

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170144-O/U

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

Urteil vom 2. November 2017

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 13. Juli 2017 (EB170179-G)

Erwägungen:

1. a) Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) stellte vor Erinstanz mit Eingabe vom 26. Juni 2017 das Gesuch, es sei ihr in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfannenstiel (Zahlungsbefehl vom 21. April 2017) gestützt auf den vom 24. März 2015 datierten Werkvertrag Nr. 033 (Urk. 8/1) und den Nachtrag Nr. 01 vom 1. Dezember 2015 (Urk. 8/3) Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 9'923.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit 29. Januar 2017, unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin; Urk. 1 f.).

Ohne eine Stellungnahme der Gesuchsgegnerin einzuholen wies die erstinstanzliche Rechtsöffnungsrichterin mit Urteil vom 13. Juli 2017 das Rechtsöffnungsbegehren in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfannenstiel (Zahlungsbefehl vom 21. April 2017) ab und auferlegte der Gesuchstellerin die Entscheidgebür von Fr. 300.–. Der Gesuchsgegnerin wurde keine Parteientschädigung zugesprochen (Urk. 9).

b) Mit fristgerechter Eingabe vom 27. Juli 2017 erhob die Gesuchstellerin Beschwerde mit dem Antrag, es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und ihr Rechtsöffnungsbegehren vollumfänglich gutzuheissen. Die Beschwerdeschrift war einzig von C._____, Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchstellerin, unterzeichnet, welcher gemäss Handelsregister des Kantons Zürich einzig zur Kollektivunterschrift zu zweien berechtigt ist (Urk. 11).

Mit Verfügung vom 4. August 2017 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um die Beschwerdeschrift durch gemäss dem Handelsregister des Kantons Zürich zeichnungsberechtigte Personen unterzeichnen zu lassen, sowie um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 300.– zu leisten (Urk. 16). Innert Frist ging die gesetzesmässig unterzeichnete Beschwerdeschrift (Urk. 18) ein.

Mit Verfügung vom 22. August 2017 wurde der Gesuchstellerin Nachfrist angesetzt, um den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 300.– zu leisten

(Urk. 19). Dieser ging hierorts fristgerecht mit Valutadatum vom 25. August 2017 ein (Urk. 19 f.).

2. a) Die erstinstanzliche Rechtsöffnungsrichterin erwog im angefochtenen Urteil, die Gesuchstellerin stütze ihr Rechtsöffnungsbegehren zum einen Teil auf den vom 24. März 2015 datierenden Werkvertrag zwischen den Parteien (unter Hinweis auf Urk. 8/1) und zum anderen Teil auf die gesuchstellerische Nachoffer- te im Sinne des Nachtrags Nr. 01 vom 1. Dezember 2015 (unter Hinweis auf Urk. 8/3). Es sei deshalb zu prüfen, ob der Werkvertrag und der Nachtrag Nr. 01 durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennungen darstellten, welche den Be- stand und die Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung in Höhe von ins- gesamt Fr. 9'923.90 rechtsgenügend nachweisen würden und demnach als provi- sorische Rechtsöffnungstitel tauglich seien. Gemäss Darstellung der Gesuchstel- lerin setze sich die aus dem Werkvertrag geltend gemachte Forderung aus einem offenen Restbetrag einer Rechnung vom 27. November 2015 in Höhe von Fr. 481.25 sowie aus noch nicht bezahlten Lieferungen, Leistungen und Arbeiten per 29. Dezember 2016 im Umfang von Fr. 3'332.40 zusammen (unter Hinweis auf Urk. 7). In ihrer E-Mail vom 4. Januar 2016 (unter Hinweis auf Urk. 8/5) führe die Gesuchstellerin aus, sie habe der Gesuchsgegnerin eine Rechnung (Nr. 21390) in Höhe von Fr. 7'481.25 gestellt, wovon die Gesuchsgegnerin nur Fr. 7'000.– bezahlt habe. Daraus ergebe sich ein offener Restbetrag von Fr. 481.25. In der Schlussrechnung (unter Hinweis auf Urk. 8/17) werde die Rechnung Nr. 21390, respektive die Zahlung der Gesuchsgegnerin, indes mit Fr. 6'481.50 beziffert. Die konkrete Rechnung Nr. 21390 liege nicht vor. Aus den eingereichten Schriftstücken lasse sich die tatsächliche Höhe des offenen Restbe- trags der Rechnung Nr. 21390 nicht beziffern und könne aufgrund der unter- schiedlichen Bezifferungen durch die Gesuchstellerin auch nicht aus den weiteren Unterlagen einfach ausgerechnet werden. Die Behauptung der Gesuchstellerin, es sei noch ein Restbetrag von Fr. 481.25 offen, sei demnach nicht belegt. Auf- grund dieser unterschiedlichen Bezifferungen der Rechnung Nr. 21390 durch die Gesuchstellerin sei schliesslich auch nicht ersichtlich, in welcher Höhe die Ge- suchsgegnerin ihrer Zahlungspflicht nachgekommen sei und welcher Betrag tat- sächlich unbezahlt geblieben sei. Die Gesuchstellerin behaupte, die Gesuchs-

gegnerin schulde ihr noch Fr. 3'332.40 für offene Lieferungen, Leistungen und Arbeiten per 29. Dezember 2016 nach Vertragsgrundlage (unter Hinweis auf Urk. 7). Diese Summe ergebe sich aus dem Total der Werkvertragssumme (Fr. 21'026.70) minus die bereits geleisteten Zahlungen der Gesuchsgegnerin. Da in Bezug auf die Rechnung Nr. 21390 allerdings unklar sei, wieviel die Gesuchsgegnerin davon bezahlt habe, seien auch die behaupteten Fr. 3'332.40 nicht belegt. Folglich vermöge der Werkvertrag für die daraus geltend gemachten Forderungsbeträge den vollen und liquiden Beweis nicht zu erbringen und es liege für die geltend gemachten Fr. 3'813.65 (Fr. 3'332.40 + Fr. 481.25) kein rechtsgenügender Rechtsöffnungstitel vor. Was die Nachofferte für die geltend gemachten Mehrleistungen gemäss Nachtrag Nr. 01 (Fr. 6'110.25) betreffe, so lege die Gesuchstellerin selbst dar, dass diese von der Gesuchsgegnerin nie unterzeichnet worden sei (unter Hinweis auf Urk. 7 und Urk. 8/9). Vielmehr habe die Gesuchsgegnerin zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der Nachofferte im Sinne von Nachtrag Nr. 01 nicht einverstanden sei (unter Hinweis auf Urk. 8/10). Der Nachtrag Nr. 01 stelle demnach keine Schuldanerkennung im Sinne des SchKG dar und es liege für die daraus geltend gemachte Forderung von Fr. 6'110.25 ebenfalls kein Rechtsöffnungstitel vor. Nach dem Gesagten sei festzustellen, dass für die in Betreuung gesetzte Forderung kein gültiger Rechtsöffnungstitel vorliege. Das Rechtsöffnungsbegehren sei deshalb abzuweisen, und die Gesuchstellerin sei für ihre Forderung auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen (Urk. 12 S. 4 ff. E. 3.2 ff.).

b) Die Gesuchstellerin führt dazu in ihrer Beschwerdeschrift aus, gemäss Rechnung Nr. 21390 (unter Hinweis auf Urk. 14/1) und der Bestätigung des Zahlungseingangs (unter Hinweis auf Urk. 14/2) sei die Differenz der nicht bezahlten Fr. 481.25 ersichtlich. Somit sei der fehlende Restbetrag belegt. Die von der Vorinstanz bemängelten und nicht erklärbaren Beträge Fr. 7'000.– respektive Fr. 6'481.50 seien einerseits der bezahlte Betrag von Fr. 7'000.– inklusive Mehrwertsteuer und andererseits der bezahlte Betrag von Fr. 6'481.50 exklusive Mehrwertsteuer, der in der Schlussrechnung in der Zusammenstellung (in welcher alle Beträge ohne Mehrwertsteuer ausgewiesen seien, da die Mehrwertsteuer am Schluss auf Seite 2 der Rechnung aufgerechnet werde) aufgeführt sei. Die Vorinstanz führe aus, dass die offene Forderung über Fr. 3'332.40 nicht belegt sei, da

in Bezug auf die Rechnung Nr. 21390 unklar sei, wie viel die Gesuchsgegnerin davon bezahlt habe. Dies sei mit den Urkunden 14/1-2 hinreichend belegt. Die begründeten Mehrleistungen von Fr. 6'110.25 hätten infolge des Baufortschrittes für die Abwendung von Nachschäden und infolge Terminverzögerungen unausweichlich ausgeführt werden müssen. Gemäss Art. 45 Abs. 2 der SIA-Norm "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" führe der Unternehmer dringliche Arbeiten, die zur Abwendung von Gefahr oder Schaden unerlässlich seien, in Regie aus, ohne eine Anordnung der Bauleitung abzuwarten. Die vorliegend aufgeführten Arbeiten hätten ausgeführt werden müssen, da ansonsten keine Lüftungen in Räumen ohne Fenster ausgeführt worden wären, was unausweichlich über kurz oder lang zu Feuchtigkeits- und Bauschäden geführt hätte. Der Unternehmer (Gesuchstellerin) habe die Arbeiten gemäss Art. 45 Abs. 2 der SIA-Norm 118 sofort der Bauleitung (Gesuchsgegnerin) zu melden, was im Vorfeld mit der Nachtragsofferte vom 1. Dezember 2015 bereits geschehen sei. Die Bauleitung (Gesuchsgegnerin) könne solche Arbeiten gemäss Art. 45 Abs. 2 der SIA-Norm 118 jederzeit einstellen lassen, was nie geschehen sei. In Art. 154 Abs. 2 der SIA-Norm 118 sei klar geregelt, dass die Bauleitung (Gesuchsgegnerin) die Schlussabrechnung innert Monatsfrist zu prüfen und dem Unternehmer (Gesuchstellerin) unverzüglich über das Ergebnis Bescheid zu geben habe. Differenzen habe die Bauleitung (Gesuchsgegnerin) gemäss Art. 154 Abs. 3 der SIA-Norm 118 unverzüglich nach ihrer Feststellung mitzuteilen und sie zu begründen. Eine Begründung und ein Entscheid zur Schlussrechnung würden bis heute nicht vorliegen. Hiermit sei mit den Beilagen und Auszügen klar nachgewiesen, dass die Betreuung und Forderungen ihre Richtigkeit haben würden und die Beschwerde begründet sei (Urk. 11).

3. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren unter anderem neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (= Noven) ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend (Frei-

burghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 326 N 3 f.).

b) Die Urkunden 14/1-2 wurden im Rahmen des vorliegenden Rechtsöffnungsverfahrens erstmals im Beschwerdeverfahren eingebracht, weshalb sie im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO als verspätet zu betrachten sind und daher nicht mehr berücksichtigt werden können. Dasselbe gilt für die Tatsachenbehauptungen der Gesuchstellerin in ihrer Beschwerdeschrift vom 27. Juli 2017 zu diesen Urkunden (Urk. 11 S. 1).

c) Die Gesuchstellerin macht im Beschwerdeverfahren sinngemäss geltend, dass die Vorinstanz aus der Schlussrechnung vom 29. Dezember 2016 (Urk. 8/13 S. 2 f.) hätte ersehen können, dass es sich bei den dort erwähnten Fr. 6'481.50 um die Zahlung von Fr. 7'000.– exklusive Mehrwertsteuer handelt (Urk. 11 S. 1). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist aus der genannten Schlussrechnung tatsächlich zu entnehmen, dass es sich bei allen Beträgen auf Seite 1 um Nettobeträge handelt, bei welcher die Mehrwertsteuer noch nicht berücksichtigt ist. So geht aus Seite 2 hervor, dass es sich beim Totalbetrag von Fr. 9'188.80 um den "Preis total exkl. MWST" handelt (Urk. 8/13 S. 2 f.). Somit ergibt sich aus der aufgeführten Zahlung der Gesuchsgegnerin von Fr. 6'481.50 die in Urkunde 8/5 vorgebrachte Zahlung von Fr. 7'000.– (inklusive der Mehrwertsteuer von 8 %). Da hingegen der erstinstanzlichen Richterin die Rechnung Nr. 21390 (Urk. 14/1) nicht zur Verfügung stand, war für sie nicht ersichtlich, ob der in der Eingabe der Gesuchstellerin vom 7. Juli 2017 geltend gemachte offene "Restbetrag zu Rechnung vom 27.11.15" tatsächlich Fr. 481.25 betrug (vgl. Urk. 7 S. 2). Die Forderung über Fr. 7'481.25 aus der Rechnung Nr. 21390 wurde zwar in der E-Mail vom 4. Januar 2016 (Urk. 8/5; siehe ferner zum Betrag von Fr. 481.25 auch Urk. 8/7) erwähnt. Der erstinstanzlichen Richterin war es jedoch ohne die Rechnung Nr. 21390 nicht möglich, zu überprüfen, ob die Forderung von gesamthaft Fr. 7'481.25 auf dem Rechtsöffnungstitel – dem Werkvertrag Nr. 033 vom 24. März 2015 (Urk. 8/1) – beruhte.

Aus dem von den Parteien unterzeichneten Werkvertrag Nr. 033 vom 24. März 2015 geht eine Forderung von gesamt Fr. 21'026.70 (inklusive 8 %

Mehrwertsteuer) hervor. Ohne die Positionen "Bauwesenversicherung", "Baustrom + Bauwasser", "Bauschuttentsorgung" und "uneruierbare Schäden" führt der Werkvertrag eine Forderung von Fr. 21'302.95 netto und Fr. 19'724.95 ohne Mehrwertsteuer von 8 % auf (Urk. 8/1 S. 1 und S. 5). In der Schlussrechnung vom 29. Dezember 2016 ist als "Total Werkvertragssumme, rein netto" Fr. 19'469.15 aufgeführt (Urk. 8/13 S. 2 und S. 4 f.). Wie bereits vorstehend ausgeführt, ist davon auszugehen, dass in der Schlussrechnung unter "rein netto" – entgegen der Bezeichnung im Werkvertrag Nr. 033 – Beträge ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu verstehen sind. Trotzdem stimmt die in der Schlussrechnung geforderte Summe von Fr. 19'469.15 mit keinem im Werkvertrag Nr. 033 genannten Betrag vollständig überein. In Übereinstimmung mit der erstinstanzlichen RichterIn stellt daher der Werkvertrag keinen genügenden Rechtsöffnungstitel für die in der Eingabe der Gesuchstellerin vom 7. Juli 2017 geforderten Fr. 3'332.40 für "offene Lieferungen, Leistungen und Arbeiten per 29.12.16 nach Vertragsgrundlage (Werkvertrag)" dar (Urk. 7 S. 2).

d) Verfügt der Gläubiger über eine *unterschiedene* oder in öffentlicher Urkunde festgehaltene Schuldanerkennung, so kann er vom Richter die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Eine Schuldanerkennung liegt vor, wenn daraus der vorbehalt- und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden einen bestimmten oder leicht bestimmbareren Betrag zu zahlen. Dabei kann sich die Schuldanerkennung auch aus einer Gesamtheit von Urkunden ergeben, sofern die notwendigen Elemente daraus hervorgehen. Dies bedeutet, dass die *unterzeichnete* Urkunde auf die Schriftstücke, welche die Schuld betragsmässig ausweisen, klar und unmittelbar Bezug nehmen beziehungsweise verweisen muss. Eine Bezugnahme kann jedoch nur dann konkret sein, wenn der Inhalt der verwiesenen Dokumente dem Erklärenden bekannt und von der unterzeichneten Willensäusserung gedeckt ist. Für einen Betrag, der im Zeitpunkt, in dem der Betriebene *seine Unterschrift auf das Schriftstück setzte*, aus dem seine Schuld hervorgeht, weder bestimmt noch leicht bestimmbar war, kann somit die Rechtsöffnung nicht erteilt werden (BGer 5A_142/2017 vom 18. August 2017, E. 3.1 m.w.H.).

Die Gesuchstellerin führte bereits im erstinstanzlichen Verfahren aus, dass der Nachtrag Nr. 01 vom 1. Dezember 2015 über Fr. 6'190.65 bzw. Fr. 6'110.40 (Urk. 8/3) von der Gesuchsgegnerin nie unterzeichnet worden sei (unter Hinweis auf Urk. 7 und Urk. 8/9 S. 2; siehe auch Urk. 3/2 S. 3 und Urk. 8/3 S. 3). Die Gesuchsgegnerin brachte mit E-Mail vom 19. Februar 2016 sodann klar zum Ausdruck, dass sie mit dem Nachtrag Nr. 01 vom 1. Dezember 2015 "nicht einverstanden" sei (Urk. 8/10; siehe auch Urk. 8/11). Da somit kein von den zeichnungsberechtigten Personen der Gesuchsgegnerin unterschriebener Nachtrag Nr. 01 vom 1. Dezember 2015 existiert, kann gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG vorliegend die provisorische Rechtsöffnung über den geforderten Betrag von Fr. 6'110.25 nicht erteilt werden. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zu Art. 45 und 154 der SIA-Norm 118 sind deshalb vorliegend ohne Belang. Wie die erstinstanzliche Richterin bereits zu Recht ausführte, hat die Gesuchstellerin ihre diesbezügliche Forderung im ordentlichen Zivilprozess (Art. 79 SchKG) geltend zu machen.

e) Im Übrigen setzt sich die Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils inhaltlich nicht weiter auseinander. Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Gesuchsgegnerin oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens ist ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und gestützt auf Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 300.– festzusetzen. Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 300.– festgesetzt.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsgegnerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteient-schädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beila-ge von Kopien der Urk. 11 und 17 f. sowie der Doppel der Urk. 13 und 14/1-3, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-telfrist 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 Be-schwerde 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. 9'923.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. November 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc