

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_545/2011

Urteil vom 24. Oktober 2011
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichter L. Meyer, von Werdt,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte
G._____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Michael Mroczek,
Beschwerdeführerin,

gegen

S._____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
provisorische Rechtsöffnung,

Beschwerde gegen den Erledigungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Zivilkammer,
vom 14. Juli 2011

Sachverhalt:

A.

A.a S._____ unterzeichnete am 1. September 2008 ein Formular "Antrag auf Besuch der zweiten Informationsveranstaltung". Er kreuzte unter anderem an, er interessiere sich für Möglichkeiten der beruflichen Weiterbildung und für die Möglichkeit, für die X._____ als Vermittler tätig zu werden.

A.b S._____ unterzeichnete am 2. September 2008 ein Formular "Kaufvertrag" und erwarb von der X._____ Corp. ein Weiterbildungspaket zum Preis von total Fr. 6'000.--. In der Rubrik "Ich erwerbe das Weiterbildungspaket für: () berufliche Zwecke () für private Zwecke" kreuzte S._____ "berufliche Zwecke" an. Das Formular "Kaufvertrag" enthält auf der zweiten Seite im zweitletzten Absatz vor den Unterschriften folgende durch Umrandung und teilweise in Fettschrift hervorgehobene Klausel:

Zusatzvereinbarung bei Erwerb zwecks privater Nutzung:

Nur für den Fall, dass der Vertragspartner das Weiterbildungspaket gemäss allenfalls oben stehender schriftlicher Bestätigung ausdrücklich zum Zwecke privater Weiterbildung erworben hat, kann er diesen Vertrag innert sieben Tagen ab Datum der Vertragsunterzeichnung schriftlich widerrufen, sofern er die Vertragsverhandlungen nicht ausdrücklich selbst gewünscht hat. Der Widerruf hat schriftlich an die Postadresse der X._____ Corp. zu erfolgen. Massgebend für die ordnungsgemässe Einhaltung der Widerrufsfrist ist das Datum des Poststempels.

Im letzten Absatz vor den Unterschriften heisst es im vorgedruckten Formular "Kaufvertrag", was folgt:

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die Vertragsverhandlungen und den Abschluss dieses Vertrages ausdrücklich gewünscht habe, ich diesen Vertrag selbst gelesen habe, ausreichend Zeit hatte, um die Vertragsunterlagen zu studieren und mir das Angebot kritisch zu überlegen, mir der Inhalt dieses Vertrages ausführlich erklärt wurde, ich die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten verstanden habe und damit einverstanden bin. Ich bestätige weiter, dass ich auf das siebentägige Widerrufsrecht im Falle des Erwerbs zwecks privater Nutzung aufmerksam gemacht wurde und mir dieses bekannt ist.

A.c Ihre Forderung aus dem Vertrag trat die X._____ Corp. (Verkäuferin) im Betrag von Fr. 4'000.--

nebst Zins zu 5 % seit 25. Juni 2009 an die G. _____ GmbH ab.

B.

Die G. _____ GmbH (Beschwerdeführerin) leitete gegen S. _____ (Beschwerdegegner) für ihre Forderung von Fr. 4'000.-- nebst 5 % Zins seit 25. Juni 2009 die Betreuung ein. Der Beschwerdegegner erhob Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl, worauf die Beschwerdeführerin die Rechtsöffnung begehrte. Mit Verfügung vom 25. November 2010 wies das Bezirksgericht B. _____ das Begehren um Rechtsöffnung ab. Die Verfügung wurde den Parteien am 9. Dezember 2010 im Dispositiv und am 11. Februar 2011 in vollständiger Ausfertigung mitgeteilt. Die Beschwerdeführerin legte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein, die das Obergericht des Kantons Zürich mit Erledigungsbeschluss vom 14. Juli 2011 abwies.

C.

Mit Eingabe vom 19. August 2011 erneuert die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht ihr Rechtsöffnungsbegehren. Es sind die kantonalen Akten eingeholt worden. Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet. Der Beschwerdegegner hat sich innert angesetzter Frist nicht vernehmen lassen.

Erwägungen:

1.

1.1 Der kantonal letztinstanzliche Beschluss betrifft ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 SchKG) und unterliegt damit der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG), wenn der Streitwert den gesetzlichen Mindestbetrag erreicht (Art. 74 Abs. 1 BGG) oder wenn ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand erfüllt ist (Art. 74 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 III 399). Der Streitwert beträgt Fr. 4'000.-- und erreicht den erforderlichen Mindeststreitwert von Fr. 30'000.-- nicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

1.2 Es ist zu prüfen, ob ein Ausnahmetatbestand vorliegt. In Betracht fällt hier einzig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

1.2.1 Die Voraussetzung muss in der Beschwerdeschrift begründet werden (Art. 42 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 III 439 E. 2.2.2.1 S. 442; 136 II 489 E. 2.6 S. 493 f.). Sie ist erfüllt, wenn ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen. Soweit es bei der zu beurteilenden Frage hingegen lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht, handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. BGE 135 III 1 E. 1.3 S. 4 und 397 E. 1.2 S. 399 f.; 136 II 489 E. 2.6 S. 493 f.).

1.2.2 Dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die ihr abgetretene Forderung aus einem Kaufvertrag über eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG verfügt und damit die provisorische Rechtsöffnung verlangen kann, hat das Bezirksgericht anerkannt. Es ist davon ausgegangen, der Beschwerdegegner habe den Widerruf bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen gemäss Art. 40a ff. OR erklärt und damit Einwendungen sofort glaubhaft gemacht, die die Schuldanerkennung entkräfteten (Art. 82 Abs. 2 SchKG), weshalb das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung abzuweisen sei. Die Anwendung der Art. 40a ff. OR wirft nach Auffassung der Beschwerdeführerin mehrere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.

1.2.3 Gemäss Art. 40a Abs. 1 OR sind die Bestimmungen über das Widerrufsrecht auf Verträge über bewegliche Sachen und Dienstleistungen anwendbar, "die für den persönlichen oder den familiären Gebrauch des Kunden bestimmt sind". Die Umschreibung findet sich auch in anderen Gesetzesbestimmungen (z.B. Art. 120 Abs. 1 IPRG) und ist insoweit durch Lehre und Rechtsprechung hinreichend geklärt (E. 4 hiernach). Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob ein Kunde im Nachgang zum Erwerb eines Produktes, das er explizit für berufliche Zwecke angeschafft hat, das Widerrufserfordernis des privaten Gebrauchs erfüllen könne (S. 2 f. Ziff. 6 der Beschwerdeschrift), betrifft ihren konkreten Fall und deshalb keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Das Obergericht hat denn auch betont, dass mit geschäftsmässigem Handeln im konkreten Fall der Weitervertrieb und die Weitergabe von entsprechenden Lehrbüchern und Weiterbildungsseminarien gemeint sei, was kaum vorstellbar sei (E. 4 S. 4 des angefochtenen Beschlusses). An der Beantwortung der die Beschwerdeführerin im konkreten Einzelfall betreffenden Fragen ist ein allgemeines Interesse nicht ersichtlich.

1.2.4 Die Modalitäten des Widerrufs ("Form und Frist") werden in Art. 40e OR geregelt. Klärungsbedarf erblickt die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Fragen, ob der Widerruf formrichtig gegenüber dem Rechtsöffnungsgericht erklärt werden kann (S. 3 Ziff. 7) und ob für Haustürgeschäfte

eine ein- oder zehnjährige Verwirkungsfrist gilt (S. 3 Ziff. 8 der Beschwerdeschrift). Wie die Beschwerdeführerin andernorts rügt, ist das Obergericht auf ihren Einwand, der anlässlich der Rechtsöffnungsverhandlung vom Beschwerdegegner zu Protokoll gegebene Widerruf sei unbeachtlich, nicht eingegangen (S. 4 Ziff. 12 und S. 8 f. Ziff. 33 und 34 der Beschwerdeschrift). Es stellt sich somit nicht die Frage nach Form, Adressat und Verwirkung des Widerrufs, sondern nach einer Rechtsverweigerung und damit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Über Verwirkung bzw. Verjährung bei Haustürgeschäften hat das Bundesgericht zudem bereits entschieden (vgl. BGE 137 III 243 E. 4 S. 245 ff.).

1.2.5 Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist insgesamt weder ersichtlich noch dargetan. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist somit nicht einzutreten.

1.3 Die Eingabe kann als subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) entgegengenommen werden (vgl. BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399). Das Bundesgericht wendet dabei das Recht nicht von Amtes wegen an, sondern prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 BGG; vgl. BGE 134 V 138 E. 2.1 S. 143; 136 I 332 E. 2.1 S. 334). Das Obergericht hat die bezirksgerichtliche Verfügung lediglich auf aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen (§ 281 Ziff. 2 ZPO/ZH) und auf eine Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO/ZH), d.h. im Wesentlichen auf Willkür (Art. 9 BV) hin überprüft (vgl. BGE 133 III 585 E. 3.4 S. 588). Das Bundesgericht prüft deshalb praxisgemäss frei, ob die kantonale Letztinstanz Willkür zu Unrecht bejaht oder verneint hat (vgl. BGE 116 III 70 E. 2 S. 71; 136 III 373 E. 4.1, nicht veröffentlicht). Auf die Verfassungsbeschwerde kann grundsätzlich eingetreten werden.

2.

Der bezirksgerichtliche Rechtsöffnungsentscheid wurde den Parteien am 9. Dezember 2010 im Dispositiv mitgeteilt und damit vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) rechtswirksam eröffnet (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO; vgl. BGE 137 III 127 E. 2 S. 129 f.). Anwendbar bleiben die Bestimmungen der kantonalen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH). Desgleichen richtet sich die Protokollierung der Rechtsöffnungssitzung nicht nach den bundesgesetzlichen Vorschriften (z.B. Art. 235 ZPO), sondern nach dem kantonalen Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH).

3.

Eine Verletzung der Grundsätze des fairen Verfahrens, ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und Willkür erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass das Bezirksgericht und mit ihm auch das Obergericht auf ein nicht existierendes Protokoll abgestellt hätten (S. 4 Ziff. 13-15 der Beschwerdeschrift).

3.1 Über die Rechtsöffnung entscheidet der Einzelrichter im summarischen Verfahren (§ 213 Ziff. 2 ZPO/ZH). Gemäss § 141 GVG/ZH wird für jedes Verfahren ein Protokoll geführt (Abs. 1), im summarischen Verfahren jedoch nur ein Handprotokoll, das ausgefertigt wird, wenn ein Rechtsmittel ergriffen, der Prozess ins ordentliche Verfahren verwiesen oder ein Beweisverfahren durchgeführt wird (Abs. 3). Im summarischen Verfahren kann der Richter das Protokoll selbst führen oder unter seiner Aufsicht durch eine Hilfsperson führen lassen (§ 142 Abs. 3 GVG/ZH). Die Protokollierungspflicht folgt als Minimalgarantie auch aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 124 V 389 E. 3 S. 390; 130 II 473 E. 4.2 S. 478). Gemäss § 56 ZPO/ZH haben die Parteien nach Massgabe des Gesetzes Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 1) und können im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs die Protokolle und Akten einsehen und sich gegen Bezahlung der Kosten Auszüge erstellen lassen (Abs. 2). Das Handprotokoll im summarischen Verfahren gehört zu den Protokollen, in die die Parteien Einsicht nehmen können (ZR 102/2003 Nr. 33 S. 160 E. 6). Das Recht auf Akteneinsicht folgt als Minimalgarantie auch aus dem verfassungsmässigen

Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 132 V 387 E. 3 S. 388 f.). Der Anspruch besteht grundsätzlich auch im summarischen Verfahren (vgl. BGE 106 Ia 4 E. 2b/bb S. 6) und darf wahrgenommen werden, um allfällige Rechtsschritte (z.B. eine Klage) vorzubereiten (vgl. BGE 129 I 85 E. 4.1 S. 88 f. und 249 E. 5.2 S. 259).

3.2 In seiner Verfügung hat das Bezirksgericht mehrfach auf das Protokoll über die Rechtsöffnungssitzung vom 25. November 2010 verwiesen, an der die Beschwerdeführerin anders als der Beschwerdegegner nicht teilgenommen hat. Die Verweise betreffen insbesondere die Erklärungen des Beschwerdegegners (teils auf Befragen) zu den Begleitumständen und zum Zweck des Vertragsabschlusses (E. II/4 S. 3), zur späteren Verwendung der von der Verkäuferin erbrachten Leistung (E. II/5 S. 4) und zur Erklärung des Beschwerdegegners, "dass er den Kaufvertrag

widerrufen wolle, falls er das könne" (E. II/6 S. 8 der Verfügung). Nach Erhalt der ausgefertigten Verfügung hat die Beschwerdeführerin am 14. Februar 2011 ein schriftliches Gesuch gestellt, ihr sämtliche Verfahrensakten (insbesondere das Verhandlungsprotokoll) zur kurzen Einsichtnahme zuzustellen. Die Bezirksgerichtskanzlei hat ihr darauf telefonisch mitgeteilt, dass im Summarverfahren in der Regel kein Verhandlungsprotokoll erstellt werde und somit kein solches zur Einsicht zugestellt werden könne. Die Beschwerdeführerin hat auf Einsicht in die übrigen Akten verzichtet und vor Obergericht insofern eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör gerügt, als ihr kein Protokoll habe zur

Einsicht zugestellt werden können und das Bezirksgericht seine Verfügung auf ein nicht existierendes Protokoll gestützt habe (S. 4 Ziff. 13 und 14 und S. 9 Ziff. 33 der kantonalen Beschwerdeschrift). Auf Verfügung des Obergerichts vom 15. März 2011 hat das Bezirksgericht die vollständigen Akten (einschliesslich Protokoll und Empfangsscheine) dem Obergericht eingereicht.

3.3 Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin ist auf Grund des geschilderten Verfahrensablaufs davon auszugehen, dass von Beginn an ein Protokoll vorhanden war, dass das Bezirksgericht seine Verfügung gestützt auf das Handprotokoll getroffen hat und dass das Handprotokoll ausgefertigt wurde, als das Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde hängig war, wie das § 141 GVG/ZH vorschreibt. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die für das summarische Verfahren gesetzlich vorgeschriebene Protokollierung unterlassen wurde und dass das Bezirksgericht seine Verfügung auf ein nicht vorhandenes Protokoll gestützt hat. Umgekehrt muss daraus aber geschlossen werden, dass die Auskunft der Bezirksgerichtskanzlei, es könne kein Verhandlungsprotokoll zur Einsicht zugestellt werden, insoweit unzutreffend war, als zumindest ein Handprotokoll über die Rechtsöffnungsverhandlung vorhanden gewesen sein muss. Der Beschwerdeführerin ist damit die Akteneinsicht im bezirksgerichtlichen Verfahren verweigert worden.

3.4 Zur Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs hat das Obergericht festgehalten, dem ordnungsgemäss erstellten Protokoll - hier über die Rechtsöffnungssitzung - komme als öffentliche Urkunde in dem Sinne erhöhte Beweiskraft zu, als anzunehmen sei, der Protokollinhalt gebe das Geschehene richtig wieder. Bezeichnenderweise habe die Beschwerdeführerin auch keine Protokollberichtigung im Sinne von § 154 Abs. 2 GVG/ZH beantragt. Im Übrigen ziele auch ihr Einwand, sie habe die Richtigkeit der im Protokoll gemachten Aussagen nicht überprüfen können, ins Leere. Diese Möglichkeit hätte die Beschwerdeführerin auch bei Vorliegen eines ordnungsgemässen Protokolls nicht gehabt, da sie der Verhandlung ferngeblieben sei (E. 6 S. 7 des angefochtenen Beschlusses). Die Begründung vermag den Vorwurf der Verweigerung der Akteneinsicht nicht zu beseitigen.

3.4.1 Zum einen ist eine Protokollberichtigung sobald als möglich nach der Entdeckung des unrichtigen Protokolleintrags zu verlangen (vgl. HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, 2002, N. 11 zu § 154 GVG/ZH). Dass die Beschwerdeführerin das Protokoll inzwischen zur Einsichtnahme zugestellt erhalten hätte, ist weder gerichtlich festgestellt noch aus den Akten ersichtlich. Aus einem unterlassenen Protokollberichtigungsbegehren kann deshalb nichts abgeleitet werden.

3.4.2 Zum anderen ist es nicht Sache des Gerichts darüber zu befinden, ob der Beschwerdeführerin die verlangte Akteneinsicht auch etwas nützt (vgl. BGE 129 I 249 E. 5.2 S. 259). Das Recht der Verfahrenspartei auf Akteneinsicht besteht insoweit voraussetzungslos (vgl. BGE 127 I 145 E. 4a S. 151). Davon abgesehen, ergibt sich aus der zitierten Randziffer 33 der kantonalen Beschwerdeschrift hinreichend deutlich, dass die Beschwerdeführerin anhand des Verhandlungsprotokolls nicht die Richtigkeit der Aussagen des Beschwerdegegners, sondern die Richtigkeit der Wiedergabe dieser Aussagen in der Verfügung des Bezirksgerichts überprüfen wollte.

3.5 Aus den dargelegten Gründen hat das Obergericht eine Verletzung des Anspruchs auf Akteneinsicht und damit die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO/ZH) zu Unrecht verneint. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet.

4.

Die Beschwerdeführerin macht in der Sache geltend, das Widerrufsrecht sei vorliegend nicht anwendbar. Mit der gegenteiligen Auffassung habe das Obergericht Art. 40a OR verletzt und willkürlich und aktenwidrig gehandelt. Auf Grund der Umstände des konkreten Falls hätte zwingend davon ausgegangen werden müssen, der Beschwerdegegner habe das Weiterbildungspaket aus beruflichen Gründen erworben (S. 5 ff. Ziff. 16-25 der Beschwerdeschrift).

4.1 In tatsächlicher Hinsicht sind die kantonalen Gerichte davon ausgegangen, dass der

Beschwerdegegner im Kaufvertrag angegeben hat, er erwerbe das Weiterbildungspaket für berufliche Zwecke, und dass der Beschwerdegegner an der Rechtsöffnungssitzung (teils auf Befragen) bestätigt hat, er habe die Seminare zwecks persönlicher Weiterbildung besucht mit dem Ziel, in der Messe- und Montagebaufirma, die er zusammen mit seinem Vater führe, besser wirtschaften zu können, und er habe das ihm bei den Seminaren vermittelte Wissen nicht weiter gegeben, sondern ausschliesslich für sich selbst genutzt. Gestützt darauf hat das Bezirksgericht angenommen, der Beschwerdegegner habe den Kaufvertrag zu privaten und nicht zu beruflichen Zwecken abgeschlossen, gehöre doch weder der Bezug noch die Weitergabe von Lehrbüchern und Wissen zu seinem beruflichen oder gewerblichen Tätigkeitsgebiet (E. II/5 S. 3 ff.). Das Obergericht hat dafürgehalten, das Bezirksgericht zeige klar auf, dass mit geschäftsmässigem Handeln im konkreten Fall wohl der Weitervertrieb und die Weitergabe von entsprechenden Lehrbüchern und Weiterbildungsseminariern gemeint sei, was überhaupt kaum vorstellbar sei. Das Fazit, der Beschwerdegegner habe das Weiterbildungspaket zu persönlichen Zwecken erworben, sei ohne weiteres vertretbar. Ebenso vertretbar sei damit die Heranziehung der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung zum gesetzlichen Widerrufsrecht gemäss Art. 40a ff. OR (E. 4 S. 4 des angefochtenen Beschlusses).

4.2 Die Anwendung der Bestimmungen über den Widerruf bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen setzt gemäss Art. 40a Abs. 1 OR unter anderem Verträge über bewegliche Sachen und Dienstleistungen voraus, "die für den persönlichen oder den familiären Gebrauch des Kunden bestimmt sind" ("destinés à un usage personnel ou familial du client"; "destinati all'uso personale o familiare del cliente").

4.2.1 Die wörtlich gleiche Umschreibung findet sich in Art. 120 Abs. 1 IPRG über das anwendbare Recht auf Verträge mit Konsumenten, d.h. auf Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, "die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind" und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen ("destinée à un usage personnel ou familial ..."; "destinata all'uso personale o familiare ..."). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betrifft beispielsweise der Reisecheckvertrag eine Leistung des üblichen Verbrauchs für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten, fällt aber nicht unter Art. 120 Abs. 1 IPRG, wenn der Konsument die Reisechecks zur Bezahlung des Kaufs von Waren für sein Handelsgeschäft erworben hat (vgl. BGE 130 III 417 E. 2.1 S. 421 f.). Der Ausschlussgrund der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten ist somit nicht erst gegeben, wenn der Konsument die Reisechecks weiterverkauft oder damit handelt, sondern bereits dann, wenn er sie im Zusammenhang mit seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit benutzt.

4.2.2 Eine ähnliche Umschreibung findet sich in Art. 32 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) über den Gerichtsstand bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen, d.h. gemäss Abs. 2 aus Verträgen über Leistungen des üblichen Verbrauchs, "die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind" ("destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur"; "destinate al fabbisogno personale o familiare del consumatore") und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung, dass der Vertrag zwischen einem gewerbsmässigen Anbieter und einem Verbraucher geschlossen wird, zu dessen privaten Bedarf die vertragliche Leistung bestimmt ist (vgl. BGE 132 III 268 E. 2.2.2 S. 271 f., zum gleichlautenden Art. 22 Abs. 2 des mit Inkrafttreten der ZPO aufgehobenen Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen, AS 2000 2355 2360).

4.2.3 Eine gegenteilige Umschreibung findet sich schliesslich in der Zuständigkeitsvorschrift des Lugano-Übereinkommens, wenn Gegenstand des Verfahrens ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag bilden, den eine Partei zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann. Entscheidend ist danach, dass der Vertrag zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher (Konsument) geschlossen wird und die vertragliche Sache oder Leistung für dessen privaten Bedarf bestimmt ist. Konsument ist daher, wer Waren oder Dienstleistungen für den privaten, persönlichen Verbrauch empfängt oder beansprucht. Massgebend ist, ob der Zweck, zu dem die betreffende Person den Vertrag geschlossen hat, als privat einzustufen ist (vgl. BGE 121 III 336 E. 5d S. 339 und 133 III 295 E. 7 S. 299 ff., je zu Art. 13 Abs. 1 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, AS 1991 2436 2443; vgl. nunmehr Art. 15 Abs. 1 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, SR 0.275.12).

4.3 Der Kauf des Weiterbildungspakets durch den Beschwerdegegner lässt sich ohne weiteres nach

den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien beurteilen. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Beschwerdegegner schon bei Vertragsabschluss der Verkäuferin erklärt hat, das Weiterbildungspaket zu beruflichen Zwecken zu erwerben, und dass der Beschwerdegegner an der Rechtsöffnungssitzung seine damalige Absicht bestätigt hat, er habe die Seminare zwecks persönlicher Weiterbildung besucht mit dem Ziel, in der Messe- und Montagebaufirma, die er zusammen mit seinem Vater führe, besser wirtschaften zu können (vgl. E. 4.1 soeben). Auf Grund dieser Angaben aber kann willkürfrei nicht davon ausgegangen werden, der Beschwerdegegner habe das vertraglich erworbene und ihm vermittelte Wissen für den persönlichen oder familiären Gebrauch erwerben wollen. Die Erklärung des Beschwerdegegners lautet unmissverständlich, er habe sich zu beruflichen Zwecken persönlich weitergebildet. Der Beschwerdegegner kann deshalb kein Widerrufsrecht nach Art. 40a ff. OR beanspruchen. Die gegenteilige Auffassung der kantonalen Gerichte, nur der Weitervertrieb oder und die Weitergabe des gekauften Weiterbildungspakets sei ein geschäftsmässiges Handeln und

alles andere gelte gleichsam als private Nutzung, lässt sich auch nicht aus der zitierten Lehre ableiten. Danach entfällt das Widerrufsrecht gemäss Art. 40a ff. OR zwar einhellig bei einem getätigten oder beabsichtigten Weiterverkauf, vom Schutzbereich bleibt jedoch auch ausgeschlossen, wer im Zusammenhang mit seiner Erwerbstätigkeit oder im Rahmen eines Geschäftsbetriebs, d.h. mit der für den Verkäufer erkennbaren Absicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken einen Vertrag über bewegliche Sachen und Dienstleistungen abschliesst (vgl. STAUDER, Commentaire romand, 2003, N. 13-15 zu Art. 40a OR; GONZENBACH, Basler Kommentar, 2007, N. 5 vor Art. 40a-40f und N. 3 zu Art. 40a OR; DORNIER, Zürcher Kommentar, 2010, N. 37 f. zu Art. 40a OR).

4.4 Das Bezirksgericht ist ohne sachlichen Grund von der bundesgerichtlichen Umschreibung gleichlautender oder ähnlicher Tatbestände abgewichen und damit in Willkür verfallen (Art 9 BV; vgl. BGE 135 III 232 E. 2.4 S. 237). Das Obergericht hat in der Folge Willkür in der bezirksgerichtlichen Annahme, der Beschwerdegegner habe das Weiterbildungspaket für den persönlichen oder den familiären Gebrauch erworben, zu Unrecht verneint. Ist unter Willkürgesichtspunkten davon auszugehen, dass sich der Beschwerdegegner auf das Widerrufsrecht gemäss Art. 40a ff. OR nicht berufen kann, mag dahingestellt bleiben, ob der Widerruf rechtswirksam erklärt wurde. Desgleichen hat das Bundesgericht nicht zu prüfen, inwiefern alle weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des gesetzlichen Widerrufsrechts erfüllt sind oder ob sich die Verweigerung der Rechtsöffnung aus anderen Gründen rechtfertigen könnte. Denn der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) findet im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde keine Anwendung (Art. 117 BGG; vgl. BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399).

4.5 Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Verfassungsbeschwerde auch in der Sache als begründet. Antragsgemäss ist die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen (Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 BGG; vgl. Urteil 5A_141/2009 vom 12. Mai 2009 E. 1.6).

5.

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdegegner kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG). Dass er sich nicht zur Beschwerde hat vernehmen lassen, ändert daran nichts (vgl. BGE 123 V 156; 136 I 290 E. 3, nicht veröffentlicht). Über die Kosten und Entschädigungen des kantonalen Verfahrens wird das Obergericht neu zu befinden haben (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen und gutheissen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Der Erledigungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, vom 14. Juli 2011 wird aufgehoben und in Dispositiv-Ziff. 1 wie folgt geändert:

Der Beschwerdeführerin G._____ GmbH wird in der Betreuung Nr. 41156 des Betreibungsamtes B._____ (Zahlungsbefehl vom 23. Oktober 2009) gegen den Beschwerdegegner S._____ für den Betrag von Fr. 4'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 25. Juni 2009 die provisorische Rechtsöffnung erteilt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4.

Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'500.-- zu entschädigen.

5.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen des kantonalen Verfahrens an das Obergericht des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, zurückgewiesen.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, sowie im Dispositiv dem Betreibungsamt B._____ schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. Oktober 2011

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: von Roten