

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT110116-O/U

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 5. Dezember 2011

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 2. August 2011 (EB110218)**

Erwägungen:

I.

1. Am 27. Juni 2011 reichte der Gesuchsteller beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen ein Begehren um provisorische Rechtsöffnung ein (Urk. 1). Mit Verfügung vom 29. Juni 2011 setzte die Erstinstanz dem Gesuchsteller Frist an, um sein Gesuch im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO betreffend seine Rechtsvertretung zu verbessern und einen Kostenvorschuss zu leisten (Urk. 4). Am 15. Juli 2011 ging ein neues Rechtsöffnungsbegehren ein (Urk. 13). Auch der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (Urk. 12). Mit Verfügung vom 2. August 2011 sodann trat die Erstinstanz auf das Rechtsöffnungsbegehren des Gesuchstellers mangels gültiger Vertretung nicht ein. Am 12. August 2011 erhob der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) Beschwerde gegen die Verfügung vom 2. August 2011 und stellte die folgenden Rechtsbegehren (Urk. 22):

1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen (Einzelgericht im summarischen Verfahren) vom 2. August 2011 aufzuheben und das bei der Vorinstanz eingereichte Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung gut zu heissen.
2. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen (Einzelgericht im summarischen Verfahren) vom 2. August 2011 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

2. Am 12. Oktober 2011 wurde der Gegenseite Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 23). Mit Eingabe vom 24. Oktober 2011 teilte Rechtsanwalt Y._____ mit, dass er mit der Wahrung der Interessen der Gesuchsgegnerin beauftragt worden sei und erstattete gleichzeitig die Beschwerdeantwort (Urk. 25-27). Letztere wurde am 27. Oktober 2011 der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 28).

II.

1. Die Erstinstanz begründet das Nichteintreten mit dem Fehlen einer Prozessvoraussetzung, nämlich der gehörigen Zulassung der Vertreterin des Gesuchstellers. Sie erwog, wie bereits in der Verfügung vom 29. Juni 2011 festgehalten, es sei für die Zulassung von Sachwaltern und Rechtsagenten als berufsmässige Vertreter seit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung ein aktives Legiferieren des kantonalen Gesetzgebers notwendig. Ein passives Verhalten des kantonalen Gesetzgebers genüge nicht mehr. In der Eingabe vom 15. Juli 2011 mache der Gesuchsteller nunmehr gestützt auf einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Juni 2011 [PS110104] geltend, dass zur Vertretung in summarischen SchKG-Verfahren gewerbsmässig tätige natürliche Personen zugelassen seien und darum auch die mit der Vertretung des Gesuchstellers beauftragte Rechtsagentin als Prozessvertreterin zuzulassen sei. Der zitierte Obergerichtsentscheid vom 30. Juni 2011 - so die Vorinstanz - halte fest, dass mit dem Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943 (LS 935.41) der Kanton Zürich im Sinne von Art. 27 SchKG legiferiert habe und damit Geschäftsagenten als gewerbsmässig tätige natürliche Personen zur berufsmässigen Vertretung gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO in Verbindung mit Art. 27 SchKG zugelassen seien. Nach § 2 dieses Gesetzes zeichne sich der Geschäftsagent in jeglicher Variante (§ 2 lit. a, b, c) dadurch aus, dass er gegen Entgelt für Dritte tätig sei. Erforderlich sei somit ein unmittelbares Austauschverhältnis zwischen Geschäftsagent und Drittperson. Im vorliegenden Fall würde die durch den Gesuchsteller bevollmächtigte Rechtsagentin als Angestellte einer juristischen Person, der Z._____ [Rechtsschutzversicherung], handeln. Ihre Dienstleistung erfolge wohl entgeltlich, jedoch fehle es am direkten Austausch von Entgelt und Leistung zwischen Rechtsagentin und Gesuchsteller. Als Angestellte werde die Bevollmächtigte durch ihren Arbeitgeber entlohnt und damit nur indirekt durch den Gesuchsteller als Leistungsempfänger, welcher aus vertraglicher Verpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber die Dienstleistung bezahle. Des Weiteren fehle bei dieser versicherungsvertraglichen Zahlungspflicht des versicherten Gesuchstellers die unmittelbare Kausalität zur Versicherungsleistung in Form der

Rechtshilfe. Indem § 2 des Gesetzes über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive von der Tätigkeit des Geschäftsagenten für Dritte gegen Entgelt spreche, sei jedoch zu fordern, dass die Leistungen im Synallagma stehen. Eine Versicherungsprämie zeichne sich gerade dadurch aus, dass sie unabhängig von einer Leistung der Versicherung geschuldet sei. Selbst wenn die vorliegend zur Diskussion stehende Vertretungsdienstleistung der Tätigkeit eines Geschäftsagenten entspreche, erfülle die vom Gesuchsteller Bevollmächtigte im Angestelltenverhältnis aus den dargelegten Überlegungen die Qualifikation als Geschäftsagentin nicht. Folglich komme das Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive nicht zur Anwendung. Die Zulassung der gewerbsmässigen Vertretung (Art. 27 Abs. 1 SchKG) sei ihr darum abzusprechen und auf das Rechtsöffnungsgesuch sei aufgrund der fehlenden Prozessvoraussetzung nicht einzutreten (Urk. 19).

2. Der Gesuchsteller rügt eine Verletzung von Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO i.V. mit Art. 251 ZPO und Art. 27 Abs. 1 SchKG und Art. 27 BV und damit eine unrichtige Rechtsanwendung i.S. von Art. 320 lit. a ZPO. Zur Begründung führt er aus, er habe in Nachachtung der Verfügung der Erstinstanz vom 29. Juni 2011 zwei beanstandete Unzulänglichkeiten durch ein neues (verbessertes) Rechtsöffnungsgesuch vom 15. Juli 2011 beseitigt und eine auf lic. iur. C._____ persönlich lautende Vollmacht eingereicht. Es gehe also nur noch um die Frage, ob lic. iur. C._____ in ihrer Eigenschaft als persönlich mandatierte Rechtsvertreterin und natürliche Person legitimiert sei, als Rechtsvertreterin in einem provisorischen Rechtsöffnungsverfahren gewerbsmässig aufzutreten, auch wenn sie als Arbeitnehmerin der Z._____ keine nach dem Anwaltsgesetz berechnete Anwältin sei. Das massgebende Recht halte fest, dass u.a. in Rechtsöffnungsverfahren gewerbsmässige Vertreterinnen und Vertreter gemäss Art. 27 SchKG zur berufsmässigen Vertretung befugt seien. Die Auffassung der Erstinstanz, der kantonale Gesetzgeber hätte aktiv legiferieren müssen und eine blosser Untätigkeit des Gesetzgebers genüge nicht, sei offensichtlich unzutreffend. Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO sei klarerweise *lex specialis* zu Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO. Vor dem Inkrafttreten der ZPO habe die Regelung von Art. 27 Abs. 1 SchKG nur für die Betreibungsverfahren vor den Behörden der Zwangsvollstreckung i.e.S. gegolten, mithin gerade

nicht für gerichtliche Streitigkeiten als Inzidenzverfahren wie die Rechtsöffnung. Neu sei, dass Art. 27 Abs. 1 SchKG aufgrund des Verweises in Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO auch auf das in Art. 251 lit. a ZPO erwähnte Rechtsöffnungsverfahren Anwendung finde. Im Kanton Zürich gelte das Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943. Geschäftsagent sei, wer gemäss dessen § 2 lit. a gegen Entgelt "Dritte bei Rechtsgeschäften oder zur Wahrung rechtlicher Interessen berät oder vertritt". Wer gewerbliche Vertreterin i.S. von Art. 27 Abs. 1 SchKG und Art. 68 ZPO sei, sei im Kanton Zürich als Geschäftsagent zu qualifizieren. Das genannte Zürcher Gesetz finde demnach auf Rechtsanwältin C._____ Anwendung. Entgegen der Annahme der Erstinstanz sei nicht ersichtlich, weshalb die Leistungen der beiden Vertragspartner in einem Austauschverhältnis stehen sollten. Das Erfordernis der Entgeltlichkeit diene vielmehr der Abgrenzung zwischen beruflicher Tätigkeit und Gefälligkeit. Gegen Rechtsanwältin C._____ liege auch kein Verbot vor, weshalb diese frei sei, als Geschäftsagentin tätig zu sein. Nachdem schon unter bisherigem Recht im Kanton Zürich die Z._____ bzw. zumindest deren juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zur gewerbsmässigen Vertretung gemäss Art. 27 Abs. 1 SchKG zugelassen gewesen seien, müsse dies auch weiterhin gelten, zumal ab dem 1. Januar 2011 weder Art. 27 Abs. 1 SchKG noch das erwähnte Geschäftsagentengesetz geändert worden sei. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass die Auslegung betreffend Austauschverhältnis zwischen den Leistungen von Auftraggeber und Beauftragten nicht als zutreffend betrachtet werde. Letztlich sei anzufügen, dass die Vorinstanz mit ihrer Auffassung auch in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV eingreife (Urk. 18).

3. Die Gesuchsgegnerin verzichtet auf eine eigene Vernehmlassung und verweist stattdessen auf die Auffassung des Bezirksgerichts Meilen. Sie beantragt somit sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Weiter führt sie aus, der gegnerische Rechtsvertreter vertrete offenbar nicht nur den Gesuchsteller, sondern auch die Z._____ sowie deren Mitarbeiterin. Zudem habe der Gesuchsteller in der Zwischenzeit ein Schlichtungsgesuch an das Friedensrichteramt D._____ gestellt, weshalb ein Interesse an der Weiterführung der Beschwerde fraglich erscheine (Urk. 25).

4. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

5. Das Vorbringen der Gesuchsgegnerin betreffend das neu eingereichte Schlichtungsgesuch fällt unter das Novenverbot und ist daher unbeachtlich. Sodann sind allfällige Interessenkonflikte nicht im Beschwerdeverfahren zu prüfen.

6. Gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO sind in den Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Artikel 251 ZPO (wozu die Rechtsöffnungsverfahren zählen) gewerbsmässige Vertreterinnen und Vertreter nach Art. 27 SchKG zugelassen. Laut Art. 27 Abs. 1 SchKG sind die Kantone befugt, die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten zu regeln. Mit dem erwähnten Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO sollen die im Prozesskanton gemäss Art. 27 SchKG zugelassenen Vertreterinnen und Vertreter zur Parteivertretung befugt sein. Der Anwendungsbereich der Norm von Art. 27 SchKG erstreckt sich ausschliesslich auf die gewerbsmässige Vertretung. Nach herrschender Lehre sind die Kantone sodann nicht verpflichtet, von der ihnen durch Art. 27 SchKG gewährten Legiferierungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Wird verzichtet, ist die gewerbsmässige Vertretung völlig frei (BSK SchKG I-Roth/Walter, Art. 27 N 4).

7. Das kantonale Anwaltsgesetz wurde an die neue eidgenössische ZPO angepasst und statuiert in § 11 Abs. 2 lit. b AnwG in Anlehnung an Art. 68 ZPO, dass zur Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols auch "Vertreterinnen und Vertreter nach Art. 27 SchKG in Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Art. 251 ZPO" berechtigt sind (LS 215.1, Fass. in Kraft seit 1. Januar 2011). Im Kanton Zürich gilt bezüglich dieser Vertreterinnen und Vertreter das Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943 (LS 935.41) (so ausdrücklich Antrag des Regierungsrates zum GOG vom 1. Juli 2009, S. 175). Die Auffassung, der kantonale Gesetzgeber hätte aktiv legiferieren müssen, findet daher in der historischen Auslegung keine Stütze. Die von der Vorinstanz erwähnten Sachwalter und Rechtsagenten betreffen überdies die Bestimmung von Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO, welche besagt, dass die Kantone

patentierte Sachwalterinnen und Sachwalter sowie Rechtsagentinnen und Rechtsagenten zur Vertretung vor der Schlichtungsbehörde, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens sowie in den Angelegenheiten des summarischen Verfahrens zulassen können. Im zu beurteilenden Fall geht es indes um Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO, welche Bestimmung explizit die gewerbsmässige Vertretung in den in Art. 251 ZPO genannten Summarverfahren des SchKG regelt.

8. Gemäss § 2 des Geschäftsagenten-Gesetzes ist Geschäftsagent, wer gegen Entgelt Dritte bei Rechtsgeschäften oder zur Wahrung rechtlicher Interessen berät oder vertritt. Die Erstinstanz hält dafür, aus § 2 sei zu folgern, dass die Leistungen in einem synallagmatischen Verhältnis stehen müssten. Eine Versicherungsprämie zeichne sich gerade dadurch aus, dass sie unabhängig von einer Leistung der Versicherung geschuldet sei. Der engen Auslegung der Vorinstanz, es müsse ein direktes Austauschverhältnis zwischen der Agentin und dem Gesuchsteller vorliegen, ist nicht zu folgen. So untersteht dem Gesetz, wer sich als Geschäftsagent selbständig oder unselbständig betätigt (§ 1). Ebenso ist das Gesetz auch auf Organe, Angestellte oder Mitarbeiter von Vereinigungen mit oder ohne juristische Persönlichkeit anwendbar (§ 3). Rechtsanwältin C._____ steht in einem Anstellungsverhältnis zur Z._____ und ist somit unselbständig tätig. Dass Rechtsanwältin C._____ bei der Rechtsschutzversicherung angestellt ist und von dieser auch entlohnt wird, ist mutmaßlich unter dem Aspekt der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis ist es nicht willkürlich, einer Partei nicht die übliche, sondern lediglich eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen, weil sie durch einen bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Rechtsanwalt vertreten wird (BGE 120 Ia 169). Der Terminus "gegen Entgelt" zielt vom klaren Wortlaut her wohl auf die Unterscheidung zwischen entgeltlichem Auftrag und Gefälligkeit, eher denn auf eine Forderung, wonach ein vollkommen zweiseitiger Vertrag vorzuliegen habe.

9. Anwältinnen und Anwälte, die bei einer als Kapitalgesellschaft formierten Anwaltskanzlei angestellt sind, werden zur Parteivertretung nach BGFA zugelassen, sofern die Anwalts-AG die von der kantonalen Aufsichtskommission über die

Anwältinnen und Anwälte geforderten Kriterien betreffend Unabhängigkeit erfüllt (ZR 105 Nr. 71). Die Klientschaft schliesst das Mandatsverhältnis mit der Anwaltskörperschaft, während für die Parteivertretung vor Gericht die Prozessvollmacht auf den einzelnen Anwalt bzw. die einzelne Anwältin ausgestellt sein muss. Die Vollmacht ist eine einseitige Ermächtigung des Vollmachtgebers, die von einer allfälligen Vertragsbeziehung der Parteien unabhängig ist. Dies ist bei der Prozessvollmacht nicht anders. Sie kann daher ohne weiteres statt auf die Anwalts-AG auf den mit der Ausführung des Mandats betrauten Anwalt ausgestellt werden (Fellmann, Anwaltsrecht, N 1639 m.H.). Im konkreten Fall ist das Prozessmandat Rechtsanwältin C._____ erteilt worden. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche rechtfertigen würden, strenger zu urteilen und Rechtsanwältin C._____ wegen ihrer Eigenschaft als Angestellte der Rechtsschutzversicherung die Vertretung zu versagen.

10. Der Beruf des Geschäftsagenten darf ohne Bewilligung ausgeführt werden. (Jedoch kann die Justizdirektion ein Berufsverbot aussprechen bei Vorliegen der in § 5 des Geschäftsagentengesetzes genannten Tatbeständen). Allerdings dürfen sich gemäss § 4 des Gesetzes als Geschäftsagenten nur Schweizer Bürger betätigen, die voll handlungsfähig und nicht durch einen andern Kanton in der Ausübung dieser Tätigkeit ganz oder teilweise eingestellt sind. Damit kommen als Parteivertreter nur natürliche Personen in Frage. Rechtsanwältin C._____ erfüllt die genannten Voraussetzungen. Offen bleiben kann, ob die Voraussetzung des Schweizer Bürgerrechts nicht geltendes Recht, insbesondere die Garantie der Rechtsgleichheit und das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, verletzt.

11. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen.

12. Soweit die Rechtsmittelinstanz eine Beschwerde gutheisst, hebt sie gemäss Art. 327 Abs. 2 ZPO den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück (lit. a) oder entscheidet neu, sofern die Sache spruchreif ist (lit. b). Ein Verfahren gilt dann als spruchreif, wenn nur Rechtsfragen zu beurteilen sind und wenn die Beschwerdeinstanz über alle für einen Sachentscheid notwen-

digen (Sachverhalts-)Grundlagen verfügt (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 327 N 11).

13. Zu entscheiden ist über eine Rechtsfrage, allerdings unter dem Blickwinkel der Eintretensfrage. Materiell hat sich die Erstinstanz mit der Sache nicht befasst, weshalb letztere für die Beschwerdeinstanz nicht spruchreif ist. Entsprechend ist der Entscheid aufzuheben und das Verfahren an die Erstinstanz zur Anhandnahme und Durchführung des Verfahrens zurückzuweisen.

III.

Der Gesuchsteller obsiegt. Die Gesuchsgegnerin hat sich zwar mit dem angefochtenen Entscheid insofern identifiziert, als sie auf die Begründung des Bezirksgerichtes Meilen verweist (Urk. 25 S. 2). Sie hat jedoch das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu vertreten und insbesondere auch nicht auf deren Entscheid hingewirkt. In Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO ist daher vom Grundsatz der Kostenverteilung nach Verfahrensausgang abzuweichen und es sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO keine Kosten zu erheben. Eine Entschädigungspflicht des Staates zugunsten der obsiegenden Partei besteht in solchen Fällen nicht (Art. 107 Abs. 2 ZPO, Art. 116 ZPO, § 200 GOG; Adrian Urwyler, in DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 2. August 2011 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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. 7'038.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Dezember 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
ss