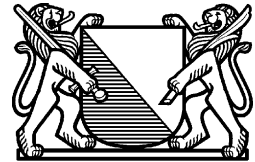


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT180127-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 31. Juli 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 6. Juli 2018 (EB180100-F)

Erwägungen:

1. a) Mit "Garantieversprechen" vom 21. Dezember 2016 verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin bis maximal EUR 750'000.-- zu bezahlen, falls der Drittschuldner, der gleichzeitig ihr Verwaltungsratspräsident ist (vgl. Urk. 4/2b), per 30. November 2017 den Restkaufpreis (gemäss einer Vereinbarung von diesem persönlich mit der Klägerin) nicht vollständig bezahlt habe (Urk. 4/9). Die Klägerin betrieb die Beklagte auf Fr. 692'160.-- (EUR 600'000.--) nebst Zins aus diesem Garantieversprechen (Urk. 2).

b) Mit Urteil vom 6. Juli 2018 wies das Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) das Rechtsöffnungsgesuch der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Horgen (Zahlungsbefehl vom 6. März 2018) ab; die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zu Lasten der Klägerin geregelt (Urk. 17 = Urk. 20).

c) Hiergegen hat die Klägerin am 23. Juli 2018 fristgerecht Beschwerde erhoben und stellt die Beschwerdeanträge (Urk. 19 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 06.07.2018 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. EB180100-F/UB/NB/Sta) sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Kostenfolgen des Verfahrens vor Vorinstanz (Geschäfts-Nr. EB180100-F/UB/NB/Sta) seien durch die Rechtsmittelinstanz festzulegen.
3. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Horgen sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen und der Gesuchstellerin die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

Eventualiter:

1. Das Urteil vom 06.07.2018 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. EB180100-F/UB/NB/Sta) sei vollumfänglich aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Die Kostenfolgen des Verfahrens vor Vorinstanz (Geschäfts-Nr. EB180100-F/UB/NB/Sta) seien durch die Rechtsmittelinstanz festzulegen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST –"

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels sei von Amtes wegen zu prüfen. Aus einer Schuldanererkennung müsse der Wille des Schuldners hervorgehen, ohne Vorbehalte oder Bedingungen eine bestimmte oder bestimmbare Geldsumme bezahlen zu wollen. Sei die Zahlungspflicht im Rechtsöffnungstitel an Bedingungen geknüpft, habe der Gläubiger auch den Eintritt derselben liquide zu beweisen, soweit sie nicht vom Schuldner anerkannt seien. Vorliegend stütze sich die Klägerin auf das "Garantieversprechen" der Beklagten vom 21. Dezember 2016, welches als Garantievertrag zu qualifizieren sei. In diesem verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin eine Garantiesumme bis EUR 750'000.-- zu bezahlen, gegen bzw. unter der Voraussetzung der Vorlage zweier Dokumente, nämlich einer schriftlichen Zahlungsaufforderung und einer schriftlichen Bestätigung, wonach die Klägerin per 30. November 2017 den Restkaufpreis vom Drittschuldner noch nicht vollständig erhalten habe. Bezüglich der Vorlage dieser Dokumente gelte eine streng formalisierte Betrachtungsweise, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstelle. Die Klägerin berufe sich hinsichtlich dieser Dokumente auf das Schreiben vom 19. Februar 2018. In diesem Schreiben drohe sie der Beklagten indes bloss an, das Garantieversprechen durchzusetzen. Dabei handle es sich nicht um eine Zahlungsaufforderung im Sinne der Garantieklausel, umso weniger, als die Durchsetzung des Garantieversprechens nur angedroht werde, falls die Beklagte die ihr angesetzte Frist zur Annahme ihres Lösungsvorschlags verstreichen lasse. Damit habe die Klägerin in diesem Schreiben weder die Beklagte zur Zahlung aufgefordert noch bestätigt, per 30. November 2017 den Restkaufpreis vom Drittschuldner noch nicht erhalten zu haben. Aus den Akten sei auch nicht ersichtlich, dass dies anderweitig erfolgt wäre. Mangels Nachweis des Bedingungseintritts sei die Zahlungspflicht der Beklagten nicht wirksam bzw. die Garantiesumme nicht fällig geworden, womit das Garantieversprechen keinen provisorischen Rechtsöffnungstitel darstelle. Dass gemäss der Klägerin die Garantieforderung von der Beklagten anerkannt worden sei, ändere daran nichts. Auch ein von der Klägerin

geltend gemachter Rechtsmissbrauch sei nicht ersichtlich. Auch die Zustellung des Zahlungsbefehls habe keine Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung bewirkt. Ebenso sei unbeachtlich, ob die Beklagte zahlungsunfähig sei (Urk. 20 S. 3-8).

b) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt das Rügeprinzip, d.h. in der Beschwerde muss konkret und im Einzelnen dargelegt werden, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 321 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.); was nicht in dieser Weise beanstandet (gerügt) wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand.

Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden. Dies ergibt sich aus der Natur der Beschwerde, die als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt ist und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 326 N 3 f.).

c) Die Klägerin macht in ihrer Beschwerde zusammengefasst geltend, die Garantie werde fällig, sobald die versprochene Leistung des Dritten nicht erfolge; der Promissar brauche weder zu mahnen noch Frist anzusetzen. Vorliegend habe der Drittschuldner bis zum Ablauf der Zahlungsfrist am 30. November 2017 nicht geleistet, weshalb für die Fälligkeit der Garantie entgegen der Vorinstanz keine zusätzlichen Handlungen wie Mahnung oder Fristansetzung vorausgesetzt seien. Die Zahlungsaufforderung und die Bestätigung der Nichtzahlung seien entgegen der Vorinstanz nicht Suspensivbedingungen, sondern blosse Verschriftlichungen von Tatsachen, welche der Beklagten und dem Drittschuldner, welcher deren Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift sei, bereits bekannt seien. Im Übrigen sei die Zahlungsaufforderung entgegen der Vorinstanz durch den Zahlungsbefehl, der eine unmissverständliche Zahlungsaufforderung enthalte, erfolgt. Ent-

gegen der Vorinstanz stelle das Schreiben vom 19. Februar 2018 auch eine genügende Bestätigung dar, dass der Restkaufpreis von EUR 600'000.-- noch geschuldet und damit vom Drittschuldner nicht geleistet worden sei. Im Übrigen wäre eine Zahlungsaufforderung in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR ohnehin entbehrlich gewesen, weil die Beklagte mitgeteilt habe, dass sie nicht zahlungsfähig sei. Schliesslich sei entgegen der Vorinstanz die Berufung der Beklagten auf das Fehlen der schriftlichen Zahlungsaufforderung und Bestätigung der Nichtzahlung auch rechtsmissbräuchlich, weil dieser infolge der Personalunion zwischen deren Verwaltungsratspräsident und dem Drittschuldner die entsprechenden Tatsachen bekannt gewesen seien (Urk. 19 S. 5-13).

d) Vorab ist festzuhalten, dass im Verfahren auf provisorische Rechtsöffnung grundsätzlich nicht die Forderung geprüft wird, sondern das Vorliegen einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG, d.h. ob ein entsprechender Rechtsöffnungstitel vorliegt. Ob dagegen die Forderung als solche tatsächlich besteht und fällig ist (und ob dafür allenfalls eine Mahnung entbehrlich war oder diese allenfalls anerkannt wurde, wobei die Äusserungen des deutschen Rechtsvertreters der Beklagten vom 27. März 2018 und 30. April 2018 ohnehin – schon mangels Angabe einer konkreten Forderung – keine Anerkennung darstellen würden, vgl. Urk. 16/28 und Urk. 11/28 = Anhang zu Urk. 16), wäre in einem ordentlichen Verfahren zu prüfen.

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend – und auch unbestritten – festgestellt hat, stellt das Garantieverprechen der Beklagten vom 21. Dezember 2016 grundsätzlich eine solche Schuldanerkennung dar. Dieses Dokument hat (nach einer Einleitung) den folgenden Wortlaut (Urk. 4/9):

"Wir, die [Beklagte], verpflichten uns hiermit unwiderruflich, der [Klägerin] auf deren erstes Verlangen, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen der eingangs erwähnten Vereinbarung und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus derselben, unverzüglich jeden Betrag bis maximal

EUR 750.000,00

zu zahlen, gegen die schriftliche Zahlungsaufforderung der [Klägerin] und deren schriftliche Bestätigung, wonach sie per 30. November 2017 den Restkaufpreis von [Drittschuldner] noch nicht vollständig erhalten hat."

Das Zahlungsversprechen der Beklagten setzt damit offenkundig voraus, dass zwei schriftliche Äusserungen der Klägerin vorliegen, nämlich einerseits eine Zahlungsaufforderung (für den schliesslich geforderten Betrag) und andererseits eine Bestätigung, dass sie per 30. November 2017 den Restkaufpreis vom Drittschuldner noch nicht erhalten habe.

Dass die Beklagte auf diesen schriftlichen Äusserungen besteht, ist nicht missbräuchlich. Vorab hat die Klägerin das Garantieverprechen in genau dieser Form – mit den fraglichen Formalien – entgegengenommen (und damals offenbar als nicht missbräuchlich erachtet), was das Beharren auf den Formalien schon aus diesem Grund nicht als missbräuchlich erscheinen lässt. Und nachdem das Exekutivorgan der Beklagten gleichzeitig auch der durch das Garantieverprechen gedeckte Drittschuldner ist, erscheint es erst recht nicht missbräuchlich, wenn die Beklagte für die Erfüllung des Zahlungsverprechens auf nicht von ihrem Exekutivorgan selbst, sondern von der Klägerin verfasste Dokumente abstellen will.

Die Klägerin hat das Vorliegen dieser beiden schriftlichen Äusserungen in ihrem Rechtsöffnungsgesuch vom 26. März 2018 nicht konkret behauptet bzw. thematisiert. Sie hat lediglich vorgebracht, die Beklagte sei mehrfach auf die offene Forderung hingewiesen und zur Zahlung aufgefordert worden (Urk. 1 Rz. 31), bzw. hat in anderem Zusammenhang geltend gemacht, mit dem Schreiben vom 19. Februar 2017 (recte: 2018) die Beklagte zur Zahlung des nach wie vor offenen Betrages von EUR 600'000.-- aufgefordert zu haben (Urk. 1 Rz. 20). Nachdem die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2018 das Fehlen dieser zwei Dokumente geltend gemacht hatte (Urk. 12 S. 3), hat sich die Klägerin daraufhin in ihrer Replik vom 8. Juni 2018 einzig zur fehlenden schriftlichen Zahlungsaufforderung geäussert, jedoch das Vorliegen der schriftlichen Bestätigung über den Nichterhalt des Restkaufpreises per 30. November 2017 nicht bzw. zumindest nicht konkret behauptet (Urk. 15 S. 4-6). Die somit erstmals im Beschwerdeverfahren aufgestellte Behauptung, dass im Schreiben vom 19. Februar 2018 (auch) bestätigt worden sei, dass der Restkaufpreis von EUR 600'000.-- vom Drittschuldner bis dato nicht geleistet worden sei, kann damit als unzulässiges Novum nicht berücksichtigt werden (Art. 326 ZPO; oben Erw. 2.b). Damit bleibt es bei der

vorinstanzlichen Feststellung, dass eine Bestätigung der Klägerin, wonach sie per 30. November 2017 den Kaufpreis vom Drittschuldner nicht erhalten habe, nicht bei den Akten liegt, weshalb diese Voraussetzung der Zahlungspflicht der Beklagten nicht erfüllt und das Rechtsöffnungsgesuch schon aus diesem Grund abzuweisen ist.

Darüber hinaus wäre der Vorinstanz auch darin zu folgen, dass das Schreiben vom 19. Februar 2018 keine Zahlungsaufforderung gemäss dem Garantieverprechen darstellt, denn in diesem fordert die Klägerin keine unmittelbare Zahlung, sondern die Abtretung einer (von einer Drittfirma erwarteten) Kaufpreiszahlung als Sicherheit für eigene Forderungen, ansonsten das Garantieverprechen geltend gemacht werde (vgl. Urk. 4/23). Schliesslich würde auch die Zustellung des Zahlungsbefehls in der vorliegenden Betreuung nicht als Zahlungsaufforderung gemäss dem Garantieverprechen genügen, denn die betriebene Forderung muss im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls bereits fällig sein (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 78; SK SchKG-Vock/Aepli-Wirz, Art. 82 N 8), d.h. vorliegend hätte im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls die Zahlungsaufforderung bereits ergangen sein müssen. Das Rechtsöffnungsgesuch wäre daher auch mangels Vorliegen der Zahlungsaufforderung abzuweisen gewesen.

e) Die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen entspricht dem Gesetz (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO) und wird in der Beschwerde auch nicht konkret beanstandet.

f) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde der Klägerin als unbegründet. Die Beschwerde ist demgemäss abzuweisen.

3. a) Der Streitwert im Beschwerdeverfahren beträgt Fr. 692'160.--. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 19 und 21-23/2, sowie 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 692'160.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 31. Juli 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
sf