

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170131-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
die Oberrichter Dr. H.A. Müller und lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Urteil vom 16. März 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 21. Juni 2017 (EB170211-L)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Zahlungsbefehl vom 19. Oktober 2016 betrieb der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsteller) den Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (nachfolgend Gesuchsgegner) für Fr. 378'531.15 zuzüglich 5 % Zins seit dem 18. Februar 2016, wogegen der Gesuchsgegner Rechtsvorschlag erhob (Urk. 3; Urk. 5/1). Daraufhin stellte der Gesuchsteller am 2. Februar 2017 das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung bei der Vorinstanz (Urk. 1 S. 2).

2. Die Vorinstanz wies mit Urteil vom 21. Juni 2017 das Rechtsöffnungsgesuch ab. Dabei wurden die Kosten zu drei Vierteln dem Gesuchsteller und zu einem Viertel dem Gesuchsgegner auferlegt, und der Gesuchsteller wurde zur Zahlung einer Parteientschädigung von Fr. 2'700.– an den Gesuchsgegner verpflichtet (Urk. 27 = Urk. 32).

3. Hiergegen hat der Gesuchsteller am 7. Juli 2017 fristgerecht Beschwerde mit folgenden Anträgen erhoben (Urk. 31 S. 2):

"Das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Juni 2017 (EB170211) sei aufzuheben;

dem Gesuchsteller / Beschwerdeführer sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl zugestellt am 27. Oktober 2016) im Betrag von CHF 378'531.65, zzgl. 5% Zins seit dem 15. April 2016 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen und es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, dem Gesuchsteller die Zahlungsbefehlskosten des Betreibungsamtes Zürich 7 von insgesamt CHF 203.30 zu ersetzen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchsgegners / Beschwerdegegners."

4. Mit Verfügung vom 27. Juli 2017 wurde dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– auferlegt, der fristwahrend geleistet wurde (Urk. 35; Urk. 36). Die Beschwerdeantwort datiert vom 21. September 2017 und schliesst auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 38). Sie wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 27. September 2017 zugestellt, wo-

rauf dieser mit Eingabe vom 16. Oktober 2017 sich wieder vernehmen liess (Urk. 41; Urk. 42). Diese Eingabe wurde dem Gesuchsgegner zur Kenntnis gebracht (Prot. II S. 6). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

5. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid hat auch der Gesuchsgegner am 7. Juli 2017 rechtzeitig eine Kostenbeschwerde erhoben, für welche ein separates Beschwerdeverfahren angelegt wurde (RT170132-O).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und mittels Verweisungen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (dazu BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2; 5D_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, je m.w.Hinw., insbes. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Abgesehen von dieser Relativierung gilt auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen sowie neue Beweismittel und somit auch die vom Gesuchsgegner neu eingereichten Urk. 40/1-2 sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4).

III.

1. Sachverhalt

1.1. Folgender Sachverhalt bildet den Hintergrund dieser Rechtsstreitigkeit: Der Gesuchsteller und C._____ beauftragten im Rahmen einer baurechtlichen Auseinandersetzung gegen eine Drittperson am 1. September 1998 die Kanzlei "Prof. B._____ & Dr. D._____ Rechtsanwälte" mit ihrer Interessenwahrung (Urk. 5/6). Dabei übernahm Rechtsanwalt D._____ die Mandatsführung.

1.2. Nach einem langjährigen Prozess hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage mit Urteil vom 13. November 2014 teilweise gut und verpflichtete die damalige Gegenpartei unter Kostenfolge, dem Gesuchsteller Fr. 739'698.20 und C._____ Fr. 654'698.20, je nebst Zins zu 5 % seit 3. September 1998 zu bezahlen. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die von der damaligen Gegenpartei dagegen erhobene Berufung am 11. November 2015 im Wesentlichen ab (Urk. 1 Rz. 3; Urk. 15 S. 3 Rz. 2.a). In der Folge überwies die damalige Gegenpartei der Kanzlei "Prof. B._____ & Dr. D._____ Rechtsanwälte" für die beiden Gläubiger – also den Gesuchsteller und C._____ – insgesamt Fr. 1'810'480.35 (einschliesslich Prozessentschädigungen). Am 11. Februar 2016 leitete Rechtsanwalt D._____ vom empfangenen Betrag insgesamt lediglich Fr. 1'056'790.95 an den Gesuchsteller und C._____ weiter (Urk. 1 Rz. 4; Urk. 5/8).

1.3. Im Zusammenhang mit dem ausstehenden Restbetrag unterschrieb Rechtsanwalt D._____ am 4. April 2016 zugunsten des Gesuchstellers und C._____ eine Schuldanerkennung in der Höhe von insgesamt Fr. 736'012.– (Urk. 5/8).

2. Vorinstanzliche Parteistandpunkte

2.1. Der Gesuchsteller stützte sein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung für den ausstehenden Restbetrag auf diese Schuldanererkennung vom 4. April 2016 (Urk. 5/8). Darin habe sich Rechtsanwalt D._____ nicht nur persönlich verpflichtet, dem Gesuchsteller und C._____ die geforderte Summe zu bezahlen. Vielmehr habe er sich auch als Liquidator der Kanzlei "Prof. B._____ & Dr. D._____ Rechtsanwälte in Liquidation" ausgegeben. Es habe sich bei der Kanzlei um eine Kollektivgesellschaft zwischen dem Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D._____ gehandelt. Deshalb habe Rechtsanwalt D._____ auch den Gesuchsgegner mitverpflichtet, für die Schuld solidarisch zu haften. Die Belangbarkeitsvoraussetzung im Sinne von Art. 568 Abs. 3 OR sei erfüllt, da die Kollektivgesellschaft auf den 31. Januar 2016 aufgelöst worden und ins Liquidationsstadium eingetreten sei (Urk. 1 S. 2 ff.).

2.2. Der Gesuchsgegner vertrat demgegenüber im Wesentlichen die Ansicht, dass die von Rechtsanwalt D._____ am 4. April 2016 unterzeichnete Vereinbarung für ihn rechtsunverbindlich sei und damit kein Rechtsöffnungstitel gegen ihn vorliege. Er führte zur Begründung an, dass es keine Kollektivgesellschaft zwischen ihm und Rechtsanwalt D._____ gegeben habe. Die Zusammenarbeit zwischen ihm und Rechtsanwalt D._____ sei lediglich als "Bürogemeinschaft" zu qualifizieren. Zudem sei jeglicher guter Glaube des Gesuchstellers in die Vertretungsmacht von Rechtsanwalt D._____ für die Kanzlei "Prof. B._____ & Dr. D._____ Rechtsanwälte" bereits vor der Unterzeichnung der Schuldanererkennung zerstört gewesen. Die Vereinbarung sei als solche sittenwidrig und von Rechtsanwalt D._____ für unverbindlich erklärt worden, da er bei deren Abfassung unter Druck gesetzt worden sei. Schliesslich seien – selbst wenn die Schuldanererkennung Geltung hätte – die Forderungen bereits infolge Verrechnung getilgt worden (Urk. 12 S. 2 ff.).

3. Erwägungen der Vorinstanz

3.1. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen was folgt: Die von Rechtsanwalt D._____ am 4. April 2016 unterzeichnete Vereinbarung werde als provisorischer Rechtsöffnungstitel angerufen. Es sei daher zu prüfen, ob Rechtsanwalt D._____ damit auch den Gesuchsgegner habe verpflichten können. Dazu müsse der Gesuchsteller die Vertretungsmacht von Rechtsanwalt D._____ mit Urkunden beweisen (mit Hinweis auf Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Ingress zu § 5; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 59). Bestünden diesbezüglich Zweifel, sei das Gesuch abzuweisen (mit Hinweis auf Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 180). Die Frage der Vertretungsmacht hänge von der rechtlichen Qualifikation der Kanzleistruktur ab.

Hierzu sei vorweg festzuhalten, dass der Gesuchsgegner eine monatliche Entschädigung von Fr. 30'000.– resp. Fr. 18'000.– erhalten resp. Anspruch darauf gehabt habe (mit Hinweis auf Urk. 12 Rz. 16). Auch wenn diese Entschädigung – die an dieser Stelle nicht weiter rechtlich zu qualifizieren sei – unabhängig von Umsatz oder Gewinn ausgeschüttet worden sei, müsse diese Summe zunächst verdient werden, um sie anschliessend wieder auszahlen zu können. Unbestrittenmassen habe es in der gemeinsamen Kanzlei mindestens einen angestellten Anwalt gegeben, in Bezug auf welchen ebenfalls von einem monatlichen Salär von rund Fr. 10'000.– auszugehen sei. Würden nur schon diese Beträge auf das Jahr hochgerechnet, so werde die in der Literatur und Rechtsprechung häufig genannte Schwelle von Roheinnahmen im Umfang von Fr. 100'000.– bei Weitem überschritten, so dass wohl die persönliche Führung der Mandate zwar wichtig gewesen sei, die Wirtschaftlichkeit jedoch eine nicht unbedeutende Rolle gespielt habe. Folglich sei von einem kaufmännischen Unternehmen auszugehen. Damit sei der Handelsregistereintrag nicht konstitutiv und es könnte vorliegend eine (kaufmännische) Kollektivgesellschaft vorgelegen haben. Ob und in welcher Rechtsform eine Gesellschaft bestehe, sei zunächst eine Frage der individuellen Rechtsgestaltung. Sie hänge mithin vom Willen der Beteiligten ab. Sei sie empirisch nicht klar zu beantworten, würden die normativen Regeln zur Auslegung von Willenserklärungen Platz greifen. Dabei wirke auch im Gesellschaftsrecht das

Prinzip des Vertrauensschutzes, namentlich des Rechtsscheins, wonach rechtsgeschäftliche Bindung nicht einen bestimmt gearteten inneren Willen voraussetze, sondern auch aus einem Verhalten folgen könne, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen dürfe (mit Hinweis auf BGE 124 III 363 E. II.2.a).

3.2. In einem ersten Schritt sei daher zu prüfen, ob der Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D. _____ den tatsächlichen Willen gehabt hätten, eine Kollektivgesellschaft zu bilden. Dabei sei auf den Zusammenarbeitsvertrag zwischen dem Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D. _____ einzugehen. Diesem lasse sich entnehmen, dass sich der Gesuchsgegner und D. _____ als gleichberechtigte Partner verstanden hätten (mit Hinweis auf Urk. 5/3 Ziff. II.). Dabei seien Vertretungsbezeichnungen der Gemeinschaft gegenüber eingeräumt und Kompetenzregelungen getroffen worden. Demnach sei Rechtsanwalt D. _____ zum Beispiel für die Führung einer Betriebsbuchhaltung verantwortlich gewesen. Weiter sei in dieser Vereinbarung festgehalten worden, dass die Klienten gemeinsam ausgewählt würden, so dass die beiden Partner über ein gegenseitiges Vetorecht verfügten, um den guten Ruf zu erhalten. Schliesslich sei festgehalten worden, dass während der Partnerschaft aus dem Bürokapital erworbene Einrichtungs- und Wertgegenstände den beiden Partnern je zur Hälfte gehörten (mit Hinweis auf Urk. 5/3 Ziff. IV und Ziff. VI). Diese wenigen Passagen des Zusammenarbeitsvertrages sprächen dafür, dass zwischen dem Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D. _____ nicht nur ein animus societatis hinsichtlich der verwendeten Infrastruktur vorgelegen habe, sondern dieser auch die Zusammenarbeit als solche beschlagen habe. Daran vermöge auch die Änderung und Ergänzung des Zusammenarbeitsvertrages vom 23. Oktober 2015 nichts zu ändern. Der Wortlaut der Vereinbarung sei zwar ein wichtiges Auslegungsmittel. Jedoch könne daraus nicht unbezweifelhaft auf den Willen der Parteien geschlossen werden. Auch sei zu beachten, dass der Gesuchsgegner Anspruch auf eine vom Ertrag (grundsätzlich) unabhängige Jahrespauschale gehabt habe (mit Hinweis auf Urk. 5/3 Ziff. V.1). Dies spräche eher für eine Abgeltung für die Überlassung der Bürogemeinschaft als für eine Partizipation. Jedenfalls bestünden diesbezüglich gewisse Zweifel, weshalb

die Vertretungsmacht von Rechtsanwalt D._____ nicht über eine tatsächlich vereinbarte Kollektivgesellschaft begründet werden könne.

3.3. Zu prüfen bleibe jedoch, ob der Gesuchsgegner den Rechtsschein geschaffen bzw. zu vertreten habe, dass zwischen ihm und Rechtsanwalt D._____ eine Kollektivgesellschaft bestanden habe. Diese Frage sei klar zu bejahen: Es sei ein kaufmännisches Unternehmen geführt worden. Zudem seien der Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D._____ unter der gemeinsamen Firma "Prof. B._____ & Dr. D._____ Rechtsanwälte" aufgetreten und hätten diese auch über ein gemeinsames Konto verfügt. Für die Frage des Rechtsscheins sei es sodann irrelevant, ob der Gesuchsgegner tatsächlichen Zugriff auf das Konto und Einblicke in die Klientenstruktur gehabt habe (mit Hinweis auf Urk. 12 Rz. 17). Auch sei unerheblich, dass auf den verwendeten Vollmachten der Formularzusatz "je einzeln" verwendet worden sei (mit Hinweis auf Urk. 12 Rz. 24), bestünde doch andernfalls die Gefahr, dass die mandatierten Anwälte nur gemeinsam vertreten könnten.

Hierzu bringe der Gesuchsgegner vor, jede denkbare Anscheinshaftung bereits im September 2015 selbst öffentlich zerstört zu haben. Im September 2015 sei allen Klienten der Kanzlei eine Mitteilung zugesandt worden, dass Rechtsanwalt D._____ die Kanzlei als allein haftender Partner weiterführen werde. Konsequenterweise sei der Gesuchsgegner ab jenem Zeitpunkt sowohl auf der Homepage wie auch auf dem Briefpapier nur noch als "Konsiliarius" aufgeführt worden (mit Hinweis auf Urk. 12 Rz. 31; Urk. 14/14; Urk. 14/15). Demgegenüber bestreite der Gesuchsteller den Erhalt einer entsprechende Mitteilung. Die vom Gesuchsgegner eingereichten Schreiben seien ihm nicht bekannt gewesen (mit Hinweis auf Urk. 14/14; Urk. 14/15; Urk. 16 Rz. 48). Dem gesuchsgegnerischen Vorbringen sei indes vorweg entgegenzuhalten, dass der Einwand, die Mandanten hätten von der Haftungsbeschränkung gewusst, da der Gesuchsgegner ab September 2015 nur noch als "Konsiliarius" aufgetreten sei, unbehelflich sei. Der Wechsel aus der Rolle des Rechtsanwaltes in diejenige eines Konsulenten beinhalte wohl eine Aufgabenänderung, inwiefern dies aber auch eine Haftungsbeschränkung oder gar Entlassung aus der Mithaftung mit sich bringen soll, sei nicht

ersichtlich und sei auch nicht weiter ausgeführt worden. Jedenfalls könne daraus nicht abgeleitet werden, dass eine etwaige Haftungsbeschränkung aufgrund dieses Umstandes für die Mandanten und damit auch für den Gesuchsteller hätte offensichtlich erkennbar sein müssen. Zum Schreiben vom September 2015 (mit Hinweis auf Urk. 14/14) bzw. dem internen Memorandum vom 1. September 2015 (mit Hinweis auf Urk. 14/15) sei festzuhalten, dass daraus in keiner Weise hervorgehe, an wen dieses Schreiben konkret versandt worden sei. Zwar werde darin Rechtsanwalt D._____ als allein haftender Partner erwähnt, jedoch könne damit nicht belegt werden, dass diese Mitteilung dem Gesuchsteller zu Kenntnis gebracht worden sei. Dies müsse umso mehr gelten, als im Memorandum die Mitarbeiter des "B._____ & D._____ -Team" informiert worden seien, dass das zuvor genannte Schreiben nur diversen "Stakeholdern" geschickt worden sei (mit Hinweis auf Urk. 14/15 erster Satz). Daraus lasse sich weder ableiten, dass das Schreiben (nur) für die Mandanten vorgesehen gewesen sei, noch, dass dieses Schreiben allen Mandanten zugegangen sei. Vielmehr seien diverse Personen informiert worden, die gegenüber der Kanzlei bzw. der Kollektivgesellschaft ein irgendwie geartetes Interesse gehabt hätten. Ob auch der Gesuchsteller zu diesen Stakeholdern gehört habe, erschliesse sich daraus nicht.

3.4. Weiter führte die Vorinstanz aus, der Gesuchsteller könne sich auf diesen Rechtsschein und die damit einhergehende Vertretungsmacht von Rechtsanwalt D._____ aber nur solange berufen, als er sich im guten Glauben befunden habe. Dies sei von der (abschlägig zu beantwortenden) Frage zu unterscheiden, ob eine Haftungsbeschränkung unter den Gesellschaftern vereinbart werden könne (mit Hinweis auf Art. 568 Abs. 2 OR). Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang jedoch auf die in Art. 579 OR nicht explizit erwähnte Möglichkeit, die Fortsetzung des Geschäfts durch bloss einen Gesellschafter vertraglich vorzusehen, was nicht zur Liquidation der Gesellschaft führe. Dies stelle daher keine Auflösung i.S.v. Art. 568 Abs. 3 OR dar und zeitige entsprechend nicht die in der Bestimmung erwähnten Haftungsfolgen (mit Hinweis auf BGE 101 Ib 456, E. 2c).

Für die gesuchsgegnerische Darstellung spreche jedoch das vom Gesuchsteller eingereichte Schreiben vom 29. März 2016, worin klar hervorgehe, dass

der Rechtsvertreter des Gesuchstellers über die Trennung von Rechtsanwalt D. _____ und dem Gesuchsgegner unterrichtet gewesen sei (Urk. 5/11). Darin halte der Rechtsvertreter des Gesuchstellers fest, dass die Änderung der Kanzlei-Struktur seinem Mandanten im Februar 2016 bekannt gegeben worden sei. Zwar habe er auch in jenem Schreiben bestritten, die Mitteilung vom September 2015 erhalten zu haben. Wörtlich führe er aus, dass ihm auch die "Mitteilung, dass die Kanzlei durch Dr. D. _____ als "allein haftendem Partner mit dem bewährtem Team" weitergeführt werde" nicht bekannt gewesen sei. Schliesslich mache er in jenem Schreiben geltend, dass die Gesellschaft erst per 31. Januar 2016 aufgelöst worden sei, also in einem Zeitpunkt, in dem die fraglichen Zahlungen auf die Konti der Kanzlei bzw. D. _____s bereits getätigt worden seien (mit Hinweis auf Urk. 5/11 Ziff. 3 erster Absatz). Daraus könne gefolgert werden, dass der Rechtsvertreter des Gesuchstellers spätestens ab dem 29. März 2016 – und somit vor Unterzeichnung der strittigen Schuldanererkennung vom 6. April 2016 – von der Auflösung der Kanzlei "Prof. B. _____ & Dr. D. _____ Rechtsanwälte" Kenntnis gehabt habe. Ab diesem Datum habe er sich nicht mehr auf den Rechtsschein einer Kollektivgesellschaft und damit auf "die Vertretungsmacht des Gesuchsgegners" verlassen können. Sein guter Glaube sei zerstört gewesen. Daher sei im Rahmen des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens festzustellen, dass Rechtsanwalt D. _____ am 4. April 2016 mit der Unterzeichnung der streitgegenständlichen Schuldanererkennung den Gesuchsgegner nicht mehr gültig habe mitverpflichten können. Folglich könne der Gesuchsteller gegenüber dem Gesuchsgegner aus dieser Schuldanererkennung keine Ansprüche ableiten und das Gesuch um Rechtsöffnung sei abzuweisen. Nicht zu klären sei im vorliegenden Verfahren, ob der Anspruch auf den Restbetrag gegen den Gesuchsgegner grundsätzlich bestehe. Dies wäre einem ordentlichen Forderungsprozess vorbehalten. Bei diesem Ausgang erübrigten sich weitere Ausführungen zur Gültigkeit der Schuldanererkennung (Urk. 32 E. 5. - E. 9., S. 6 ff.).

4. Materielle Beurteilung der geltend gemachten Beschwerdegründe

4.1. Willentliche Kollektivgesellschaft

4.1.1. Der Gesuchsteller bringt zunächst beschwerdeweise vor, dass es sich bei der Kanzlei "Prof. B. _____ & Dr. D. _____ Rechtsanwälte" entgegen der Ansicht der Vorinstanz ohne Zweifel um eine willentliche Kollektivgesellschaft gehandelt habe. Vorliegend sei die Vorinstanz ohne Begründung davon ausgegangen, dass die Festsetzung einer Jahresentschädigung von Fr. 360'000.– für den Gesuchsgegner eher für die Überlassung einer Bürogemeinschaft als für eine Kollektivgesellschaft spreche. Indes sei die Gewinnbeteiligung für das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft nicht begriffswesentliches Merkmal (mit Hinweis auf Art. 552 OR; BSK OR II-Baudenbacher, Art. 552 N 15). Damit würde die Vereinbarung eines monatlichen Fixbetrages nicht einer willentlichen Kollektivgesellschaft entgegenstehen (Urk. 31 S. 5 f.)

Festzuhalten ist, dass die Vorinstanz nicht erwog, eine vom Ertrag (grundsätzlich) unabhängige Jahrespauschale spreche zwingend gegen eine Partizipation und damit gegen eine Kollektivgesellschaft. Vielmehr hielt sie lediglich fest, diese vereinbarte Pauschale spreche "eher für die Überlassung der Bürogemeinschaft" (Urk. 32 S. 9). Diese allgemein gehaltene Erwägung bestreitet der Gesuchsteller zu Recht nicht. Zu prüfen ist daher, ob es genügend weitere Anhaltspunkte gibt, woraus rechtlich zu folgern wäre, dass entgegen der vorinstanzlichen Ansicht doch von einer willentlichen Kollektivgesellschaft auszugehen ist.

4.1.2. In diesem Zusammenhang beruft sich der Gesuchsteller auf das Kündigungsschreiben des Gesuchsgegners vom 5. Januar 2016 (Urk. 5/4), worin dieser zweimal von einer "Gesellschaft Prof. B. _____ & Dr. D. _____" geschrieben habe, die per 31. Januar 2016 aufgelöst werde. Damit sei der Gesuchsgegner selber subjektiv von einem Gesellschaftsverhältnis ausgegangen. Ausserdem stehe die Qualifikation als willentliche Kollektivgesellschaft in Übereinstimmung mit der Wortwahl im Vertrag "Änderung und Ergänzung des Zusammenarbeitsvertrages vom 26. Mai 1998" vom 23. Oktober 2015. Dort würden die Vertragsparteien, nämlich der Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D. _____, festhalten,

dass sie gleichberechtigte Partner seien. Dies könne nicht anders verstanden werden, als dass eine "Gesellschaft" bestanden habe (Urk. 31 S. 6 f.).

Abgesehen davon, dass auch die zweite vom Gesuchsteller angerufene Vereinbarung vom 23. Oktober 2015 ausdrücklich als ein Zusammenarbeitsvertrag betreffend eine "Bürogemeinschaft" betitelt wurde (Urk. 5/16), dringt das Vorbringen bereits aus folgendem Grund nicht durch: Der Gesuchsgegner bestritt nicht, dass zwischen ihm und Rechtsanwalt D._____ eine Bürogemeinschaft und damit eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR mit gleichberechtigten Partnern bestanden hätte. Vielmehr verwendete der Gesuchsgegner im Kündigungsschreiben selber explizit den Ausdruck "einfache Gesellschaft Prof. B._____ & Dr. D._____" (Urk. 5/4). Die Formulierungen "Gesellschaft" und "gleichberechtigte Partner" stützen folglich den Standpunkt des Gesuchstellers nicht.

4.1.3. Zur Begründung seiner Ansicht, wonach eine Kollektivgesellschaft vorgelegen habe, bringt der Gesuchsteller sodann Folgendes vor: Die Vorinstanz habe in Anbetracht des Umsatzes richtigerweise das Merkmal der kaufmännischen Unternehmung bejaht. Zudem sei die unzutreffende rechtliche Qualifikation der Kanzlei durch den Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D._____, wonach es sich um eine einfache Gesellschaft anstelle einer Kollektivgesellschaft handle, ohne rechtliche Bedeutung. Folglich stelle das Vertragsverhältnis zwischen dem Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D._____ eine willentliche Kollektivgesellschaft dar (Urk. 31 S. 6).

Zutreffend ist, dass sich aus der Formfreiheit der Gesellschaftsverträge ergibt, dass eine einfache Gesellschaft – und als deren Sonderform auch die Kollektivgesellschaft – konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Partner ergeben kann, ohne dass ihnen diese Rechtsfolge bewusst sein muss (vgl. BGE 124 III 363 E. II.2.a m.w.H.). Dies wurde von der Vorinstanz auch entsprechend berücksichtigt, indem sie eingehend prüfte und anschliessend bejahte, dass der Gesuchsgegner den Rechtsschein geschaffen bzw. zu vertreten habe, wonach zwischen ihm und Rechtsanwalt D._____ eine Kollektivgesellschaft bestanden habe (Urk. 32 E. 7 S. 9). Hingegen kann der Gesuchsteller aus dem Um-

stand, dass die Vorinstanz von einer kaufmännischen Unternehmung ausging, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn erst bei Vorliegen einer kaufmännischen Unternehmung stellt sich die entscheidungswesentliche Frage, ob trotz mangelndes Handelsregistereintrags dennoch eine willentliche Kollektivgesellschaft vorgelegen habe (vgl. Art. 553 OR).

Für die Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur der Kanzlei "Prof. B. _____ & Dr. D. _____ Rechtsanwälte" ausschlaggebend ist indes ein Schreiben vom September 2015, welches sowohl von Rechtsanwalt D. _____ als auch vom Gesuchsgegner unterzeichnet wurde. Darin wird festgehalten, dass sich der Gesuchsgegner als Kanzleigründer per 1. September 2015 nach vielen Jahrzehnten von der aktiven Führung gänzlich zurückgezogen habe. Unter der bestehenden Bezeichnung "Prof. B. _____ & Dr. D. _____" werde nun die Kanzlei von Rechtsanwalt D. _____ "als allein haftender Partner" mit dem bewährten Team weitergeführt (Urk. 14/14).

Folglich ist aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes davon auszugehen, dass spätestens ab 1. Oktober 2015 keine willentliche Kollektivgesellschaft mehr zwischen dem Gesuchsgegner und Rechtsanwalt B. _____ bestanden hatte. Die im Streit liegenden Klientengelder wurden jedoch vom ehemaligen Prozessgegner unbestrittenermassen erst im Dezember 2015 auf das Konto der Kanzlei ("Prof. B. _____ & Dr. D. _____") zuhanden des Gesuchstellers und C. _____ überwiesen (vgl. Urk. 14/1). Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz nicht von einer willentlichen Kollektivgesellschaft im rechtlich relevanten Zeitpunkt auszugehen. Daher kann auch die Vertretungsmacht von Rechtsanwalt D. _____ für die Unterzeichnung der Schuldanerkennung vom 4. April 2016 nicht über eine tatsächlich vereinbarte Kollektivgesellschaft begründet werden.

Bei diesem Ergebnis ist auch auf die weiteren Vorbringen des Gesuchstellers hinsichtlich der gesetzlichen Vertretungsberechtigung von Rechtsanwalt D. _____, sei es als Kollektivgesellschafter, sei es als Liquidator im Sinne von Art. 583 OR, nicht weiter einzugehen (vgl. Urk. 31 S. 7). Aus dem gleichen Grund erübrigen sich auch Weiterungen zu seinen Ausführungen, wonach Rechtsanwalt D. _____ als Liquidator trotz des gesuchsgegnerischen Kündigungsschreibens

vom 5. Januar 2016 die Streitigkeit über die ausstehenden Klientengelder hätte bereinigen können, da dies zu seinem Kompetenzbereich gehört habe (Urk. 31 S. 8 mit Hinweis auf Art. 400 OR und Art. 567 Abs. 3 OR). Die Beschwerde erweist sich folglich in dieser Hinsicht als unbegründet (Art. 320 ZPO).

4.2. Kollektivgesellschaft dem Rechtsscheine nach

4.2.1. Der Gesuchsteller vertritt sodann die Auffassung, dass, selbst wenn lediglich von einer auf Rechtsschein gegründeten Kollektivgesellschaft auszugehen wäre, sein guter Glaube durch das Kündigungsschreiben des Gesuchsgegners vom 5. Januar 2016 (Urk. 5/4) nicht zerstört worden wäre. Der Gesuchsgegner habe darin nicht die Existenz eines Gesellschaftsverhältnisses bestritten. Das Schreiben habe im hier in Frage stehenden Teil nur die Vertretungsbefugnis von Rechtsanwalt D._____ betroffen. Die unrichtige Qualifikation des Gesellschaftsverhältnisses als einfache Gesellschaft statt als Kollektivgesellschaft sei damals wie heute unbeachtlich und müsse auch durch den Gesuchsteller nicht beachtet werden. Der Gesuchsteller habe angesichts des "ihm bekannten kaufmännischen Unternehmens" und der verwendeten Firma "Prof. B._____ & Dr. D._____ Rechtsanwälte" weiterhin von einer Kollektivgesellschaft ausgehen dürfen. Sodann habe der Gesuchsteller sich darauf verlassen dürfen, dass im Recht der Kollektivgesellschaft nicht ein Gesellschafter dem andern die Vertretungsbefugnis einfach entziehen könne, sondern dass es hierzu wichtiger Gründe und einer richterlichen Anordnung bedürfe. Beides sei dem fraglichen Kündigungsschreiben des Gesuchsgegners nicht zu entnehmen gewesen. Folglich habe der Gesuchsteller bei der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 4. April 2016 weiterhin auf die Vertretungsbefugnis von Rechtsanwalt D._____ vertrauen dürfen. Mangels richterlichen Entzugs der Vertretungsberechtigung habe die Vertretungsbefugnis von Rechtsanwalt D._____ erst mit der Beendigung der Liquidation geendet. Die Kanzleiliquidation sei aber bis zur Unterzeichnung der Vereinbarung vom 4. April 2016 zumindest hinsichtlich der strittigen Klientengelder nicht abgeschlossen gewesen, weshalb die Vertretungsbefugnis von Rechtsanwalt D._____ weiter bestanden habe (Urk. 31 S. 9 f.).

Der Auffassung des Gesuchstellers ist insoweit zu folgen, als dass ein Entzug der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters im Recht der Kollektivgesellschaft die Glaubhaftmachung wichtiger Gründe voraussetzt und durch den Richter anzuordnen ist (Art. 565 OR). In casu hat der Gesuchsgegner weder wichtige Gründe noch eine damalige entsprechende richterliche Anordnung dargetan. Allein aufgrund des Schreibens des Gesuchsgegners vom 5. Januar 2016 wäre daher nicht zwingend davon auszugehen, dass Rechtsanwalt D. _____ als gesetzlicher Liquidator nicht mehr rechtsgültig die Schuldanererkennung vom 4. April 2016 auch im Namen der zu liquidierenden Kanzlei "Prof. B. _____ & Dr. D. _____ Rechtsanwälte" hätte unterzeichnen können.

4.2.2. Entscheidend ist jedoch folgender Satz im Schreiben an den Gesuchsgegner, den der Rechtsvertreter des Gesuchstellers am 29. März 2016 verfasste (Urk. 5/11 S. 2 = Urk. 5/17 S. 2):

"Die von Ihnen geltend gemachte Änderung der Kanzleistruktur wurde meinen Klienten erst mit Ihrem Schreiben vom Februar 2016 bekannt gegeben. Ein Schreiben von anfangs September 2015 ging meinen Klienten und mir selbst nie zu, sowenig wie die Mitteilung, dass die Kanzlei durch Dr. D. _____ 'als allein haftendem Partner mit dem bewährten Team' weitergeführt werde."

Damit ist urkundenmässig erstellt, dass der Gesuchsteller spätestens am 29. März 2016 wusste, dass die Kanzlei "Prof. B. _____ & D. _____" nur noch von Rechtsanwalt D. _____ als allein haftendem Partner geführt wurde. Gleichzeitig wusste der Gesuchsteller damit auch, dass selbst eine allenfalls in der Vergangenheit bestehende (willentliche) Kollektivgesellschaft zwischen dem Gesuchsgegner und Rechtsanwalt D. _____ bereits aufgelöst war. Zu Recht ging daher die Vorinstanz davon aus, dass sich der Gesuchsteller spätestens ab dem 29. März 2016 nicht mehr auf den Rechtsschein einer Kollektivgesellschaft in Liquidation und damit auf eine gesetzliche Vertretungsmacht von Rechtsanwalt D. _____ als deren ehemaligen Geschäftsführer stützen konnte. Sein guter Glaube war in dieser Hinsicht spätestens ab diesem Zeitpunkt zerstört gewesen bzw. er konnte in

guten Treuen nicht mehr auf das Vorhandensein einer Kollektivgesellschaft in Liquidation schliessen.

Entsprechend konnte Rechtsanwalt D._____ am 4. April 2016 mit Unterzeichnung der Schuldanerkennung den Gesuchsgegner nicht mehr rechtsgültig mitverpflichten und der Gesuchsteller kann daraus im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren keine Ansprüche gegen den Gesuchsgegner ableiten. Bei diesem Ausgang ist folglich sowohl von der Prüfung der Belangbarkeitsvoraussetzungen nach Art. 568 Abs. 3 OR (vgl. Urk. 31 S. 9 ff.) als auch von einer weiteren Prüfung des angerufenen Rechtsöffnungstitels abzusehen. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet (Art. 320 ZPO).

5. Ergebnis

Nach dem Ausgeführten verweigerte die Vorinstanz die provisorische Rechtsöffnung im beantragten Umfang gestützt auf die Schuldanerkennung vom 4. April 2016 zu Recht. Die Beschwerde ist unbegründet und daher abzuweisen.

IV.

1. Aufgrund seines vollständigen Unterliegens wird der Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Entscheidunggebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 2011 Nr. 28) auf Fr. 1'500.– festzusetzen und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Rechtsanwältin Dr. Y._____ vertritt den Gesuchsgegner im vorliegenden Verfahren als auch im parallelen Beschwerdeverfahren RT170133-O. Da sich die Themen beider Verfahren decken, rechtfertigt es sich (Art. 105 Abs. 2, Art. 106 Abs. 1 ZPO), die Parteientschädigung, ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 378'561.15, auf Fr. 2'160.– (Fr. 2'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 Anw-GebV).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und 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. 378'561.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. März 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:
cm