

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT220001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer  
sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Meli

## Beschluss vom 11. Oktober 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG**

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_**

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht  
Zürich vom 9. Dezember 2021 (EB211139-L)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Urteil vom 9. Dezember 2021 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 10, Zahlungsbefehl vom 21. Juni 2021, ab. Sie auferlegte die Spruchgebühr von Fr. 500.– der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) und verpflichtete diese, dem Gesuchs- und Beschwerdegegner (nachfolgend: Gesuchsgegner) eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen (Urk. 19 S. 13 = Urk. 22 S. 13). Dagegen erhob die Gesuchstellerin am 3. Januar 2022 fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 21 S. 2):

- " 1. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich im Verfahren EB211139 vom 9. Dezember 2021 sei aufzuheben.
2. Es sei der Rechtsvorschlag des Beschwerdegegners in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 10, Zahlungsbefehl vom 21. Juni 2021 (zugestellt am 23. Juli 2021), zu beseitigen und der Beschwerdeführerin für den Betrag von CHF 27'182.05 nebst 5% Zins seit 5. Januar 2021 und CHF 103.30 Zahlungsbefehlskosten, provisorische Rechtsöffnung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.
3. Eventuell sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zu neuer Entscheidungsfindung zurückzuweisen."

2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–20). Mit Verfügung vom 6. Januar 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– angesetzt (Urk. 25), welcher fristgerecht einging (Urk. 26). Anschliessend wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 27). Die Beschwerdeantwort, in welcher der Gesuchsgegner auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin schliesst, datiert vom 14. Februar 2022 (Urk. 28). Sie wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 3. März 2022 zur Kenntnisnahme gebracht (Urk. 29). Mit Eingabe vom 16. März 2022 reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme ein (Urk. 30), welche dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Prot. II S. 6; Urk. 32). Die darauf folgende Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 7. April 2022 (Urk. 33) wurde der Gesuchstellerin am 25. April 2022 zur Kenntnis gebracht (Prot. II S. 7; Urk. 34). Wei-

tere Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll (BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; je m.H. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht offensichtlich ist (BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (Noven) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet, bestritten oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.H.; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1; zum Ganzen ferner ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4 f.; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 326 N 1 ff.). Das gilt nicht nur für die Beschwerdebegründung und -antwort, sondern erst recht für spontane Replikeingaben. Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Beschwerdeverfahren bloss erneuert oder Beweismittel abermals eingereicht, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu. Neue rechtliche Ausführungen sind keine Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6) und können auch im Beschwerdeverfahren

vorgetragen werden (vgl. BGer 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A\_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3).

3. Vor diesem prozessualen Hintergrund sind pauschale Verweisungen der Parteien auf frühere Eingaben oder Ausführungen (wie insbesondere in Urk. 28 S. 4, Rz. II.1.), deren blosser Wiederholung sowie die neu vorgetragenen Behauptungen zum Sachverhalt von vornherein unbehelflich resp. unbeachtlich. Ganz generell wird im Folgenden nicht weiter auf die Ausführungen und Beweismittel der Parteien eingegangen, die den dargelegten prozessualen Anforderungen nicht genügen oder mit denen keine Beschwerdegründe aufgezeigt werden (vgl. Urk. 21 Rz. 32 ff.).

4. Der Gesuchsgegner stellt die prozessuale Anträge, die Beilagen der Beschwerdeschrift (Urk. 24/2-3) und die Eingabe der Gesuchstellerin vom 16. März 2022 samt Beilage (Urk. 30 und Urk. 31) seien "aus dem Recht zu weisen" (Urk. 28 S. 18; Urk. 33 S. 2). Die Zivilprozessordnung bietet jedoch keine Handhabe, um unzulässige neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel "aus dem Recht zu weisen". Die neuen Vorbringen und Beilagen sind daher zu den Akten zu nehmen, und der Gegenpartei war Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, unabhängig davon, ob die neuen Vorbringen zulässig sind oder nicht (*OGer ZH RB150044 vom 10.02.2016, E. 2.1*). Den prozessualen Anträgen des Gesuchsgegners kann bereits aus diesem Grund nicht gefolgt werden. Im Übrigen steht den Parteien auch im summarischen Verfahren ein unbedingtes Replikrecht zu (Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV; BGE 144 III 117, E. 2.1). Darüber hinaus handelt es sich beim neu eingereichten Handelsregisterauszug (Urk. 33), um eine gerichtsnotorische Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO (BGer 4A\_510/2018 vom 7. Mai 2019, E. 5.3).

### III.

1. Die Gesuchstellerin stützt ihr Rechtsöffnungsgesuch auf den von den Parteien unterzeichneten "Garantievertrag" vom 10./25. Juli 2017 (Urk. 4/1). Sie qualifiziert diese Vereinbarung als formlos gültige Garantie im Sinn von Art. 111 OR (Urk. 1 Rz. 1 und 18 ff.). Demgegenüber wendet der Gesuchsgegner ein, die von

ihm gegebene Personalsicherheit sei entgegen dem Wortlaut der Vereinbarung keine Garantie, sondern eine Bürgschaft und diese sei wegen fehlender öffentlicher Beurkundung nichtig (Urk. 10 S. 20 f.). Die Vorinstanz prüfte vorfrageweise die rechtliche Qualifikation des von der Gesuchstellerin als Rechtsöffnungstitel eingereichten Vertrages und erachtete den Einwand des Gesuchsgegners als glaubhaft, weshalb sie das Rechtsöffnungsgesuch abwies (Urk. 22 S. 6, E. 5.2 und S. 12, E. 5.4).

2.1. Die Vorinstanz erwog hierzu, dass der vorgelegte Vertrag vom 10./25. Juli 2017 als "Garantievertrag" betitelt werde, und darin die Vertragsparteien als "Garantienehmerin" und "Garantiegeber" bezeichnet würden. Das Vorliegen einer Bürgschaft werde im Vertragstext zudem explizit ausgeschlossen. Das weise grundsätzlich auf einen Garantievertrag hin. Es lasse sich allerdings nicht allein aufgrund der von den Parteien gebrauchten Formulierungen entscheiden, ob Bürgschaft oder Garantie vorliege. Eine streng am Wortlaut orientierte Auslegung komme gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur bei Parteien in Betracht, die geschäftsgewandt seien, weil sie von ihrer Ausbildung oder Tätigkeit her Erfahrung im Umgang mit Sicherungsverträgen hätten und die schweizerische juristische Terminologie in diesem Bereich kennen würden (Urk. 22 S. 8, E. 5.3.1). Vorliegend könne nicht von einer Geschäftsgewandtheit des Gesuchsgegners im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgegangen werden, weshalb eine strikte Auslegung nach dem Wortlaut nicht angezeigt sei. Ausserdem enthalte der Vertrag auch Formulierungen, die für eine Akzessorietät sprechen würden (Urk. 22 S. 10, E. 5.3.1). Eher für das Vorliegen einer Garantie spräche, wenn der Gesuchsgegner ein eigenes Interesse am Zustandekommen des Gesamtgeschäfts gehabt hätte, was vorliegend nicht auszuschliessen sei (Urk. 22 S. 10, E. 5.3.2).

2.2. Die Formulierung in Ziffer 1 des Garantievertrags, wonach die blossе Aufforderung der Gesuchstellerin ohne jegliche Bezugnahme auf den Leasingvertrag für die Auslösung der Zahlungspflicht genüge, spreche eher für eine selbständige Garantieverpflichtung. Das gleiche gelte für den Verzicht auf Einwendungen und Einreden, wobei dies für sich allein kaum die Annahme eines Garantievertrags zu

begründen vermöge, da es sich dabei auch um eine nach Massgabe des Bürgschaftsrechts (Art. 492 Abs. 4 i.V.m. Art. 502 OR) nichtige Verpflichtung handeln könne. Eher für eine Bürgschaft spreche die Verpflichtung aus Leasingvertrag vom 10./25. Juli 2017 zwischen der Gesuchstellerin ("Leasinggesellschaft") und der C.\_\_\_\_\_ SA ("Leasingnehmerin"), wonach die Bezahlung sämtlicher Verbindlichkeiten unter dem Leasingvertrag durch eine Garantie sicherzustellen sei und sich die Verpflichtung des Gesuchgegners aus dem "Garantievertrag" auf den gleichen Betrag beziehe, wie die Verpflichtung der C.\_\_\_\_\_ SA aus dem Leasingvertrag (Urk. 22 S. 11, E. 5.3.3). Die Gesuchstellerin habe sich offensichtlich direkt an den Gesuchsgegner wenden wollen, falls die C.\_\_\_\_\_ SA nicht zahlungswillig sei bzw. zahlungsunfähig werden sollte. Sodann halte Ziffer 2 des Garantievertrages fest, dass die Zahlungsaufforderung die Bestätigung enthalten müsse, dass die Gesuchstellerin im Ausmass des unter der Garantie verlangten Betrages bei Fälligkeit keine Zahlung erhalten habe. Das relativiere die Selbständigkeit der in Ziffer 1 beschriebenen Leistungsverpflichtung des Gesuchsgegners und damit die Bedeutung dieser Ziffer als Indiz für das Vorliegen einer Garantie. Es zeige sich im Gegenteil, dass im "Garantievertrag" kein detaillierter, selbständiger Leistungsbeschrieb enthalten sei und die Verpflichtung von der Hauptschuld abhängig sei, mithin eine Akzessorietät bestehe. Zur Feststellung der garantierten Leistung müsse auf das vertragliche Drittschuldverhältnis zurückgegriffen werden, was eher auf eine Bürgschaft schliessen lasse (Urk. 22 S. 12, E. 5.3.3).

2.3. Zur Verwirklichung des vom Bürgschaftsrecht angestrebten Schutzes des Verpflichteten sei im Zweifelsfall eher auf Bürgschaft zu schliessen (Urk. 22 S. 8, E. 5.2.3). Insgesamt liege ein Zweifelsfall mit entsprechender Vermutungsfolge zugunsten des Vorliegens einer Bürgschaft vor. Eine Bürgschaftserklärung sei nur gültig, wenn die vorgesehenen Formvorschriften eingehalten würden. So bedürfe die Bürgschaftserklärung von natürlichen Personen, welche den Haftungsbetrag von Fr. 2'000.– übersteige, der öffentlichen Beurkundung (Art. 493 Abs. 2 OR). Da der vorliegende Haftungsbetrag weit über dem gesetzlichen Haftungsbetrag liege, wäre die Bürgschaftserklärung des Gesuchgegners öffentlich zu beurkunden gewesen (Urk. 22 S. 12, E. 5.4). Der Gesuchsgegner habe die Formnichtigkeit der von ihm eingegangenen Verpflichtung gemäss Vertrag vom 10./25. Juli

2017 zumindest glaubhaft gemacht. Das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung sei daher abzuweisen. Da die Nichtbeachtung von Formvorschriften die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge habe, könne auch nicht im Teilumfang von Fr. 2'000.– Rechtsöffnung erteilt werden (Urk. 22 S. 12, E. 5.5).

3.1 Die Gesuchstellerin wendet dagegen ein, dass der angefochtene Entscheid rechtsfehlerhaft sei und zu einem unhaltbaren Ergebnis führe. Die Vorinstanz gehe namentlich von einem verfehlten Begriffsverständnis der Akzessorietät aus und gewichte die Textelemente des Garantievertrages unrichtig. Es liege vor allem kein Grenzfall vor, da die Lektüre des Garantievertrages keinen begründeten Zweifel am nicht-akzessorischen Charakter der Verpflichtung des Beschwerdegegners aufkommen lasse (Urk. 21 Rz. 16). Die Vorinstanz setze sich über die ausdrückliche Wegbedingung der Akzessorietät im Garantievertrag hinweg. Zudem blende sie weitere Aspekte, welche die Verpflichtung des Gesuchsgegners als selbständig, mithin nicht-akzessorisch unterstreichen würden, vollständig aus (Urk. 21 Rz. 17). Der Schluss der Vorinstanz, es sei "eher" auf Bürgschaft zu schliessen, da sich die C.\_\_\_\_\_ SA im Leasingvertrag verpflichtet habe, eine Garantie beizubringen und sich die Verpflichtung des Beschwerdegegners aus dem Garantievertrag auf den identischen Betrag wie jener der C.\_\_\_\_\_ SA richte, sei verfehlt (Urk. 21 Rz. 21). Sowohl Garantien als auch Bürgschaften würden regelmässig im Ingress auf jenes Schuldverhältnis Bezug nehmen, in dessen Zusammenhang sie überhaupt errichtet worden seien. Die Bedeutung eines solchen Verweises erschöpfe sich allerdings darin, dass Sicherungsobjekt und Sicherungszweck näher umschrieben würden. Daraus folge, dass der blosser Verweis auf das Grundverhältnis weder ein Indiz für eine Garantie noch für eine Bürgschaft darstelle. Auch der Umstand, dass der Sicherungsbetrag sämtliche Verpflichtungen aus dem besicherten Schuldverhältnis abdecke, könne gleichermaßen sowohl für eine Garantie als auch für eine Bürgschaftsverpflichtung zutreffen. Der Leasingvertrag stelle damit einzig und allein die Veranlassung für den Gesuchsgegner dar, eine nicht-akzessorische Garantieerklärung abzugeben. Ansonsten habe sie aber für die Qualifikation des Sicherungsgeschäfts keine Bedeutung (Urk. 21 Rz. 22).

3.2 In sich widersprüchlich und aktenwidrig sei – so die Gesuchstellerin weiter – die Behauptung der Vorinstanz, dass im Garantievertrag kein detaillierter, selbständiger Leistungsbeschrieb enthalten sei und die Verpflichtung des Gesuchsgegners von der Hauptschuld abhängig sei. Der Leistungsbeschrieb für die Auslösung der Zahlungspflicht des Gesuchsgegners erschöpfe sich nämlich in der schriftlichen Zahlungsaufforderung zusammen mit der Bestätigung, im Umfang des verlangten Betrages bei Fälligkeit keine Zahlung erhalten zu haben. Diese Bestätigung sei abstrahiert vom Leasingvertrag. Es liege eine Garantie auf ersten Abruf vor, bei welcher ungeachtet eines allfälligen Streits bezüglich der Hauptschuld zu zahlen sei. Die Aussage der Vorinstanz, wonach zur Feststellung der garantierten Leistung auf das vertragliche Drittschuldverhältnis zurückgegriffen werden müsse, sei demnach offenkundig falsch. Entsprechend sei die Folgerung der Vorinstanz, wonach wegen der angeblichen Notwendigkeit des Rückgriffs auf das Drittschuldverhältnis eher auf Bürgschaft zu schliessen sei, unzulässig (Urk. 21 Rz. 23). Die Sicherungsverpflichtung werde in Ziffer 1 ausdrücklich von der Schuldpflicht des Dritten bzw. von der Hauptschuld getrennt. Die Parteien hätten übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben, wonach die Verpflichtung des Gesuchsgegners unabhängig von der Gültigkeit und den Rechtswirkungen jenes Schuldverhältnisses (Leasingvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der C.\_\_\_\_ SA), auf welches Bezug genommen werde, begründet werde (Urk. 21 Rz. 24). Wendungen wie "auf erste Aufforderung hin" würden zudem nur in Verbindung mit einem Verzicht auf die Überprüfung des Anspruchs aus dem Grund bzw. Hauptschuldverhältnis einen Sinn ergeben, denn auf erste Anforderung könne sachlogisch nur bezahlt werden, wenn nicht vorgelagert eine Überprüfung irgendwelcher Umstände erforderlich sei (Urk. 21 Rz. 25). Die vollständige Trennung der Sicherungsverpflichtung von der Schuldpflicht des Dritten (die fehlende Akzessorietät) werde in Ziffer 1 des Garantievertrags anschaulich herausgearbeitet. Ziffer 1 führe aus, dass die Verpflichtung des Gesuchsgegners "ungeachtet der Gültigkeit der Rechtswirkungen des eingangs erwähnten Leasingvertrages" bestehe. Dieser Wortlaut sei unmissverständlicher Beleg für eine selbständige Garantie (Urk. 21 Rz. 26). Zudem sei die Vorinstanz bei ihrer Auslegung gar nicht erst auf Ziffer 7 des Garantievertrages eingegangen, welche ausdrücklich festhal-

te, dass es sich um eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR und nicht um eine Bürgschaft im Sinne von Art. 492 OR handle. Sie lasse dadurch ausser Betracht, dass diese Klausel objektiviert nicht anders verstanden werden könne, als dass die Parteien bewusst keine Bürgschaft hätten abschliessen wollen. Vor diesem Hintergrund dennoch auf Glaubhaftmachung der Bürgschaft zu erkennen, sei mit den Grundsätzen der Vertragstreue nicht zu vereinbaren. Ein solches Ergebnis liefe darauf hinaus, eine Mentalreservation des Gesuchsgegners zu schützen, was nicht angehe (Urk. 21 Rz. 29). Zu alledem komme das Eigeninteresse des Gesuchsgegners am Abschluss des Garantievertrages, welches von der Vorinstanz bejaht worden sei und ein weiteres starkes Indiz für das Vorliegen einer selbständigen, nicht-akzessorischen Garantie darstelle (Urk. 21 Rz. 31).

4.1 Der Gesuchsgegner trägt in seiner Beschwerdeantwort vor, er habe seine Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG mehrfach nicht nur glaubhaft gemacht, sondern nachgewiesen und damit eine Schuldanerkennung entkräftet. Einerseits habe er geltend gemacht, dass die angebliche Urkunde, worauf sich das Rechtsöffnungsbegehren stütze, nichtig und unbeachtlich sei. Ferner mache er ausdrücklich geltend, dass eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG nicht vorliege, unabhängig von der Nichtigkeit des geltend gemachten Schuldtitels (Urk. 28 S. 5). Die Gesuchstellerin habe eine umfassende Begründung im Rechtsmittelverfahren versäumt, indem sie ihre Begründung ausschliesslich auf die Thematik der Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Garantie beschränkt habe (Urk. 28 S. 6). Die Gesuchstellerin nehme zu den substantiierten weiteren Einwendungen zur Bestreitung der Forderung an sich nicht Stellung, womit diese Einwendungen sinngemäss als zutreffend anerkannt werden würden. Sollte die Abgrenzungsfrage von der Beschwerdeinstanz anders, nämlich zu Gunsten eines Garantievertrages, entschieden werden, wäre dennoch die Rechtsöffnung zu verweigern, da die weiteren Einwendungen zum Nichtbestand der geltend gemachten Forderung, anerkannt seien (Urk. 28 S. 8). Ergänzend werde nochmals darauf hingewiesen, dass die Gesuchstellerin ihre geltend gemachte Forderung von Fr. 27'182.05 zuzüglich Zins weder aus dem Leasing-Vertrag noch aus dem sog. Garantievertrag ableite, sondern vielmehr aus einer ominösen und in allen Teilen bestrittenen Abrechnung „im Zusammenhang mit dem Leasing-Vertrag“

vom 27. November 2020. Die Gesuchstellerin werde wohl nicht behaupten wollen, dass diese in allen Teilen falsche und haltlose Abrechnung, welche nie anerkannt worden sei, sondern mehrfach bestritten worden sei, einen Rechtsöffnungstitel darstelle (Urk. 28 S. 9).

4.2 Der Gesuchsgegner führt weiter aus, dass es bei der Abgrenzung von Bürgschaft zu Garantie nicht auf den Wortlaut ankomme. Aus den Akten ergebe sich, dass die Formulierung des sog. Garantievertrages ausschliesslich von der Gesuchstellerin ausgegangen sei und klarerweise die Absicherung der Verpflichtungen aus dem Leasing-Vertrag vom 10./25. Juli 2017 bezweckt habe. Die Gesuchstellerin habe sich für diese Verpflichtungen aus dem Leasing-Vertrag auf alle Fälle und mit allen Mitteln absichern wollen und habe deshalb zusätzlich weitere Sicherheiten verlangt, wie sie sich wörtlich aus dem fraglichen Leasing-Vertrag unter dem Titel „Sicherheiten“ ergeben. Klarer und ausdrücklicher als dies im Leasing-Vertrag unter dem Titel „Sicherheiten“ formuliert worden sei, könne man die Akzessorietät gar nicht zum Ausdruck bringen (Urk. 28 S. 11 f.). Dazu komme, dass die Zitate der Gesuchstellerin in allen Teilen ihrer Beschwerdeschrift jeweils aus dem Zusammenhang gerissen seien. Aus der Formulierung der „Sicherheiten“ im Leasing-Vertrag ergebe sich ausdrücklich, dass die strittige „Privatgarantie von Herrn B.\_\_\_\_“ als integrierender Bestandteil des Leasing-Vertrags bestimmt gewesen sei, also als direkte akzessorische Verpflichtung zum Leasing-Vertrag (Urk. 28 S. 12). Desgleichen übergehe die Gesuchstellerin den massgebenden Wortlaut im Garantievertrag, wonach sich dieser direkt und ausschliesslich auf den Leasing-Vertrag beziehe und dass die Garantie selber ebenso ausdrücklich und ausschliesslich „die Bezahlung sämtlicher Verbindlichkeiten unter dem Leasing-Vertrag“ beinhalte. Damit garantiere der Garantievertrag nicht eine eigenständige vom Leasing-Vertrag unabhängige Forderung, sondern nur die Bezahlung der Verbindlichkeiten unter dem Leasingvertrag. Schliesslich sei nochmals auf die Abrechnung der Klägerin vom 27. November 2020 zu verweisen. Vorliegend werde genau Fr. 27'182.05 als Abrechnung aus dem Leasing-Vertrag Nr. 109249 geltend gemacht, also eben gerade nicht eine vom Leasing-Vertrag unabhängige Forderung (Urk. 28 S. 13).

4.3 Die Aussage der Vorinstanz, wonach zur Feststellung der garantierten Leistung auf das vertragliche Drittschuldverhältnis zurückgegriffen werden müsse, sei keinesfalls falsch, sondern ergebe sich ausdrücklich aus dem Wortlaut des Garantievertrages selber, welcher sich ausdrücklich auf die Bezahlung der Verbindlichkeiten aus dem Leasing-Vertrag beziehe. Welches diese „Bezahlung sämtlicher Verbindlichkeiten“ sei, bestimme ausschliesslich der Leasing-Vertrag, und ebengerade nicht der Garantievertrag. Damit sei zwingend zur Feststellung der garantierten Leistung auf den Leasing-Vertrag zurückzugreifen, so wie es die Vorinstanz erwogen habe (Urk. 28 S. 15). Im vorliegenden Fall komme es auf den von der Gesuchstellerin formulierten Einredeverzicht überhaupt nicht an. Die Gesuchstellerin übersehe, dass der Leasing-Vertrag selber keinen Einredeverzicht enthalte, dass aber der Garantievertrag ausdrücklich und ausschliesslich die Bezahlung der Verbindlichkeiten aus dem Leasing-Vertrag vorsehe und die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Verbindlichkeiten aus dem Leasing-Vertrag vollständig bestritten werden (Urk. 28 S. 16).

5.1 Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur provisorischen Rechtsöffnung (Urk. 22 S. 6, E. 5.1) sind zutreffend. Darauf kann vorweg verwiesen werden. Hinsichtlich der Ausführungen zur Vertragsqualifikation ist zu ergänzen, dass in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen ist (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung stellt eine Tatfrage dar und hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang (BGE 137 III 145 E. 3.2.1; BGE 135 III 410 E. 3.2 m.w.H.). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht behauptet wird oder unbewiesen bleibt, ist nach dem Vertrauensprinzip der rechtliche Konsens zu ermitteln. Nach diesem hat eine Partei ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie sie vom Adressaten im Zeitpunkt ihrer Abgabe nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; BGE 144 III 43 E. 3.3; BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 je m.w.H.). Dass die Vorinstanz keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien feststellte und stattdessen direkt den normativen Konsens ermittelte, wird von keiner Partei bemängelt (Urk. 21; Urk. 28). Ohnehin fehlen substantiierte und zum Beweis – welcher im summari-

schen Verfahren grundsätzlich nur mittels Urkunden zu erbringen ist (vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO) – feststellbare Behauptungen der Parteien zum subjektiven Parteiwillen. Massgebend ist vorliegend daher der normative Konsens.

5.2 Die Vorinstanz orientiert sich in ihren Erwägungen zur Qualifikation des Rechtsöffnungstitels an zwei Vertragstypen und deren Abgrenzung: am Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR (Garantievertrag i.e.S.) und an der Bürgschaft (Art. 492 ff. OR). Mit dem Garantievertrag i.e.S., vom Gesetz als "Vertrag zu Lasten eines Dritten" bezeichnet, verspricht der Garant (Promittent) dem Begünstigten (Promissar) die Leistung eines Dritten (Art. 111 OR). Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge (Interzedent) gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der (Haupt-)Schuld einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Hier wie dort verspricht der Promittent seinem Vertragspartner also, für die Leistung oder Schuld eines Dritten einzustehen. Er sichert mit seinem Versprechen die Erfüllung einer fremden Leistung resp. Hauptschuld ab (vgl. BK-Weber, Art. 111 OR N 47). Beiden Verträgen liegt mithin ein Dreipersonenverhältnis (Promittent, Promissar, Hauptschuldner) zugrunde. Aufgrund des einander angenäherten Zwecks beider Verträge wird die Garantie i.e.S. auch als bürgschaftsähnliche Garantie bezeichnet. Sie bezieht sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis, das dem Begünstigten (Promissar) einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt (vgl. BGer 4A\_279/2009 vom 14. September 2009, E. 3.1; BGE 113 II 434 E. 2a). Da für beide Verträge unterschiedliche Formvorschriften gelten, kommt ihrer Abgrenzung und den diesbezüglichen Kriterien entscheidende Bedeutung zu. Dabei greift in Zweifelsfällen für Privatpersonen eine Vermutung für das Vorliegen einer Bürgschaft und deren geltenden Formvorschriften (Art. 493 Abs. 2 OR; BGE 113 II 434 E. 2c).

6.1 Gemäss Bundesgericht ist bei der Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips zwecks Unterscheidung von Bürgschaft und Garantie dem Wortlaut der von den Parteien verwendeten juristischen Begriffe keine entscheidende Bedeutung zuzumessen (BGE 125 III 305 E. 2). Allerdings haben die Parteien ihre Vereinbarung nicht nur als "Garantievertrag" bezeichnet, sondern es wird zudem die Gesuchstellerin klar als "Garantienehmerin" und der Gesuchsgegner als "Garantie-

geber" betitelt. Im anschliessenden Vertragstext wird die verwendete Terminologie konsequent beibehalten. Ebenfalls wird ausdrücklich auf Art. 111 OR hingewiesen und festgehalten, dass sich der Garantiegeber bewusst sei, dass diese Garantie keine Bürgschaft im Sinne von Art. 492 ff. OR darstelle (Urk. 4/1, Ziffer 7). Damit haben sich die Parteien bewusst auf eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR festgelegt und von einer Bürgschaft Abstand genommen. Der Wortlaut ist diesbezüglich klar und unmissverständlich. Auch wenn der Gesuchsgegner keine im Gebrauch von juristischen Fachbegriffen geschulte Person ist und sich nicht alltäglich mit Sicherungsverträgen befasst, muss er sich dennoch Ziffer 7 des Garantievertrags entgegenhalten. Der Gesuchsgegner kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Parteien die Ausdrücke des schweizerischen Rechts nicht in ihrem eigentlichen Sinne verwendet hätten, da sie auf die anzuwendende Gesetzesbestimmung Bezug genommen haben. Es sind zudem keine Gründe ersichtlich, wieso diese Vertragsbestimmung für den Gesuchsgegner nicht gelten solle. Eine andere Auslegung würde dazu führen, dass eine nicht "geschäftsgewandte" Person faktisch nie ein Garantievertrag abschliessen könnte, was mit der Vertragsfreiheit nicht vereinbar wäre. Nach Treu und Glauben muss dem Gesuchsgegner bewusst gewesen sein, dass ein Unterschied zwischen Bürgschaft und Garantie besteht und der vorliegende Vertrag keine Bürgschaft darstellt. Ob der Gesuchsgegner den Unterschied zwischen Bürgschaft und Garantie tatsächlich erfasst hat, ist nicht relevant. Gegenüber seinem Vertragspartner hat er eine selbständige Verpflichtung erkennen lassen, zumal aus dem Garantievertrag hinreichend deutlich wird, zu welcher Leistung er sich unter welchen Bedingungen verpflichtet hat (vgl. Urk. 4/1, Ziffer 1 und 2).

6.2 Für die Feststellung der Garantenleistung muss – entgegen der Vorinstanz (Urk. 22 S. 11, E. 5.3.3) und dem Gesuchsgegner (Urk. 28 S. 15) – auch nicht auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden. Der Gesuchsgegner hat sich verpflichtet, auf erste Aufforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit der Rechtswirkungen des Leasingvertrages und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus dem Leasingvertrag, nach Erhalt einer schriftlichen Zahlungsaufforderung jeden Betrag bis Fr. 134'800.– zu zahlen, sofern aus der schriftlichen Zahlungsaufforderung hervorgeht, dass die Gesuchstellerin im Ausmass des gefor-

dernten Betrags bei Fälligkeit keine Bezahlung erhalten hat (Urk. 4/1, Ziffer 1 und 2). Damit wird die Leistung des Gesuchsgegners in der Garantie selbst umschrieben, nämlich die Bezahlung jeder von der Gesuchstellerin verlangten Geldsumme bis zur Obergrenze von Fr. 134'800.–. Für die Auslösung der Zahlungspflicht ist erforderlich und ausreichend, wenn die Gesuchstellerin eine Bestätigung beibringt, sie habe trotz Fälligkeit des verlangten Betrags keine Zahlung erhalten. Dass diese Erklärung ohne jegliche weiteren Nachweise für die Auslösung der Zahlungspflicht des Gesuchsgegners ausreicht, spricht für eine selbständige Garantie, zumal der Gesuchsgegner auf jedwelche Einreden und Einwendungen aus dem Hauptschuldvertrag verzichtet hat, unabhängig davon, ob der Leasingvertrag gültig ist. Damit lassen die vom Gesuchsgegner und der Vorinstanz angeführten Bürgschaftsindizien den Schluss auf eine akzessorische Verpflichtung nicht zu.

6.3 Im Garantievertrag verpflichtet sich der Gesuchsgegner in Anbetracht, dass die C.\_\_\_\_\_ SA einen Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen mit der Gesuchstellerin abgeschlossen habe, eine Garantie zugunsten der Gesuchstellerin abzugeben. Gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid anerkannte der Gesuchsgegner an der C.\_\_\_\_\_ SA "Anteile (Kapitals- oder Stimmrechtsanteile) von 25% oder mehr" zu halten und bestätigte, dass neben ihm keine Drittpersonen an den auf dem Konto liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sind (Urk. 22 S. 10, E. 5.3.2; Urk. 4/4.). Der Gesuchsgegner hatte als wirtschaftlicher Teilhaber der C.\_\_\_\_\_ SA und zudem als deren einzelzeichnungsberechtigtes Vorstandsmitglied (vgl. Urk. 4/3) ein eigenes Interesse an der Leistung der Gesuchstellerin. Das Eigeninteresse des Sicherungsgebers hat die ältere Rechtsprechung und die Lehre als gewichtigen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Garantie gewertet (BK-Weber, N 61 zu Art. 111 OR; BSK OR I-Pestalozzi, Art. 111 N 31).

6.4 Wortlaut, fehlende Akzessorietät, Einredeverzicht und Eigeninteresse des Gesuchsgegners weisen darauf hin, dass eine selbständige Verpflichtung gewollt war. Da ein eindeutiges Ergebnis vorliegt, greifen die von der Rechtsprechung aufgestellten Vermutungen (vgl. BGE 131 III 511 E. 4.3; BGer 5A\_15/2018 vom 16. April 2019, E. 4.4.4; Urk. 22 S. 8, E. 5.2.3) nicht. Es liegt zwischen den Partei-

en ein gültiger Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR vor. Nach Ziffer 2 des Garantievertrags muss die Zahlungsaufforderung der Garantiennehmerin schriftlich erfolgen und die Bestätigung enthalten, dass sie im Ausmass des unter der Garantie verlangten Betrages bei Fälligkeit keine Zahlung erhalten hat (Urk. 4/1, Ziffer 2). Die Gesuchstellerin hat mit Schreiben vom 18. Dezember 2020 den Gesuchsgegner zur Zahlung von Fr. 27'182.05 aufgefordert und erklärt, dass sie im Ausmass des geforderten Betrags bei Fälligkeit keine Bezahlung erhalten hat (Urk. 4/11). Das wurde auch im vorliegenden Prozess vorgetragen (Urk. 1 Rz. 14 ff.). Die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Garantie sind erfüllt. Da – wie aufgezeigt – keine Akzessorietät vorliegt und der Gesuchsgegner auf jegliche Einwendungen und Einreden aus dem Leasingvertrag verzichtet hat, sind die Vorbringen des Gesuchsgegners, wonach die Schuld nicht bestehe bzw. keine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG vorliege, unbeachtlich. Sämtliche Einwendungen des Gesuchsgegners zum Nichtbestand der Forderung (Urk. 10 S. 11 ff., S. 19; Urk. 28 S. 5 f.) betreffen das Schuldverhältnis aus dem Leasingvertrag bzw. die Eigentumsverhältnisse des Leasingobjekts und beziehen sich nicht auf den Garantievertrag. Die geltend gemachte Verrechnungsforderung hat im Übrigen bereits die Vorinstanz mit überzeugender Begründung verworfen (Urk. 22 S. 12, E. 5.5). Die Beschwerde erweist sich damit als begründet.

7.1 Die Beschwerdeinstanz kann bei Gutheissung der Beschwerde den Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen (sog. kassatorischer Entscheid) oder neu entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist (sog. reformatorischer Entscheid; Art. 327 Abs. 3 ZPO). Im vorliegenden Fall ist die Sache aus verfahrensrechtlichen Gründen noch nicht spruchreif, nachdem die Vorinstanz dem Gesuchsgegner die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 25. Oktober 2021 zu dessen Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch (Urk. 18) erst zusammen mit dem Endentscheid zur Kenntnisnahme zugestellt hat (vgl. Urk. 22 S. 13, Dispositiv-Ziffer 4) und der Gesuchsgegner noch keine Gelegenheit hatte, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessende und auch im Rechtsöffnungsverfahren bestehende sog. Replikrecht vor Vorinstanz wahrzunehmen (BGer 5A\_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; 5A\_151/2007 vom 22. Januar 2008,

E. 3.2; s.a. BK ZPO II-Güngerich, Art. 253 N 10 ff.; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 49; ZK ZPO-Klingler, Art. 252 N 6 ff.; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 253 N 7). Dieses Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue Tatsachen oder rechtliche Argumente enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert. Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Urteils zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zur Replik einzuräumen. Hierzu genügt es grundsätzlich, den Parteien die Eingaben zur Information zuzustellen (BGer 5D\_203/2013 vom 12. März 2014, E. 2.1 m.w.H.). Insofern bedarf es vor der neuen Entscheidung noch einer weiteren Prozesshandlung (vgl. Reich, Stämpflis Handkommentar, ZPO 327 N 4; zum Ganzen auch BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2 S. 399 ff.).

7.2. Die Erstellung der Spruchreife durch Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren fällt ausser Betracht, da die Beschwerdeinstanz mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts lediglich über eine beschränkte Kognition verfügt (Art. 320 lit. b ZPO) und Noven im Beschwerdeverfahren unzulässig sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II.2; vgl. Hoffmann-Nowotny/Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel – Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 327 N 14; Schenker, Stämpflis Handkommentar, ZPO 53 N 23; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 27 f.; s.a. BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 83). Die Sache ist deshalb zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei muss der Gesuchsgegner vor Ausfällung des neuen Entscheids Gelegenheit haben, zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 25. Oktober 2021 (Urk. 18) Stellung zu nehmen.

8. Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs.

4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid/Jent-Sørensen, Art. 104 N 7). Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 750.– festzusetzen. Vorzumerken ist, dass die Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet hat.

**Es wird beschlossen:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 9. Dezember 2021 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Entscheidung über eine allfällige Parteientschädigung und deren Höhe im Beschwerdeverfahren sowie die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 27'182.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 11. Oktober 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Meli

versandt am:  
jo