangle es dem Gesuchsgegner an einem eigenen Interesse am gesicherten Darlehensvertrag. Aus diesen Gründen sei der Gesuchsgegner als Bürge und nicht als Solidarschuldner zu qualifizieren. Die Vorinstanz verweigerte die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung schliesslich vollumfänglich, da die Bürgschaft über einen Betrag von mehr als Fr. 2'000.– mangels öffentlicher Beurkundung an einem Formmangel leide (Art. 493 OR).

2. Die Gesuchstellerin leitete das Rechtsöffnungsverfahren beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) mit Eingabe vom 19. September 2016 ein und verlangte in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6 provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 42'000.– nebst Zins zu 6,75% seit dem 9. Januar 2016 und den Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 103.30 (Urk. 1 S. 2). Hinsichtlich des Verfahrensgangs vor Vorinstanz ist auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil zu verweisen (Urk. 17 S. 2). Es ist jedoch hervor-

zuheben, dass die Gesuchstellerin an der Hauptverhandlung nicht teilnahm, sich mithin im Verfahren nur mit ihrer ersten Rechtsschrift äusserte. Das Verfahren endete mit Urteil vom 26. Oktober 2016 (Urk. 17). Dieses nahm die Gesuchstellerin am 4. Januar 2017 in Empfang (Urk. 12a).

3. Gegen das Urteil vom 26. Oktober 2016 erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 16. Januar 2017 (Poststempel vom gleichen Tag) rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren (Urk. 16; Beilage Urk. 21/4):

- "1. Die Beschwerde sei gutzuheissen.
2. Der Entscheid des Einzelgerichts Zürich vom 26. Oktober 2016 sei aufzuheben und wie folgt zu ändern
 1. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6, gerichtet gegen den Gesuchsgegner, der Gesuchstellerin für den Betrag von Fr. 42'000.--, nebst Zins zu 6.75% seit dem 9. Januar 2016, zuzüglich Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 103.30, die provisorische Rechtsöffnung zu gewähren.
 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners."
4. Weil die Beschwerde, wie unten zu zeigen ist, sich sogleich als unbegründet erweist, konnte auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).
5. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), 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. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Be-

weismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. Besondere Bestimmungen des Gesetzes bleiben vorbehalten (Art. 326 Abs.1 und 2 ZPO).

II. Materielles

1.1. Die Gesuchstellerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, indem sie den Gesuchsgegner als geschäftsunerfahren eingestuft habe. Der Beschwerdegegner habe sich als Betriebsleiter beim Restaurant D._____ anstellen lassen. Aus dem vom Gesuchsgegner eingereichten Arbeitszeugnis gehe hervor, dass er Assistent des Geschäftsführers gewesen sei. Als solcher müsse er sich Geschäftserfahrung entgegenhalten lassen. Sodann sei er vom Geschäftsführer F._____ eigenen Angaben zufolge gerade kontaktiert worden, weil F._____ selbst keine Büroerfahrung habe (Urk. 16 S. 5). Auch aus dem Umstand, dass der Gesuchsgegner vorgebracht habe, er sei davon ausgegangen, seine Unterschrift sei nur gefragt gewesen, weil er jeweils die Getränkebestellungen vorzunehmen habe, schliesse die Vorinstanz zu Unrecht auf Geschäftsunerfahrung. Es handle sich bei dieser gesuchsgegnerischen Behauptung um eine reine Schutzbehauptung; der Zusammenhang zwischen dem Getränkeliefervertrag und dem Darlehensvertrag sei dem Gesuchsgegner bewusst gewesen (Urk. 16 S. 6).

1.2. Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid auf BGE 129 III 702, welcher als Leitentscheid für die vorzunehmende Abgrenzung von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme gelten kann. Darnach darf bei der Auslegung eines solchen Sicherungsgeschäfts bei nicht geschäftsgewandten Vertragsbeteiligten (dazu: BGE 129 III 702, E. 2.4.2) selbst bei klarem Wortlaut nicht ohne Weiteres auf den Willen zur kumulativen Schuldübernahme geschlossen werden, was umso mehr gilt, wenn der Vertragstext von der Gegenpartei verfasst worden ist (E. 2.4.1 und E. 2.4.3). Damit auf kumulative Schuldübernahme geschlossen werden kann, ist erforderlich, dass der Übernehmer ein unmittelbares und materielles Interesse hat, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen, indem er – für die Gegenpartei erkennbar – direkt von der Gegenleistung des Gläubigers

profitiert (E. 2.6). Die Vorinstanz erachtete den Gesuchsgegner im Sinne dieses Entscheids als nicht geschäftsgewandt.

1.3. Wenn die Gesuchstellerin vorbringt, der Beschwerdegegner müsse sich als Betriebsleiter eines Restaurants Geschäftsgewandtheit im Sinne der zitierten Rechtsprechung entgegenhalten lassen, versteht sie den genannten Entscheid falsch. Das Bundesgericht hielt in BGE 129 III 702, E. 2.4.2, fest, geschäftsgewandt im hier interessierenden Sinne seien Gesellschaften, die sich in der täglichen Praxis mit Sicherungsgeschäften befassen, Privatpersonen, die als Verwaltungsräte oder Direktoren oft mit Sicherungsverträgen gekoppelte Geschäfte behandeln, in der Schweiz ausgebildete Juristen und von solchen beratene Personen, nicht jedoch Privatpersonen, die für ein kleines Unternehmen, das im täglichen Geschäft nichts mit Sicherungsgeschäften zu tun habe, als einzelzeichnungsberechtigt im Handelsregister eingetragen seien.

1.4. Der Gesuchsgegner, der unbestrittenermassen Betriebsleiter des Restaurants war, kann folglich nicht als geschäftsgewandt gelten, selbst wenn er, wie die Gesuchstellerin behauptet, als Assistent des nicht büroerfahrenen Geschäftsführers (F._____) angestellt wurde. Folglich spielt es auch keine Rolle, ob die Vorinstanz aus dem Vorbringen des Gesuchsgegners, er sei davon ausgegangen, seine Unterschrift sei nur gefragt gewesen, weil er jeweils die Getränkebestellungen vorzunehmen habe, zu Recht folgerte, er sei geschäftsunerfahren. Denn selbst wenn dies eine Schutzbehauptung oder die vorinstanzliche Schlussfolgerung unzulässig wäre, hätte der Gesuchsgegner, wie soeben gezeigt, auch aufgrund der von der Gesuchstellerin selbst vorgetragenen Sachlage klarerweise als nicht geschäftsgewandt im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 129 III 702, Erw. 2.4.2) zu gelten. Inwiefern relevant sein soll, ob sich der Gesuchsgegner des Zusammenhangs von Getränkelieferungs- und Darlehensvertrag bewusst gewesen sein soll, erhellt im Übrigen nicht.

2.1. Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe unzutreffend festgestellt, dem Gesuchsgegner mangle es an einem Eigeninteresse am gesicherten Darlehensvertrag. Der Gesuchsgegner habe nämlich nicht geltend gemacht, kein persönliches Interesse am Vertrag gehabt zu haben. Aus der Stellung

des Gesuchsgegners im Restaurationsbetrieb (Angestellter ohne Entscheidkompetenz) liessen sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine Rückschlüsse ziehen, da der Arbeitsvertrag am 11. Februar 2014 und damit nach Abschluss des Darlehensvertrages am 29. Januar 2014 abgeschlossen worden sei (Urk. 16 S. 6 f.). Es sei durchaus möglich, dass zunächst eine andere Form der Zusammenarbeit vereinbart worden sei (Urk. 16 S. 7 Rz. 11). Ebenfalls unrichtig sei, dass der Gesuchsgegner nicht am Geschäftserfolg beteiligt worden sei; vielmehr sei ihm eine vom Geschäftserfolg abhängige Lohnerhöhung in Aussicht gestellt worden. Weder dass der Arbeitsvertrag keine solche Bestimmung enthalte noch dass die Lohnerhöhung mit der Kündigung hinfällig geworden sei, spiele eine Rolle. Irrelevant sei schliesslich die vorinstanzliche Feststellung, dass der Gesuchsgegner nie als Gesellschafter der H._____ GmbH eingetragen gewesen sei, denn diese habe nichts mit dem streitgegenständlichen Vertrag zu tun (Urk. 16 S. 7).

2.2. Korrekt ist, dass nebst dem Gesuchsgegner das "Restaurant D._____, Inh. F._____" und G._____, nicht jedoch die H._____ GmbH Darlehensnehmer waren (Urk. 5/3). Die H._____ GmbH taucht denn auch einzig im Arbeitsvertrag des Gesuchsgegners auf (Urk. 10/1). Der Gesuchsgegner reichte diesen ohne weitere Bemerkungen ein, der Vorderrichter fragte nicht weiter nach. Aufgrund der im Rechtsöffnungsverfahren geltenden Verhandlungsmaxime (Art. 255 ZPO e contrario) haben somit die Beteiligungsverhältnisse an der H._____ GmbH unberücksichtigt zu bleiben. Der Einwand der Gesuchstellerin ist insofern berechtigt. Da die vorinstanzlichen Feststellungen hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse an der H._____ GmbH indessen nicht tragend für die Feststellung waren, dass der Gesuchsgegner kein Eigeninteresse am Darlehensvertrag gehabt habe, vermag die Gesuchstellerin aus ihrem berechtigten Einwand nichts für sich abzuleiten.

2.3. Das Argument, aus der Stellung des Gesuchsgegners im Restaurationsbetrieb liessen sich keine Schlüsse ziehen, da der Arbeitsvertrag nach dem Darlehensvertrag geschlossen worden sei, ist nur schlüssig, wenn es mit der – spekulativen – Behauptung verbunden wird, es sei durchaus möglich, dass vorher eine andere Form der Zusammenarbeit vereinbart worden sei. Welche andere Form

der Zusammenarbeit vereinbart worden sei, trägt die Gesuchstellerin in der Folge aber nicht vor. Es würde sich dabei im Übrigen ohnehin um ein unzulässiges Novum handeln (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber schilderte der Gesuchsgegner das Zustandekommen und die Art der Zusammenarbeit vor Vorinstanz wie folgt (Prot. I S. 4): Er habe F. _____ als Arbeitskollege vom Restaurant I. _____ in J. _____ gekannt. F. _____ habe ihn über seine Pläne hinsichtlich des Restaurants D. _____ informiert. F. _____ habe dieses im November oder Dezember 2013 übernommen und ihn (den Gesuchsgegner) gefragt, ob er ihm helfen könne, da er in Küche und Büro keine Erfahrung habe. Über Finanzielles sei nie gesprochen worden. Er (der Gesuchsgegner) habe nichts vom Darlehen erhalten und er sei nicht am Gewinn des Restaurants beteiligt gewesen. Es sei einzig besprochen worden, das er bei gutem Geschäftsgang eine Lohnerhöhung erhalte. Da F. _____ aber schliesslich ein anderes Konzept haben machen wollen, hätten sie sich getrennt. Diese Darstellung blieb unbestritten. Das Datum, der Inhalt und die Kündigung des Arbeitsvertrags spielen bei dieser Ausgangslage, wie die Gesuchstellerin – im Ergebnis – zu Recht behauptet, tatsächlich keine Rolle, denn es ist auf die Sachverhaltsdarstellung des Gesuchsgegners abzustellen.

2.4. Es ist folglich davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner zwar eine tragende Stellung im Betrieb haben sollte (sonst hätten sich er und F. _____ nicht aufgrund einer Konzeptänderung getrennt), hingegen nur im Rahmen einer Lohnerhöhung am Geschäftsergebnis hätte partizipieren können. Seine Stellung ist folglich mit der für ein Mitglied der Geschäftsleitung typischen Stellung zu vergleichen, nicht jedoch mit der eines Gesellschafters, stillen Gesellschafters oder Investors (im Sinne eines partiarischen Darleihers). Es ist nicht ersichtlich und wurde insbesondere nicht geltend gemacht, inwiefern das Darlehen zu einer Gewinnsteigerung und damit zu einer Lohnerhöhung des Gesuchsgegners hätte führen können. Ebenso wenig wurde vorgebracht, das Geschäft und damit der Arbeitsvertrag des Gesuchsgegners wären ohne das Darlehen gar nie zu Stande gekommen und insofern habe der Gesuchsgegner ein Eigeninteresse an der Darlehensvergabe gehabt. Abgesehen davon erschiene im Bestreitungsfall nicht glaubhaft, dass der Gesuchsgegner für die Aussicht auf einen Bruttolohn von Fr. 4'425.– (Urk. 10/1; bzw. mit Lohnerhöhung von Fr. 5'300.–: Prot. I S. 4) bereit

gewesen wäre, eine Schuld, die mehr als das Zehnfache davon beträgt, als Solidarschuldner zu übernehmen.

2.5. Mit Bezug auf die Abgrenzung von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme ist nicht entscheidend, ob der Sicherungsschuldner ein irgendwie geartetes Interesse am Hauptgeschäft hat (ein solches wird regelmässig auch der Bürge haben), sondern vielmehr, ob der Sicherungsschuldner ein unmittelbares und materielles Interesse am Hauptgeschäft hat, indem er für die Gegenpartei erkennbar direkt von der Gegenleistung des Gläubigers profitiert, wie bei Miete einer gemeinsam genutzten Wohnung, dem Leasing eines vom Mitübernehmer mitbenutzten Fahrzeugs zu privaten Zwecken oder bei der gemeinsamen Geldaufnahme durch Ehegatten für gemeinsame Bedürfnisse; ebenso wenn der Promittent mit dem Schuldner eine einfache Gesellschaft bildet und ein Geschäft im Gesellschaftszweck gesichert wird oder wenn der Promittent stiller Gesellschafter ist (BGE 129 III 702, E. 2.6). Bei einem Einzelunternehmen partizipieren nämlich nur der Inhaber und ein allfälliger stiller Gesellschafter oder Investor durch die blosser Einbringung von Kapital am Geschäftsgewinn, tragen andererseits im Rahmen des eingebrachten Kapitals aber auch das Geschäftsrisiko. Für diese Personen ist das durch die Darlehensaufnahme erhaltene Geld somit die Grundlage zur Erwirtschaftung eines Gewinns. Darlehensaufnahme und potentieller Gewinn stehen für diese Personen folglich in einem direkten Verhältnis. Für einen Arbeitnehmer mit gewinnabhängigem Bonus oder geschäftsgangabhängiger Lohnerhöhung bildet demgegenüber die Erbringung der (guten) Arbeitsleistung die Grundlage für die – wohlgemerkt beschränkte und nicht kapitalabhängige – Gewinnbeteiligung. Arbeitnehmer tragen sodann auch kein Geschäftsrisiko. Ein Arbeitnehmer, der nicht zugleich stiller Gesellschafter ist und sich zur kumulativen Schuldübernahme für ein Geschäftsdarlehen verpflichtet, würde sich folglich im Rahmen der Schuldübernahme am Geschäftsrisiko beteiligen, ohne im selben Rahmen auch am Geschäftsgewinn zu partizipieren. Daran hat der Arbeitnehmer kein Interesse. Ein direktes Interesse an der Darlehensvergabe ist vorliegend also nur bei einem Geschäftsinhaber und einem allfälligen stillen Gesellschafter oder Investor anzunehmen.

Dass aber der Gesuchsgegner nicht (nur) Arbeitnehmer, sondern stiller Gesellschafter oder Investor sei, wurde von keiner Partei vorgebracht und findet auch keinerlei Stütze im Rechtsöffnungstitel oder den weiteren Akten. Wenn die Vorinstanz ein Eigeninteresse des Gesuchsgegners an der Darlehensaufnahme verneinte, stellte sie den Sachverhalt nach dem Gesagten nicht offensichtlich falsch fest (Art. 320 lit. b ZPO).

3.1. Weiter rügt die Gesuchstellerin sinngemäss, die Vorinstanz habe in Verletzung der Verhandlungsmaxime den Sachverhalt von Amtes wegen zugunsten des Gesuchsgegners festgestellt (Urk. 16 Rz 16).

3.2. Diese Rüge ist unbegründet. Selbst unter Geltung der Verhandlungsmaxime ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) bei der Erstattung der Gesuchsantwort unter die Arme griff, war dieser doch nicht anwaltlich vertreten. Von einer amtswegigen Sachverhaltsfeststellung kann indessen keine Rede sein. Die Vorinstanz liess den Gesuchsgegner zunächst frei zum Gesuch Stellung nehmen (Prot. I S. 3) und klärte in der Folge durch konkrete Fragen einige Tatfragen, deren rechtlicher Relevanz sich ein Laie kaum bewusst sein dürfte (z.B. die Frage der Gewinnbeteiligung). Auf die Richtigkeit der Sachverhaltsfeststellung wurde sodann schon oben (Ziff. 1 und 2) eingegangen.

4.1. Schliesslich beanstandet die Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe durch die amtswegige Prüfung der Nichtigkeit des Rechtsöffnungstitels das Recht falsch angewendet. Unter Verweis auf einen Entscheid der Kammer (*OGer ZH RT140126 vom 16. Januar 2015, E. 5.4*) macht die Gesuchstellerin geltend, die Frage der Nichtigkeit des Rechtsöffnungstitels dürfe im Rechtsöffnungsverfahren nur summarisch geprüft werden. Namentlich dürfe der Rechtsöffnungsrichter die Nichtigkeit einer Schuldanerkennung nur prüfen, wenn diese sofort und klar aus der Schuldanerkennung hervorgehe (oder die Nichtigkeitsgründe notorisch oder zumindest gerichtsnotorisch seien), d.h. wenn die Schuldanerkennung offensichtlich Ansprüche aus einem nichtigen Vertrag betreffe. Auch bei der Abgrenzung von kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft dürften im Rechtsöffnungsver-

fahren nur Kriterien berücksichtigt werden, die aus der Schuldanerkennung selbst hervorgehen (Urk. 16 S. 8 f.).

3.2. Die Gesuchstellerin gibt die Erwägungen der Kammer im zitierten Entscheid, die auf der einschlägigen und dort zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung basieren, grundsätzlich korrekt wieder. Die wiedergegebenen Erwägungen können ausserdem nach wie vor Gültigkeit beanspruchen. Richtig ist zudem, dass der Gesuchsgegner vorliegend die Formungültigkeit bzw. die Nichtigkeit nicht geltend machte, mithin deren Prüfung von Amtes wegen erfolgte. Die Ausgangslage in jenem Fall (Proz.-Nr. RT140126-O) war jedoch eine andere als hier.

3.2.1. Zum einen hatte sich die Schuldnerin dort trotz gerichtlicher Fristansetzung nicht zum Rechtsöffnungsgesuch vernehmen lassen (E. 5.3), während hier der Gesuchsgegner zur Verhandlung erschien und die von der Vorinstanz der Prüfung der Nichtigkeit zugrunde gelegten Tatsachen (auf Befragen hin) vortrug. Zum andern ging in Proz.-Nr. RT140126-O weder aus der Vertragsurkunde noch aus den übrigen Akten in tatsächlicher Hinsicht hervor, dass es sich bei der Schuldnerin um eine geschäftsungewandte Person handelte und dass ihr ein eigenes unmittelbares und materielles Interesse am zwischen dem Gläubiger und ihrem Enkel geschlossenen Darlehensvertrag fehlte und sie ihre Haftungserklärung einzig zur Unterstützung des Enkels abgegeben hatte.

3.2.2. Demgegenüber finden sich vorliegend bereits in der Schuldanerkennung (dem Darlehensvertrag, Urk. 5/3) selbst Anhaltspunkte dafür, dass der Gesuchsgegner den Darlehensvertrag einzig zu Sicherungszwecken unterzeichnete. Namentlich ist aus dem Darlehensvertrag selbst ersichtlich, dass dieser mit einem Getränkeliefervertrag mit C._____ Switzerland AG zusammenhängt (S. 1, Präambel). Wird im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Getränkeliefervertrags ein Darlehen über Fr. 60'000.– gewährt, kann ferner als notorisch gelten, dass es sich dabei bei wirtschaftlicher Betrachtung um einen sogenannten "Bierlieferungsvertrag" handelt, mithin die Finanzierung eines Gastronomiebetriebs gegen die Bindung an einen Getränkelieferanten angestrebt wird. Während bei einer privaten Darlehensaufnahme wie in Proz.-Nr. RT140126 die Interessenlage nicht ohne Weiteres klar ist, hat in einem Bierlieferungsvertrag nur der Inhaber des Restau-

rants selbst (und allenfalls ein stiller Gesellschafter oder Investor) ein unmittelbares Interesse an der Darlehensaufnahme, die der Finanzierung seines Betriebs dient (vgl. dazu die Ausführungen oben in Ziff. 2.5).

3.2.3. Als Vertragspartner (Darlehensnehmer) werden in der Schuldurkunde das "Restaurant D._____, Inh. F._____, ... [Adresse]", "Herr G._____, [Adresse]" und "Herr B._____, [Adresse]" aufgeführt. Es erschliesst sich also bereits aus der Schuldanerkennung selbst, dass F._____ das Darlehen als Geschäftsinhaber des Restaurants D._____ aufnimmt, während die anderen Vertragspartner eben gerade nicht als Geschäftsinhaber am Vertrag teilnehmen. Soweit sie nicht stille Gesellschafter oder anderweitige Investoren sind, geht ihnen also ein eigenes unmittelbares Interesse an der Darlehensaufnahme ab. Im Darlehensvertrag selbst fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass G._____ und der Gesuchsgegner stille Gesellschafter oder Investoren sind. Es besteht auch keine allgemeine Vermutung, dass die im Sinne einer kumulativen Schuldübernahme einen Bierlieferungsvertrag unterzeichnenden Personen immer stille Gesellschafter oder Investoren sind. Mithin ergibt sich bereits aus dem Vertragsdokument selbst, dass der Gesuchsgegner den Darlehensvertrag ohne eigenes unmittelbares Interesse unterzeichnete.

3.2.4. Ein Blick in die Akten und die Ausführungen des Gesuchsgegners bestätigen bzw. belegen sodann, wie oben aufgezeigt (Ziff. 1 und 2), die Geschäftsunerfahrenheit und das fehlende Eigeninteresse des Gesuchsgegners an der Darlehensaufnahme als Kriterien für die Abgrenzung von kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft.

3.3. Zusammenfassend deutet bereits die Schuldanerkennung selbst mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf hin, dass der Gesuchsgegner kein eigenes unmittelbares Interesse an der Darlehensaufnahme hatte. Anhaltspunkte für oder gegen Geschäftsgewandtheit lassen sich der Schuldanerkennung hingegen keine entnehmen. Mit Blick auf den sehr beschränkten Personenkreis, der nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Bezug auf die vorzunehmende Abgrenzung als geschäftsgewandt gilt (BGE 129 III 702, Erw. 2.4.2; vgl. oben Ziff. 1.2), ist bei Privatpersonen mangels eines gegenteiligen Hinweises in der Schuldanerken-

nung selbst (z.B. Bezeichnung als "lic. iur.", "MLaw", "Rechtsanwalt", "Bankdirektor", etc.) aber vermutungsweise davon auszugehen, sie seien nicht geschäftsgewandt.

3.4. Im Ergebnis geht schon aus der Schuldanerkennung selbst mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hervor, dass der Gesuchsgegner nicht geschäftsgewandt ist und kein eigenes unmittelbares und materielles Interesse an der Darlehensaufnahme hatte. Fehlt es dem nicht geschäftsgewandten Schuldner aber an einem Eigeninteresse am gesicherten Hauptgeschäft, ist das Sicherungsgeschäft nach den in BGE 129 III 702 aufgestellten Kriterien (vgl. oben Ziff. 1.2 f.) trotz eines anderslautenden, an sich klaren Wortlauts als Bürgschaft und nicht als kumulative Schuldübernahme zu qualifizieren. Mit anderen Worten lässt die Schuldanerkennung selbst mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erkennen, dass es sich beim zugrundeliegenden Geschäft um eine Bürgschaft handelt, welche bei einem Betrag von Fr. 60'000.– mangels öffentlicher Beurkundung offensichtlich formungültig stipuliert wurde (Art. 493 Abs. 2 OR). Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz aber entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin und anders als bei der Konstellation in Proz.-Nr. RT140126-O die Nichtigkeit von Amtes wegen prüfen.

4. Nach dem Gesagten erweisen sich alle Rügen der Gesuchstellerin sogleich als unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels wesentlichen Aufwands ist dem Gesuchsgegner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 16, 18 und 21/4, sowie an die Vorinstanz, 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. 42'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am: jo