

# ZH\_OBERGERICHT RT230084 vom 19. Januar 2024

ZH Obergericht, 2024-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT230084](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT230084)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT230084 du 19 janvier 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT RT230084 del 19 gennaio 2024

## Erwägungen

### E. 13

S. 2; Urk. 14/8). Nachdem trotz dieser Versprechen seitens der C.\_\_\_\_\_ keine Lösung offeriert worden sei, habe die Beklagte den Vertrag am 4. November 2022 unter Verweis auf einen Grundlagenirrtum, einen Vertragsbruch sowie aus wichtigem Grund gekündigt (Urk. 14/10) sowie die vorliegend strittige dritte Jahreslizenz nicht gezahlt (Urk. 13 S. 3).

- 3 - 1.3 Zum weiteren Schriftenwechsel vor Vorinstanz sei auf die betreffenden Dokumente (insb. Urk. 17 und 21) verwiesen, auf welche, soweit erforderlich, nachfolgend näher eingegangen wird (s.u. insb. III.3.2). 1.4 Mit Urteil vom 23. Mai 2023 wies das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen (Vorinstanz) das von der Klägerin gestellte provisorische Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2023) für den Betrag von CHF 115'060.20 zzgl. Zins von 5% seit 17. Januar 2023 sowie die Betreuungskosten in Höhe von CHF 203.30 unter Kostenfolgen zulasten der Klägerin ab (Urk. 27). 2.1 Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 12. Juni 2023 Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 26 S. 2): "1. Es sei das Urteil EB230038 des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Mai 2023 aufzuheben und in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2023) sei gestützt auf Art. 82 SchKG Rechtsöffnung zu erteilen für: CHF 115'060.20 nebst Zins zu 5% seit 17. Januar 2023 und Betreuungskosten in Höhe von CHF 203.30. 2. Eventualiter sei das Urteil EB230038 des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Mai 2023 aufzuheben und die Sache zur Neu beurteilung an das Bezirksgericht Horgen zurückzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin." 2.2 Mit Verfügung vom 13. Juni 2023 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 3'000.– angesetzt (Urk. 31), welcher fristgerecht einging (Urk. 32). Die Beklagte reichte innert der mit Verfügung vom 7. September 2023 angesetzten Frist die Beschwerdeantwort ein (Urk. 33 bis 36/1-14). Die Beschwerdeantwort wurde der Klägerin mit Verfügung vom 3. Oktober 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 37), woraufhin die Klägerin im Rahmen ihres Replikrechts mit Eingabe vom 16. Oktober 2023 eine Stellungnahme einreichte (Urk. 38 bis 40/10-11). Die Stellungnahme vom 16. Oktober 2023 wurde der Beklagten mit Verfügung vom 14. November 2023 zugestellt, woraufhin diese im Rahmen ihres Replikrechts mit Eingabe vom 27. November 2023 eine Stellungnahme einreichte (Urk. 42 bis 44/1-2). Diese wurde wiederum am 29. November

- 4 - 2023 der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2023 äusserte sich die Klägerin ein weiteres Mal; diese Stellungnahme wurde der Beklagten am 3. Januar 2024 ebenfalls zur Kenntnis zugestellt (Urk. 46+47). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben sind nicht erfolgt. Die vorinstanzlichen Akten wurden

beigezogen (Urk. 1-25). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. II. Prozessuales 1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 26 und 25/2). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 31, 32) und die vor Vorinstanz unterlegene Klägerin ist ohne Weiteres zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO). 2. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung sowie 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. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest soweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (OGer ZH RT180080 vom 29. August 2018, E. I.4.). Die Beschwerdegründe sind in der Beschwerdeschrift resp. innert der Beschwerdefrist vollständig vorzutragen und nachzuweisen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des aus Art. 6 EMRK (soweit anwendbar: BSK SchKG-Staehelin, Art. 84 N 41b m.w.H.) bzw. Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten allgemeinen Replikrechts (BGE 144 III 117 E. 2.1 S. 118; BGE 146 III 237 E. 3.1 [S. 243]) dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar Neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4

- 5 - [S. 417; betr. Berufung]). Eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist oder im Rahmen einer spontanen Replik ist mithin unzulässig. 3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4). Unbeschränkt zulässig sind sodann neue rechtliche Vorbringen: Diesbezüglich hat die Beschwerdeinstanz volle Kognition, weil sie das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; OGer ZH RT150086 vom

## **E. 17**

August 2015, E. 4.1). 4. Zahlreiche Dokumente, die in den Akten liegen, inklusive des Vertrags vom 29. September 2020 (Urk. 4/2) sind auf Englisch abgefasst. Eine Übersetzung der Dokumente ist vorliegend entbehrlich, da das Gericht und offensichtlich auch die Parteien, die auf die englischsprachigen Dokumente Bezug nehmen, des Englischen mächtig sind (BSK SchKG-Staehelin, Art. 84 N 54 m.w.H.). III. Materielles 1. Die Vorinstanz erwog im Entscheid vom 23. Mai 2023 im Wesentlichen, dass der Vertrag von beiden Parteien unterzeichnet worden sei und deshalb als potentieller provisorischer Rechtsöffnungstitel dienen könne (Urk. 27 S. 8). Bei zweiseitigen Verträgen gelange die sog. Basler Rechtsöffnungspraxis zur Anwendung. In deren Rahmen habe die Schuldnerin insbesondere die Möglichkeit, glaubhaft zu machen, dass die Gegenleistung der Gläubigerin in einem Austauschverhältnis zur geforderten Leistung der Schuldnerin stehe, um gestützt darauf zu behaupten, dass die Gläubigerin die Gegenleistung nicht gehörig erbracht habe (Urk. 27 S. 9 f.). Vorliegend habe die Beklagte glaubhaft gemacht, dass die Gegenleistung für die Jahreslizenzgebühr in der erfolgreichen Implementierung der C.\_\_\_\_-Accounts bestehe sowie in nicht haltloser Weise behauptet, dass diese

Gegenleistung von der Klägerin nicht erbracht worden sei. Dass die C.\_\_\_\_-Accounts nicht erfolgreich hätten aktiviert werden können, habe die Klä- gerin weder bestritten noch mit Urkunden widerlegt (Urk. 27 S. 10 f.). Im Lichte

- 6 - der Basler Rechtsöffnungspraxis scheitere daher das Rechtsöffnungsbegehren, weshalb die Zulässigkeit der Kündigung vom 4. November 2022 offengelassen werden könne (Urk. 27 S. 12). 2.1 Die Klägerin rügt, dass die einzige Gegenleistung, welche sie im Austauschverhältnis für die Jahreslizenzgebühr geschuldet habe, in den Lizenzen an sich bestehe. Dass die Klägerin diese verschafft habe, sei unbestritten (Urk. 26 Rz. 29; Urk. 38 Rz. 23). Ein Austauschverhältnis zwischen den Jahreslizenzzah- lungen und dem Aktivierungserfolg der C.\_\_\_\_-Accounts habe die Beklagte hin- gegen erst in der Duplik vom 28. März 2023 (Urk. 21) behauptet. Diese Behaup- tung sei unrichtig sowie verspätet erfolgt und wäre von der Vorinstanz nicht zu be- rücksichtigen gewesen (Urk. 26 Rz. 29; Urk. 38 Rz. 22). Zudem sei die Vorinstanz in Willkür verfallen, indem sie zum einen mit Verfügung vom 6. März 2023 den Ak- tenschluss angeordnet (Urk. 15), zum anderen aber erwogen habe, dass die Be- klagte mit der Eingabe vom 17. März 2023, welche von nach dem Aktenschluss datiere, weder bestritten habe, dass die 1'200 C.\_\_\_\_-Accounts nicht hätten in- tegriert werden können, noch durch Urkunden widerlegt habe, dass die Gegen- leistung der Klägerin nicht gehörig erbracht worden sei. Nur die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels führe zur unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit mit sämtlichen Säumnisfolgen (Urk. 26 Rz. 21 f.; Urk. 27 S. 10 unten). Die Vorinstanz habe es ausserdem unrichtigerweise unterlassen, die (aus Sicht der Klägerin nicht gegebene) Zulässigkeit der Kündigung vom 4. November 2022 zu prüfen (Urk. 26 Rz. 25). 2.2 Die Beklagte hält demgegenüber fest, dass die Vorinstanz das Austausch- verhältnis zwischen der Lizenzgebühr und der Implementierung der 1'200 C.\_\_\_\_-Accounts zutreffend festgestellt habe. Der Vertrag habe ihr nicht nur die Lizenzen an sich verschafft, sondern auch ein Recht, diese Lizenzen zu nutzen. Die Lizenzen würden sonst eine leere Worthülse darstellen (Urk. 34 S. 7 f.). Kein einziger der 1'200 C.\_\_\_\_-Accounts habe aktiviert werden können, was von der Beklagten unbestritten geblieben sei (Urk. 34 S. 3). Die Kündigung (Urk. 14/10) sei daher mit guten Gründen erfolgt (Urk. 34 S. 8).

- 7 - 2.3 Der Inhalt des weiteren Schriftenwechsels, in dessen Rahmen im Wesentli- chen die vorstehend umrissenen Argumente wiederholt wurden (s.o. III.2.1-2.2), ist den Akten zu entnehmen (insb. Urk. 42, 46). 3.1 Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Vorinstanz das Rechtsöffnungsge- such zu Recht anhand der Basler Rechtsöffnungspraxis scheitern liess. In dem Zusammenhang ist massgebend, welche Einwendungen und Einreden die Be- klagte i.S.v. Art. 82 Abs. 2 SchKG vorbrachte. In ihrer Gesuchsantwort vom 1. März 2023 führte die Beklagte aus, dass keine einzige der 1'200 Lizenzen für die vier C.\_\_\_\_-Module erfolgreich habe aktiviert werden können (Urk. 13 S. 2). Sodann verwies die Beklagte auf die Kündigung vom 4. November 2022 (Urk. 14/10), welche sich auf einen wichtigen Grund, einen Grundlagenirrtum und einen Vertragsbruch stützte (Urk. 13 S. 3; s.o. I.1.2). Diese Ausführungen sind so zu verstehen, dass sie die fehlende gehörige Gegenleistung der Klägerin behaup- tete, um damit die Kündigung vom 4. November 2022 zu rechtfertigen. Die Be- klagte machte in ihrer Stellungnahme vom 1. März 2023 also geltend, infolge der Kündigung vom 4. November 2022 die Jahreslizenzgebühr 2023 nicht mehr zu schulden. Dass die Beklagte in ihrer Gesuchsantwort vom 1. März 2023 bezüglich der hier interessierenden Jahreslizenzgebühr 2023 die Einrede der nicht gehörig erbrachten Gegenleistung erbracht hätte, ist nicht ersichtlich. 3.2 Des Weiteren machte die Beklagte

erst in der Duplik vom 28. März 2023 auch betreffend die Jahreslizenz 2023 die nicht gehörige Erbringung der Gegenleistung erstmals geltend (Urk. 21 S. 1 unten). Dies war unter Berücksichtigung des nach dem erstmaligen Schriftenwechsel eingetretenen Aktenschlusses verspätet (Urk. 15; Art. 229 Abs. 1 ZPO), weshalb auch die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten im Rahmen des Beschwerdeverfahrens (insb. Urk. 34 S. 7, 9; Urk. 42 S. 1) nicht zu hören sind. 3.3 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren an der Basler Rechtsöffnungspraxis scheitern liess, obwohl deren Anwendungsbereich für die hier strittige Periode betreffend die Jahreslizenzgebühr 2023 nicht eröffnet war. Zu prüfen bliebe damit die Rechtmässigkeit der Kündigung vom 4. November 2022 (Urk. 14/10).

- 8 - 4.1 Zur Rechtmässigkeit ihrer Kündigung verwies die Beklagte bereits in ihrer Gesuchsantwort vom 1. März 2023 auf das Software as a Service Agreement (nachfolgend: SaaS Agreement), das im Rahmen des Vertrags vom 29. September 2020 zwischen den Parteien vereinbart worden sei (Urk. 13 S. 1; Urk. 14/1a-1b; Urk. 4/2 S. 4). Mit den "manufacturer's licence and maintenance agreements" (Urk. 4/2 S. 4) sei dieses SaaS Agreement gemeint (Urk. 13 S. 1). Hierzu legte die Beklagte die E-Mail von C.\_\_\_\_\_ vom 30. September 2020 bei (Urk. 14/1a). Ebenso führte die Beklagte in der Beschwerdeantwort aus, dass die Kündigung im Lichte des SaaS Agreement mit guten Gründen erfolgt sei (Urk. 34 S. 8; Urk. 36/3a-3b). Im SaaS Agreement selbst ist vorgesehen, dass jede Partei das Recht habe, den Vertrag zu kündigen, sofern die andere Partei den Vertrag verletzt habe und die Vertragsverletzung auch 30 Tage, nachdem sie darauf schriftlich hingewiesen worden sei, fortdauere (Urk. 36/3b Ziff. 6.2). Ob vor diesem Hintergrund die Kündigung (Urk. 14/10) gerechtfertigt war, kann indes aus nachstehenden Gründen nicht näher erörtert werden. 4.2.1 Um die Rechtmässigkeit der Kündigung (Urk. 14/10) beurteilen zu können, müssen die vollständigen Vertragsunterlagen bekannt sein. In dem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Vertrag nicht nur auf die allgemeinen Bedingungen des SaaS Agreement verweist, sondern auch auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (Urk. 4/2 S. 4). Es lässt sich somit nicht ausschliessen, dass ein sog. "battle of the forms" vorliegen könnte, d.h. sich widersprechende AGB-Klauseln zur Frage der Kündigungsmöglichkeit. Gerade weil vorliegend die Klägerin und nicht C.\_\_\_\_\_ als Gläubigerin auftritt, wäre die Kenntnis der AGB der Gläubigerin unerlässlich gewesen, um die Rechtmässigkeit der Kündigung abschliessend zu beurteilen. 4.2.2 Es wäre an der Klägerin gewesen, einen genügenden Rechtsöffnungstitel einzureichen. Nach h.M. taugen Urkunden nur dann als Rechtsöffnungstitel, wenn diese vollständig eingereicht werden. Dies setzt insbesondere voraus, dass sämtliche Vertragsbestandteile, inklusive der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, beigelegt werden (OGer ZH RT190071 vom 20. Juni 2019, S. 11; BezGer ZH EB171826 vom 26. Januar 2018, E. 2.4 = ZR 117/2018 Nr. 32 [S. 126]; Stücheli,

- 9 - Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 119, 2000, S. 166). Dies ist vorliegend nicht geschehen. Bis heute liegen die AGB der Klägerin nicht vor, was vorliegend von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 147 III 176 E. 4.2.1). 4.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass kein genügender Rechtsöffnungstitel vorliegt, weshalb die Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil – wenn auch mit anderer Begründung – zu bestätigen ist. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der zweitinstanzlichen

Entscheidgebür richtet sich nach der Gebührenver- ordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG). Sie ist, ausgehend von einem Streitwert von CHF 115'060.20 (Urk. 26 S. 2), in Anwendung von Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf CHF 1'500.– festzusetzen und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvor- schuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 2.1 Die nicht anwaltlich vertretene Beklagte verlangt unter Hinweis auf die Be- mühungen von Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ eine Entschädigung in Höhe von CHF 7'130.50 (Urk. 34 S. 1). Die hierzu eingereichten Honorarnoten decken sowohl den Zeitraum des erstinstanzlichen als auch des vorliegenden Verfahrens ab (Urk. 36/2a-2c). Die Klägerin spricht der Beklagten die Berechtigung auf eine Par- teientschädigung ab (Urk. 38 S. 1). 2.2.1 Gemäss der abschliessenden (CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 95 N 13) Definition aus Art. 95 Abs. 3 ZPO gelten als Parteientschädigung der Ersatz not- wendiger Auslagen (lit. a), die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b) so- wie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung für eine nicht berufsmässig vertretene Partei (lit. c). Bei den notwendigen Auslagen nach Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO geht es namentlich um Reisespesen, Versandkosten, Kosten für Kopien, Übersetzungskosten und dergleichen. Die Kosten der berufs-

- 10 - mässigen Vertretung nach Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO betreffen hauptsächlich das Anwaltshonorar (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Umtriebesentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO kann insbesondere durch den Verdienstaussfall eines selbständig Erwerbstätigen, der ohne beruflichen Vertreter prozessiert, begründet werden (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7293; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 95 N 14-17). 2.2.2 Die vorliegend von der Beklagten geltend gemachten Anwaltskosten stellen keine Kosten für die berufsmässige Vertretung i.S.v. Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO dar, weil die Beklagte stets in eigenem Namen, ohne anwaltliche Vertretung auftrat und sich Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ nie als Vertreter der Beklagten nach Art. 68 Abs. 2 ZPO auswies. Zugleich können die vorliegenden Anwaltskosten auch nicht als Auslagen i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO aufgefasst werden, weil der Gesetzge- ber durch die gesonderte Erwähnung der Kosten einer berufsmässigen Vertretung in Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, die an sich auch unter Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO subsu- miert werden könnten, zeigte, dass lediglich Kosten einer berufsmässigen Vertre- tung i.S.v. Art. 68 ZPO zu entschädigen sind. Die Kosten des ausserprozessual beigezogenen Anwalts der Beklagten können sodann auch nicht als Umtriebsent- schädigung i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO aufgefasst werden. Wie der Gesetzge- ber mit dem Beispiel des Verdienstaussfalls eines selbständig Erwerbstätigen zum Ausdruck brachte, hat die Bestimmung aus Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO den eigenen Aufwand der Partei, welche den Prozess selbst führt, zum Regelungsgegenstand (BGer 4A\_233/2017 vom 28. September 2017, E. 4.5). 2.2.3 Es ergibt sich, dass der Beklagten keine Partei- bzw. Umtriebsentschädi- gung zuzusprechen ist. 3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens sind vorliegend nicht näher zu überprüfen (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.