

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT130210-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Urteil vom 3. März 2014

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 28. November 2013 (EB131487-L)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil der Vorinstanz vom 28. November 2013 (Urk. 14) wurde das Rechtsöffnungsgesuch der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan: Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 30. September 2013) abgewiesen (Dispositiv-Ziffer 1). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zu Lasten der Gesuchstellerin geregelt (Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen im Entscheid der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 14 S. 2). Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin am 13. Dezember 2013 fristgerecht (vgl. Urk. 11) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 13 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Beschwerde seien die Ziffern 1 bis 3 des Urteils vom 28. November 2013 des Bezirksgerichtes Zürich (Geschäfts-Nr. EB131487-L) aufzuheben,
2. es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 30. September 2013) zu beseitigen und die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 70'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. August 2012 sowie die Betreuungskosten zu Fr. 103.– zu erteilen,
3. eventualiter sei der Fall zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen,
4. der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen;
5. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) beider Instanzen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

2. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2013 wurde der Antrag der Gesuchstellerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Urk. 18). Dieser wurde innert der mit Verfügung vom 21. Januar 2014 angesetzten Nachfrist (Urk. 19) geleistet (Urk. 23). Mit Eingabe vom 23. Januar 2014 hatte die Gesuchstellerin der urteilenden Kammer mitgeteilt, den Vorschuss von Fr. 500.– ein zweites Mal überwiesen zu haben, nachdem die erste Überweisung vom 27. Dezember 2013 an die Gerichtsgebühr des angefochtenen erstinstanzlichen

Urteils angerechnet worden sei (Urk. 20 S. 2 und 22/3). Die Beschwerdeantwort datiert vom 10. Februar 2014 und enthält folgende Anträge (Urk. 26 S. 2):

- "1. Die Beschwerde vom 13. Dezember 2013 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin"

Die Beschwerdeantwort wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 12. Februar 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 28).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

2. Die Vorinstanz wies das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin mit der Begründung fehlender Aktivlegitimation ab. Die Gesuchstellerin stütze ihr Rechtsöffnungsgesuch auf einen zwischen den Parteien am 26. April 2012 geschlossenen gerichtlichen Vergleich sowie den darauf hin ergangenen Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 22. Mai 2012, womit das Verfahren betreffend Erstreckung des Mietverhältnisses als durch Vergleich erledigt abgeschrieben worden sei. In Ziffer 3 des genannten Vergleichs habe sich die Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gesuchsgegnerin) verpflichtet, der Gesuchstellerin an deren Mietkosten eines neuen Mietobjekts pauschal Fr. 70'000.- zu bezahlen, zahlbar direkt an die neue Vermieterin C._____ bzw. für diese an deren Verwaltung D._____ AG, am Tage des dortigen Mietantritts (Urk. 14 S. 2). Zwar handle es sich bei diesem Vergleich grundsätzlich um einen

definitiven Rechtsöffnungstitel. Die Gesuchsgegnerin habe sich jedoch gemäss dem klaren Wortlaut des Vergleichs nicht verpflichtet, diesen Betrag an die Gesuchstellerin zu bezahlen, sondern an die neue Vermieterin, "so dass die von der Klägerin [Gesuchstellerin] geschuldeten Mietzinse in diesem Umfang vorausbezahlt sind" (Urk. 5/4 S. 4 Ziff. 3), mithin zur Erfüllung einer eigenen Vertragspflicht. Unerheblich seien die Motive für diese Lösung. Der Vertreter der Gesuchstellerin habe nach der Verhandlung in Kenntnis der Auffassung des Gerichts immerhin darauf verwiesen, dass die Parteien sich deshalb so geeinigt hätten, weil die Solvenz der Gesuchstellerin in Frage gestanden habe. Dies unterstreiche den bereits aus der Vereinbarung ersichtlichen Willen der Parteien, dass die neue Vermieterin entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin nicht blosses Zahlstelle sein sollte, sondern von den Parteien als Empfängerin im Sinne eines Vertrags zugunsten eines Dritten im Sinne von Art. 112 OR gewählt worden sei. Dabei könne offen gelassen werden, ob ein echter oder ein unechter Vertrag zugunsten einer Dritten vorliege. Bei einem echten Vertrag zugunsten der neuen Vermieterin (gemäss Art. 112 Abs. 2 OR) müsste diese die Forderung für sich selber beanspruchen, wäre mithin allein die Dritte aktivlegitimiert, nicht die Gesuchstellerin. Bei einem unechten Vertrag zugunsten einer Dritten (gemäss Art. 112 Abs. 1 OR) wäre die neue Vermieterin zwar Begünstigte, doch hätte die Gesuchstellerin die Leistung nicht an sich selber, sondern an die begünstigte Dritte zu fordern. Bei dieser Konstellation sei strittig, ob die Forderung auf dem Weg der Schuldbetreibung durchgesetzt werden könne. Bei einem echten Vertrag zugunsten einer Dritten fehle es mithin an der Aktivlegitimation der Gesuchstellerin. Bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter scheitere das Gesuch auf jeden Fall daran, dass die Gesuchstellerin die Leistung an sich selber verlangt habe (Urk. 14 S. 2 ff.).

3.1. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz stütze ihr Urteil ausschliesslich auf Ziffer 3 der Vereinbarung ohne Berücksichtigung der übrigen Klauseln. Im Vergleich würden ausschliesslich in Ziffer 3 Dritte erwähnt (Urk. 13 S. 11 und S. 15 f.). Auch verkenne die Vorinstanz in willkürlicher Weise die Tatsache, dass im vollstreckbaren Entscheid im Rubrum nur die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin aufgeführt seien (Urk. 13 S. 12). Im Vergleich sei festgehalten worden, dass die Beklagte (= Passivlegitimierete) der Klägerin (= Aktivlegitimierete)

Fr. 70'000.– bezahle. Anschliessend ("zahlbar direkt an die neue Vermieterin C. _____ bzw. für diese an deren Verwaltung D. _____ AG ") seien die Zahlungsmodalitäten festgehalten worden. Es sei klar vereinbart worden, dass der Betrag an die neue Vermieterin zahlbar – aber nicht geschuldet im Sinne von anspruchsberechtigt – sei, selbstverständlich zu Gunsten der Gesuchstellerin (Urk. 13 S. 13). Bei den Fr. 70'000.– handle es sich um eine Akontozahlung der Gesuchstellerin. Würde man der Argumentation der Vorinstanz folgen, könnten auch Anwälte bzw. deren Klientengeldkonto nicht mehr als Zahlstelle in Vergleichen angegeben werden, weil dann der Anwalt anstelle seines Mandanten klagen müsste. Durch die Angabe eines Kontos komme es keinesfalls zu einem Gläubigerwechsel. Zahlstellen seien nie aktivlegitimiert. In Ziffer 6 des Vergleiches hätten die Parteien Stillschweigen vereinbart. Wäre zu Gunsten der neuen Vermieterin ein Anspruch vereinbart worden, wo wäre sicher nicht Stillschweigen vereinbart worden, weil die neue Vermieterin ihren Anspruch nur in Kenntnis des Vergleichs durchsetzen könnte (Urk. 13 S. 14 f.). Es würden ihr keine eigenen Rechte oder Ansprüche zugestanden, weshalb die erstinstanzlichen Ausführungen, ob ein echter oder unechter Vertrag zu Gunsten Dritter vorliege, falsch, irrelevant und folglich nicht zu hören seien (Urk. 13 S. 16). Die Forderung sei seit dem Mietantritt der Gesuchstellerin am 1. August 2012 fällig; gestützt auf Art. 104 OR seien ab dann Verzugszinsen von 5 % geschuldet (Urk. 13 S. 17). Zudem habe die Gesuchsgegnerin die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin anerkannt, da jene Verrechnung erklärt habe. Forderungen könnten aber nur verrechnet werden, wenn sie gegenseitig seien (Urk. 13 S. 18). Es bestünden jedoch keine Verrechnungsforderungen (Urk. 13 S. 19).

Die Gesuchstellerin erlaube sich, der Vollständigkeit halber eine Bestätigung der neuen Vermieterschaft einzureichen. Darin erkläre diese, dass sie selber nicht aktivlegitimierte Gläubigerin der Forderung von Fr. 70'000.– sei (Urk. 13 S. 19). Die Vorinstanz halte korrekt fest, dass im Rechtsöffnungsverfahren die Motive für die Zahlungsmodalitäten vom Gericht nicht zu beachten seien (Urk. 13 S. 14). Die willkürliche Feststellung der Vorinstanz im Urteil auf Seite 3 unten betreffend die Solvenz der Gesuchstellerin sei erstens falsch, zweitens nicht protokolliert und drittens sei es der Entscheid der Gesuchstellerin gewesen, die Summe nicht dem

eigenen Rechtsvertreter, sondern der neuen Vermieterin als Zahlstelle überweisen zu lassen. Bei Umzügen entstünden manchmal Liquiditätsengpässe, was mit fehlender Solvenz aber nichts zu tun habe (Urk. 13 S. 20).

3.2. Die Gesuchsgegnerin entgegnet im Wesentlichen, der Text des Vergleiches sei klar. Das Geld sei der Vermieterin respektive deren Verwaltung geschuldet und zu zahlen, unabhängig davon, ob diese oder ihre Verwaltung das gewusst hätten. Die Vermieterin respektive deren Verwaltung sei anspruchsberechtigt. Die Gesuchstellerin verkenne offenbar, was eine Zahlstelle sei. Eine Bank oder eine Post seien typische Zahlstellen. Als atypisch würden bereits Anwälte oder gar Treuhänder gelten, die Gelder in guten Treuen für ihre Klienten anvertraut erhielten. Das Merkmal einer Zahlstelle sei, dass entgegengenommene Gelder gerade nur anvertraut seien. Vorliegend sollten jedoch die Fr. 70'000.– nicht anvertraut werden, sondern zahlungshalber dorthin in Anrechnung auf den Mietzins erfolgen. Eine Vermieterin bewahre nicht fremdes Geld für den Mieter auf, mit Ausnahme des Mietzinsdepots. Eine Verwaltung nehme das Geld allenfalls für die Vermieterin entgegen, womit jedoch die Gesuchstellerin wiederum keineswegs aktivlegitimiert sei (Urk. 26 S. 8). Selbstverständlich sei die Verrechnung als Eventualstandpunkt jederzeit möglich, daraus lasse sich nichts ableiten (Urk. 26 S. 10).

4.1. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid, so kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlages (definitive Rechtsöffnung) verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Gerichtlichen Entscheiden gleichgestellt sind gerichtliche Vergleiche (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Formeller Rechtsöffnungstitel ist hierbei der Vergleich mit einer Bescheinigung des Gerichts, dass er im Gerichtsprotokoll schriftlich festgehalten und von allen Parteien unterzeichnet worden ist, oder dass der aussergerichtlich ausgehandelte und unterzeichnete Vergleich dem Gericht zugestellt worden ist (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 21). Dass der strittige Vergleich grundsätzlich einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt, scheint von der Gesuchsgegnerin nicht mehr bestritten zu sein (Urk. 26 S. 5 N 16).

4.2. Die im Entscheid als Gläubiger bezeichnete Person und der Betreibende müssen identisch sein (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 33). Die Vorinstanz qualifizierte die Ziffer 3 des Vergleiches als Vertrag zugunsten Dritter und stützte sich in der Folge auf eine Minderheitsmeinung von Fritzsche/Walder, wonach die Ansicht kaum richtig sei, dass das Betreibungsverfahren auch auf Geldzahlungen an Dritte, gestützt auf Verträge zugunsten Dritter, anwendbar sei. Art. 70 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (heute Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) sehe als Inhalt des Zahlungsbefehls die Aufforderung vor, den Gläubiger (und nicht den Dritten) zu befriedigen oder sicherzustellen. Als Gläubiger sei dabei natürlich auch hier der Gläubiger des Betreibungsverfahrens zu verstehen. Die Zahlung an einen Dritten könne jedoch auf dem Weg über die (damals kantonrechtliche) Zwangsvollstreckung als Verpflichtung zu einem Tun erzwungen werden (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, § 10 N 1). Gemäss Zürcherischer Rechtsprechung ist das Betreibungsverfahren jedoch auch auf Geldzahlungen an Dritte, gestützt auf Verträge zu Gunsten Dritter, anwendbar. Art. 38 Abs. 1 SchKG sagt, dass die Zwangsvollstreckung, welche auf eine Geldzahlung gerichtet ist, auf dem Weg der Schuldbetreibung durchgeführt wird. Der gleiche Grundsatz findet sich in Art. 335 Abs. 2 ZPO. Bei jedem Vertrag zu Gunsten Dritter auf Geldleistung ist der Promissar auch Gläubiger, denn er ist nicht nur Vertragspartei, sondern er kann in jedem Fall auch die Leistung an den Dritten verlangen; beim unechten Vertrag zu Gunsten Dritter ist er sogar der Einzige, der dies tun kann, da dem Dritten kein selbständiges Forderungsrecht zusteht. Schon von Tuhr/Escher gingen davon aus, dass beim Vertrag zu Gunsten Dritter ein Betreibungsverfahren durchgeführt werden kann, wobei das Betreibungsamt die vom Schuldner betriebene Summe dem Dritten auszahlen könne. Es könne im Übrigen dem jeweiligen Betreibungsschuldner überlassen werden, durch geeignete Massnahmen (insbesondere Rechtsvorschlag und anschliessende zweckentsprechende Anträge im Rechtsöffnungsverfahren) dafür zu sorgen, dass bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter der Betrag wirklich dem Dritten und nicht dem betreibenden Gläubiger zukomme. Materielle Identität genüge (ZR 82 Nr. 58; Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 237; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 9

N 66). Die gleiche Meinung vertritt Patrick Krauskopf in seiner Dissertation zum Vertrag zugunsten Dritter (Krauskopf, Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000, N 557 mit weiteren Hinweisen und N 1371 f. mit weiteren Ausführungen hinsichtlich der Angaben im Zahlungsbefehl beim echten Vertrag zugunsten Dritter) und das Bundesgericht hinsichtlich des unechten Vertrags zugunsten Dritter (BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, E. 8.2.5).

Nach dem Gesagten kann der vorinstanzlichen Rechtsauffassung nicht gefolgt werden. Vorliegend ist damit die Gesuchstellerin aktivlegitimiert, unabhängig davon, ob Ziffer 3 des strittigen Vergleichs als Vereinbarung einer Zahlstelle oder Vertrag zu Gunsten Dritter qualifiziert wird. Zur Klärung der Frage, ob die Gesuchstellerin die Zahlung an sich verlangen kann und an wen die Gesuchsgegnerin mit befreiender Wirkung zu leisten hat, gilt es in der Folge den zwischen den Parteien geschlossenen Vergleich auszulegen (vgl. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 117).

4.3.1. Gläubiger und Schuldner können verabreden, dass der Schuldner die grundsätzlich unentziehbare Befugnis hat, sich durch Leistung an einen Dritten von seiner Schuld zu befreien. Dieser Dritte, der die Leistung nicht verlangen, sondern nur mit befreiender Wirkung für den Schuldner entgegennehmen kann, ist eine sog. Zahlstelle. Die Zahlstelle ist nicht als Vertreter des Gläubigers zu betrachten, weil sie die Leistung in eigenem Namen (und nur für Rechnung des Gläubigers) entgegennimmt und sich um deren causa nicht kümmert (Von Tuhr/Escher, a.a.O., S. 20 f.).

4.3.2. Beim Vertrag zugunsten Dritter kann sich der Schuldner grundsätzlich nur durch Leistung an den Dritten befreien (BSK OR I-Gonzenbach/Zellweger-Gutknecht, Art. 112 N 4; CHK-Reetz/Graber, Art. 112 OR N 14).

Beim sog. unechten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR) ist nur der Gläubiger berechtigt zu fordern, dass an den Dritten geleistet wird. Der Dritte ist aus dem Vertrag nicht berechtigt, sondern nur zum Empfang der Leistung ermächtigt, nicht Gläubiger, sondern nur Leistungsempfänger (Von Tuhr/Escher, a.a.O., S. 236).

Beim sog. echten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR) kann der Dritte fordern, dass an ihn erfüllt wird, d.h. der Dritte wird auch Gläubiger (Von Tuhr/Escher, a.a.O., S. 237). Dies führt zu zwei Gläubigern (BSK OR I-Gonzenbach/Zellweger-Gutknecht, Art. 112 N 15). Der Gläubiger kann den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch zu machen (Art. 112 Abs. 3 SchKG).

4.4. Die Gesuchstellerin geht von einer Zahlstelle, die Gesuchsgegnerin – zumindest vor Beschwerdeinstanz – von einem Vertrag zugunsten Dritter aus (auch wenn sie in diesem Fall gemäss Art. 122 OR keine Verrechnung erklären könnte). Damit liegt kein tatsächlicher Konsens vor. Es ist der normative Konsens zu ermitteln. Der Parteiwille kann als sogenannte "innere Tatsache" nicht direkt bewiesen werden. Vielmehr kann nur aus bestimmten Indizien auf das Vorhandensein eines solchen Willens geschlossen werden. Insofern geht es bei der Ermittlung des Parteiwillens immer um einen im weiteren Sinne mutmasslichen Willen. Das Bundesgericht hält hierzu regelmässig fest, wenn der Parteiwille unbewiesen bleibe, so seien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei habe der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht sei, weil nicht anzunehmen sei, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt hätten (BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 11 ff. mit weiteren Hinweisen).

Die Klausel "Die Beklagte [Gesuchsgegnerin] bezahlt der Klägerin [Gesuchstellerin] (...) pauschal Fr. 70'000.–, zahlbar direkt an die neue Vermieterin C._____ bzw. für diese an deren Verwaltung D._____ AG (...)" kann aufgrund des klaren Wortlauts keinen Vertrag zugunsten Dritter darstellen. Die Gesuchsgegnerin verpflichtete sich unmissverständlich, der Gesuchstellerin Fr. 70'000.– zu bezahlen. In der Folge wurden die Zahlungsmodalitäten geregelt. Dabei wurde die gleiche Formulierung verwendet, wie sie auch für eine Überweisung auf das Bankkonto der Gesuchstellerin üblich gewesen wäre. Die Verwendung des Begriffes *direkt* kann denn auch nicht anders verstanden werden, als dass der Zahlungsweg (Ge-

suchsgegnerin – Bankkonto der Gesuchstellerin – neue Vermieterin bzw. D._____) abgekürzt werden sollte. Die anderslautenden Ausführungen der Vorinstanz, wonach Grund für die Vereinbarung die fragliche Solvenz der Gesuchstellerin gewesen sei, finden keine Stütze im Protokoll (Urk. 14 S. 3 und Prot. I). Damit vereinbarten die Parteien nach objektivierter Auslegung die Zahlung an eine Zahlstelle.

4.5. Auch im Falle der Vereinbarung einer Zahlstelle verfügt die Gesuchsgegnerin aber nach dem oben Ausgeführten über eine grundsätzlich unentziehbare Berechtigung, an die Vermietern bzw. deren Verwaltung zu leisten. Die Gesuchsgegnerin hat jedoch im Rechtsöffnungsverfahren keinen entsprechenden Antrag gestellt. Vorliegend besteht nun aber das Problem darin, dass die Gesuchsgegnerin weder an die Gesuchstellerin noch an die Vermieterin bzw. deren Verwaltung leisten will. Sie berief sich vor Vorinstanz im Eventualstandpunkt auf ihr Recht zur Verrechnung (Prot. I S. 4). Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Entscheid eines schweizerischen Gerichts oder einer schweizerischen Verwaltungsbehörde, wo wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Als Beweis der Tilgung durch Verrechnung können nur solche Urkunden gelten, die mindestens zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würden. Dabei genügt ein zweiseitiger Vertrag nicht, welcher durch blosser Behauptung, die Gegenleistung sei nicht ordnungsgemäss erfüllt worden, als Rechtsöffnungstitel zu Fall gebracht werden kann, sondern es bedarf einer vorbehalts- und bedingungslosen Schuldanerkennung. Der Schuldner muss überdies sämtliche Voraussetzungen der Verrechnung beweisen: Gegenseitigkeit der Forderungen, Fälligkeit und Klagbarkeit der Verrechnungsforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung und Gleichartigkeit der Leistungen. Diese weiteren Voraussetzungen – nicht aber Bestand und Fälligkeit der Gegenforderung – können allenfalls auch durch andere Beweismittel als mit Urkunden nachgewiesen werden (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 10 mit weiteren Hinweisen). Die Gesuchsgegnerin berief sich vor Vorinstanz auf eine E-Mail vom 15. September 2013, mit welcher sie Verrechnung erklärt habe (Prot. I S. 4 und Urk. 5/5/5). Dass die E-Mail

der Gesuchsgegnerin den oben erwähnten Anforderungen nicht entspricht, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Nachdem die Gesuchsgegnerin es unterliess, für den Fall ihres Unterliegens, eine Zahlung an die Vermieterin zu verlangen und da auch bei der Nennung eines Bankkontos der Gesuchstellerin ausser der Rechtsöffnung keine weiteren Anordnungen zu treffen gewesen wären, bleibt es bei der Gewährung der definitiven Rechtsöffnung zu Gunsten der Gesuchstellerin. Die Forderung ist seit dem Mietantritt der Gesuchstellerin am 1. August 2012 fällig (Art. 102 Abs. 2 OR).

5. Zusammenfassend ist der Gesuchstellerin somit in teilweiser Gutheissung ihrer Beschwerde die definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 30. September 2013) für Fr. 70'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. August 2012 zu erteilen.

Hingegen ist nach ständiger Praxis des Obergerichtes für die Betreuungskosten keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108 Nr. 2). Diese Auffassung stützt sich auf Art. 68 Abs. 2 SchKG, wonach die Betreuungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben sind, soweit dieser die Kosten tragen muss (BSK SchKG I-Emmel, Art. 68 N 16). In diesem Umfang ist das Begehren der Gesuchstellerin abzuweisen.

III.

1. Die von der Vorinstanz festgesetzte Spruchgebühr von Fr. 500.– ist ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchsgegnerin ist überdies zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'900.80 (Fr. 1'760.– zzgl. 8 % MwSt.; Urk. 14 S. 4) zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV).

2. Für das Beschwerdeverfahren beträgt der Streitwert Fr. 70'000.–. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (BGE 139 III 195 E. 4, ZR 110 Nr. 28) auf Fr. 750.– festzusetzen. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die

Gesuchsgegnerin ist überdies antragsgemäss zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten, welche auf Fr. 1'250.– (inkl. 8 % MwSt.; § 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 2 AnwGebV) festzusetzen ist.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 28. November 2013 aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:
 - "1. Der Gesuchstellerin wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 30. September 2013) definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 70'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. August 2012. Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.
 2. Die Spruchgebühr von Fr. 500.– wird der Gesuchsgegnerin auferlegt.
 3. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'900.80 zu bezahlen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 500.- verrechnet. Im Mehrbetrag von Fr. 250.- wird der Gesuchsgegnerin Rechnung gestellt. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 500.- zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'250.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 70'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am: js