

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT150120-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Urteil vom 26. November 2015

in Sachen

A. _____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 9. Juni 2015 (EB140300-F)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil der Vorinstanz vom 9. Juni 2015 wurde das in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 10. Oktober 2014) gestellte Begehren der Klägerin und Beschwerdeführerin (vormals: A'._____ GmbH [Urk. 11]; fortan: Klägerin) um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für Fr. 40'000.– zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. Oktober 2014 sowie Betreuungskosten von Fr. 116.60 abgewiesen (Urk. 41 S. 10 f., Dispositivziffer 1). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 41 S. 2 f.).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin fristgerecht Beschwerde (Urk. 34/1; Urk. 40). Sie stellt die nachfolgenden Anträge (Urk. 40 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 09. Juni 2015 im Verfahren mit der Geschäfts-Nr.: EB140300-F aufzuheben und die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen;
2. Eventualiter seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens dem Beklagten und Beschwerdegegner aufzuerlegen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Beklagten und Beschwerdegegners."

Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet (Urk. 44; Urk. 45). Der Antrag der Klägerin, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren (Urk. 40 S. 2), wurde mit Verfügung vom 7. Juli 2015 abgewiesen (Urk. 46). Die Beschwerdeantwort, womit die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin beantragt wird, datiert vom 21. August 2015 (Urk. 48 S. 2). Unter dem 7. September 2015 hat die Klägerin eine (unaufgeforderte) "Stellungnahme/Replik" eingereicht (Urk. 50). Die Eingabe wurde dem Beklagten und Beschwerdegegner (fortan: Beklagter) zur Kenntnis gebracht (Prot. S. 6; Urk. 50).

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320

ZPO). In Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 320 lit. a ZPO volle Kognition. Entsprechend dem Grundsatz "iura novit curia" wendet die Beschwerdeinstanz das dem Prozessstoff zugrunde liegende Recht – ebenso wie die Vorinstanz – von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz hat von Amtes wegen zu entscheiden, ob die Beschwerdeanträge im Ergebnis begründet sind oder nicht (vgl. hierzu RA140002, Urteil der Kammer vom 3. März 2014, S. 3 f.). Für die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung gilt eine beschränkte Kognition: Erforderlich ist eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts, wobei "offensichtlich unrichtig" - analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG - gleichbedeutend mit willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 320 N 5). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

4. Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit notwendig eingegangen.

II.

1. Verfügt der Gläubiger über eine urkundlich festgestellte oder unterschriebene Schuldanerkennung, so muss der Richter die provisorische Rechtsöffnung aussprechen, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 SchKG). So kann der Schuldner glaubhaft machen, die Schuld sei durch Tilgung erloschen, wobei die Tilgung auch durch Verrechnung erfolgen kann. Weiter kann der Schuldner glaubhaft machen, dass seine Verpflichtung infolge Willensmangel ungültig sei. Es besteht somit eine andere Beweislastverteilung als im Zivilprozess. Der Gläubiger muss nur die Schuldanerkennung einreichen, er hat keine weiteren rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen. Dem Schuldner obliegt es nun, glaubhaft zu machen, dass die der Schuldanerkennung zu Grunde liegenden rechtserzeugenden Tatsachen nicht existieren, oder dass rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsachen eingetreten sind. Anders als im Zivilprozess muss somit der Schuldner die

rechtserzeugenden Tatsachen glaubhaft widerlegen und nicht der Gläubiger deren Vorhanden sein beweisen. Der Begriff des Glaubhaftmachens entspricht demjenigen des Zivilprozessrechts. Glaubhaft machen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Der Richter muss überwiegend geneigt sein, an der Wahrheit der vom Betriebenen geltend gemachten Umstände zu glauben. Es muss somit nur die Wahrscheinlichkeit bewiesen werden (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 83 ff.).

2.1. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin stütze ihr Rechtsöffnungsbegehren auf eine vom Beklagten unterzeichnete Vereinbarung, datiert vom 29. August 2014 (Urk. 4). In dieser Vereinbarung anerkenne der Beklagte eine Forderung aus einem Darlehen in der Höhe von Fr. 40'000.–, rückzahlbar bis zum 31. August 2013. Damit liege grundsätzlich ein gültiger Titel vor, der zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige (vgl. Art. 82 Abs. 1 SchKG). Weiter hätten die Parteien in dieser Vereinbarung vereinbart, dass das Eigentum am Personenwagen "Lancia Ardea offen mit Verdeck, Fahrgestell Nr. ..." zwecks Tilgung der Darlehensschuld zahlungshalber an die Klägerin übertragen werde. Diesbezüglich mache der Beklagte geltend, dass das Fahrzeug nicht an die Klägerin übertragen worden sei und ein geplanter Verkauf an Dritte geplatzt sei, eine Tilgung der Darlehensschuld durch Übertragung oder den Erlös des Verkaufes sei nicht zustande gekommen. Die Klägerin bestreite zwar, dass der Verkauf geplatzt sei, stimme jedoch den Ausführungen des Beklagten insofern zu, als dass aus dem Verkauf keine Rückzahlung des Darlehens erfolgt sei. Die Vorinstanz erwog weiter, die Vereinbarung enthalte die handschriftlichen Vermerke "Auto verkauft" sowie "Darlehensrückzahlung per 30. September 2014". Diese Vermerke seien nicht eindeutig. Vorliegend könne jedoch offen gelassen werden, wie diese auszulegen seien und ob eine Tilgung der Schuld durch Übertragung des Personenwagens hätte erfolgen sollen oder ob der Personenwagen überhaupt verkauft worden sei, habe die klagende Partei (recte: der Beklagte) im Grundsatz doch anerkannt, dass er der Klägerin aus dem Darlehensvertrag einen Betrag von Fr. 40'000.– schulde und dieser bis zum 30. September 2014 zurückzuzahlen gewesen wäre (mit Verweis auf Urk. 13 S. 4). Sodann bejahte die Vorinstanz das Vorliegen einer gültigen Schuldanererkennung für Zinsen von 5 % auf Fr. 40'000.– seit dem 1. Oktober

2014. Sie kam zum Schluss, mit der vom Beklagten unterschriebenen Vereinbarung vom 29. August 2014 liege ein Rechtsöffnungstitel für den Betrag von Fr. 40'000.– zuzüglich Zinsen vor, welcher vorbehältlich rechtsgenügender Einwendungen seitens des Beklagten zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige (Urk. 41 S. 3 f).

2.2. Die Klägerin rügt in diesem Zusammenhang eine unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Urk. 40 S. 5 f.). Da die Vorinstanz das Vorliegen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels für Fr. 40'000.– nebst Zins bejaht hat, stossen die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin jedoch von vornherein ins Leere.

Kommt hinzu, dass die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Klägerin in ihrem Entscheid nicht festgehalten hat, die Parteien hätten im Darlehensvertrag vom 26. Juli 2013 vereinbart, das Eigentum am Personenwagen "Lancia Ardea offen mit Verdeck sei zwecks Tilgung der Darlehensschuld zahlungshalber an die klagende Partei zu übertragen" (Urk. 40 S. 5). Die entsprechenden Ausführungen in der Erwägung 2.1.4. des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 41 S. 3) bezogen sich vielmehr auf die vom Beklagten unterzeichnete Schuldanererkennung vom 29. August 2014, auf welche die Klägerin ihr Rechtsöffnungsbegehren stützt. Die Vorinstanz nahm in der Erwägung 2.1.4. Bezug auf die in der Erwägung 2.1.3. angeführte Vereinbarung vom 29. August 2014 ("weiter vereinbarten die Parteien in *dieser* Vereinbarung"). Der "Darlehensvertrag vom 26. Juli 2013" (Urk. 14/3) wurde bis dahin in den Erwägungen nicht erwähnt. Zutreffend ist, dass die in den nachfolgenden vorinstanzlichen Erwägungen zitierten Ausführungen der Parteien sich auf den Darlehensvertrag vom 26. Juli 2013 und die darin getroffene Regelung bezogen (vgl. Urk. 40 S. 3, E. 2.1.4. mit Hinweis auf Urk. 13 S. 3 und Urk. 20 S. 4). Dies ändert aber nichts an der von der Vorinstanz gezogenen Folgerung, welche unangefochten blieb, dass aus einem (allfälligen) Verkauf des Fahrzeuges keine Rückzahlung des Darlehens erfolgt ist. Die Klägerin unterlässt es im Weiteren in der Beschwerdeschrift darzulegen, inwieweit die ihres Erachtens von der Vorinstanz fälschlicherweise nicht gezogene Schlussfolgerung, sie sei rechtmässige Eigentümerin der beiden erwähnten Fahrzeuge [gemeint sind die Fahrzeuge gemäss Darlehensvertrag vom 26. Juli 2013] geworden und der Beklagte habe

sie daher nicht ohne ihre Einwilligung verkaufen dürfen (Urk. 40 S. 5), für die zu beurteilende Frage, ob die Vereinbarung der Parteien vom 29. August 2014 ein gültiger Rechtsöffnungstitel zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung darstellt, von Relevanz sein sollte. Sodann hat die Vorinstanz die Frage, wie die in der Vereinbarung angebrachten handschriftlichen Vermerke "Auto verkauft" sowie "Darlehensrückzahlung per 30. September 2014" auszulegen wären, gerade offen gelassen, weil der Beklagte im Grundsatz anerkannt habe, dass er der Klägerin aus dem Darlehensvertrag einen Betrag von Fr. 40'000.– schulde und dieser bis zum 30. September 2014 zurückzuzahlen wäre (Urk. 41 S. 4, E. 2.1.5.).

3.1. Die Vorinstanz wies in der Folge das Gesuch der Klägerin um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung ab.

Der Beklagte hatte in der Gesuchsantwort die Verrechnung mit Forderungen seinerseits gegenüber der Klägerin von total Fr. 40'420.– erklärt. Er machte geltend, seine Lebenspartnerin, C._____, habe der Klägerin im Januar 1995 ein Darlehen über Fr. 13'950.– zur Hinterlegung der Mieterkaution für die Geschäftsräumlichkeiten der Klägerin an der D._____-strasse 16 in Zürich "geleistet". Weiter habe sie der Klägerin am 1. April 1997 ein Darlehen über Fr. 20'000.– gewährt. Die Darlehen seien im Juli 2014 von C._____ ihm gegenüber mündlich gekündigt worden. Er sei damals noch Geschäftsführer der Klägerin gewesen. Die Darlehen seien damit seit spätestens Mitte September 2014 fällig. Mit Abtretungsvertrag vom 13. November 2014 habe C._____ die beiden Darlehensforderungen von insgesamt Fr. 33'950.– mit sofortiger Wirkung an ihn, den Beklagten, abgetreten (Urk. 13 S. 4 f.). Weiter brachte der Beklagte vor, der Umzug der Klägerin per Ende Juli 2014 von ihrem ehemaligen Domizil an der D._____-strasse 16 in Zürich an ihr (damals) neues Domizil c/o B._____ an der E._____-strasse 3 in ... habe Kosten von total Fr. 6'470.– verursacht (Fr. 2'800.– für die Entsorgung des Archivs, Fr. 2'200.– für den Umzug des Büromobiliars und der Akten, Fr. 500.– für die Miete eines Archivraums für die Monate August und September 2014, Fr. 600.– für die Miete eines Bastelraums für die Monate Mai bis August 2014, Fr. 120.– für die Miete eines Postfachs sowie Fr. 250.– für die Anmeldung der Domiziländerung beim Handelsregisteramt). Diese Kosten seien ihm von der Klägerin

zu erstatten. Der Beklagte hat die Kosten der Klägerin am 27. November 2014 in Rechnung gestellt (Urk. 13 S. 5 f.; Urk. 14/13).

Die Vorinstanz sah es als glaubhaft an, dass der Klägerin die beiden Darlehen gewährt und hernach an den Beklagten abgetreten wurden. Sie verneinte eine bereits eingetretene Verjährung der Darlehensforderungen. Auch die geltend gemachten Kosten im Zusammenhang mit dem Domizilwechsel der Klägerin sah die Vorinstanz als glaubhaft an. Sie bejahte die Fälligkeit der Forderungen und kam zum Schluss, der Beklagte könne die Forderungen zur Verrechnung bringen (Urk. 41 S. 7 ff.).

3.2. Die Klägerin rügt, die dem Beklagten angeblich von C._____ abgetretenen, bestrittenen Darlehensforderungen seien, entgegen der Ansicht der Vorinstanz verjährt (Urk. 20 S. 5 und 7; Urk. 40 S. 8 und S. 12). Die Rüge ist begründet. Der Beklagte behauptet nicht, dass zwischen der Klägerin und C._____ mit Bezug auf die im Jahre 1995 und 1997 gewährten Darlehen etwas über die Rückzahlung vereinbart worden wäre. Solches ergibt sich auch nicht aus den Akten (Urk. 14/4-5). Mit Bezug auf das Darlehen vom 1. April 1997 wird gar explizit behauptet, die (vormalig bestehende) Rückzahlungsvereinbarung sei per Ende Juni 1997 aufgehoben und aus der "Schuldanererkennung" der Klägerin gestrichen worden (Urk. 13 S. 4). Nach Meinung der herrschenden Lehre (vgl. BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 318 N 28) sowie gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 120 III 10; mit Bezug auf den Darlehensvertrag explizit bestätigt im Urteil 4A_699/2011 vom 22. Dezember 2011, E. 4) verjährt der Rückforderungsanspruch des Darleihers, wenn die Parteien über die Rückzahlung nichts vereinbart haben, in Anwendung von Art. 130 Abs. 2 OR innert zehn Jahren und sechs Wochen nach Aushändigung der Darlehenssumme. Es ist vorliegend zumindest glaubhaft, dass die beiden Darlehen - falls sie denn bestehen sollten - längst verjährt waren, als der Beklagte den Darlehensvertrag vom 26. Juli 2013 (Urk. 14/3) sowie die Schuldanererkennung vom 29. August 2014 (Urk. 4) unterzeichnete (vgl. Art. 120 Abs. 3 OR). Die Rückforderungsansprüche können somit schon zufolge Verjährung nicht mehr zur Verrechnung gebracht werden. Es kann offen bleiben, ob der Beklagte, wie von der Vorinstanz bejaht (Urk. 41 S. 7 f.) und von der Klägerin gerügt (Urk. 40 S. 7 ff.), den Abschluss der behaupteten Darle-

hensverträge, deren Kündigung und die Abtretung der Rückforderungsansprüche an ihn glaubhaft machen konnte.

4.1. Die Vorinstanz erwog betreffend die geltend gemachten Kosten im Zusammenhang mit dem Domizilwechsel der Klägerin per Ende Juli 2014, die Umzugskosten in der Höhe von Fr. 2'800.– [recte: Fr. 2'200.–], die Kosten für die Entsorgung des Archivs in der Höhe von Fr. 2'200.– [recte: 2'800.–], die Mietkosten des Archivraums in der Höhe von Fr. 500.–, die Mietkosten des Bastelraums in der Höhe von Fr. 600.–, die Mietkosten des Postfachs in der Höhe von Fr. 120.– sowie die Gebühren des Handelsregisteramts in der Höhe von Fr. 250.– seien vom Beklagten zumindest glaubhaft dargetan worden. Insbesondere lege der Beklagte Belege betreffend die Miete des Archivraums (Urk. 14/7-10) und betreffend die Miete des Bastelraums mit Mietbeginn am 1. Juli 2014 (Urk. 14/11) ins Recht. Ferner lege er eine Rechnung betreffend Gebühren des Handelsregisteramts in der Höhe von Fr. 61.– vor (Urk. 14/12). Vor diesem Hintergrund erscheine es nicht von vornherein abwegig, dass der Beklagte aufgrund des Umzugs Forderungen in der Höhe von Fr. 2'200.– [recte wohl: Fr. 6'470.–] gegenüber der Klägerin habe, auch wenn diese nicht vollständig belegt seien. Damit seien diese Forderungen auch fällig (Urk. 40 S. 8 f.).

4.2. Die Klägerin rügt diesbezüglich unter dem Titel *Glaubhaftmachung Entsorgungs- und Umzugskosten*, sie habe dem Beklagten nie den Auftrag erteilt, Akten zu entsorgen. Vielmehr habe sie mit einem Herausgabeverfahren die Akten vom Beklagten herausverlangt. Der Beklagte habe sodann keinen einzigen Entsorgungsbeleg einreichen können. Im Herausgabeverfahren behaupte der Beklagte weiter, das meiste entsorgt zu haben. Es seien lediglich noch drei Tische und Geräte vorhanden, die ausserdem in seinem Eigentum stehen würden. Trotzdem mache er Umzugskosten für die in seinem Eigentum befindlichen Sachen geltend; dies sei rechtsmissbräuchlich. Sodann sei der Betrag von Fr. 2'200.– für den Umzug von drei Tischen, Computer, Drucker und einigen Ordnern nicht angemessen. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz seien die vom Beklagten geltend gemachten Kosten in keiner Art und Weise belegt. So habe der Beklagte keinen Beleg mit Bezug auf die Forderung der Umzugskosten einreichen können. Er habe keine Angaben zur Menge der transportierten Sachen

gemacht. Damit habe die Vorinstanz auch keinen Anhaltspunkt zur Würdigung der Abwegigkeit der Kosten gehabt. Die Vorinstanz habe somit, ohne jegliche Basis zur Beurteilung der Kosten in Bezug auf die angeblich transportierten Sachen entschieden, dass diese nicht von vornherein abwegig seien (Urk. 40 S. 8 f.).

4.3. Damit rügt die Klägerin nur, dass die Vorinstanz es für glaubhaft erachtete, dass Umzugskosten von Fr. 2'200.– und Kosten für die Entsorgung des Archivs vom Fr. 2'800.– entstanden seien. Nicht gerügt werden die im Weiteren zur Verrechnung gebrachten und von der Vorinstanz als glaubhaft angesehenen Forderungen von total Fr. 1'470.– (Fr. 500.– für die Miete eines Archivraums für die Monate August und September 2014, Fr. 600.– für die Miete eines Bastelraums für die Monate Mai bis August 2014, Fr. 120.– für die Miete eines Postfachs sowie Fr. 250.– für die Anmeldung der Domiziländerung beim Handelsregisteramt). Die Fälligkeit der Forderungen blieb unangefochten.

Mit Bezug auf die geltend gemachten Umzugskosten von Fr. 2'200.– sowie die Entsorgungskosten von Fr. 2'800.– ist die Rüge begründet. Der Beklagte führte vor Vorinstanz weder aus, welchen Umfang das von ihm angeblich entsorgte "Archiv" aufwies noch kann er einen Beleg für die dafür angefallenen Kosten vorlegen. Auch Belege dafür, dass allfällig angefallene Kosten durch den Beklagten persönlich, welcher damals noch Geschäftsführer der Klägerin mit Einzelunterschrift war (Urk. 14/2), bezahlt worden wären, fehlen gänzlich. Weiter wird nicht dargelegt, wie sich die Fr. 2'800.– im Detail zusammensetzen (z.B. Honorar für den Beklagten, Entsorgungskosten etc.). Die Kosten sind weder substantiiert behauptet noch glaubhaft. Gleich verhält es sich mit dem angeblich für den "Umzug des Büromobiliars und aktueller Dokumente" geforderten Betrag von Fr. 2'200.–. Es ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen. Damit kann offen bleiben, gestützt auf welche gesetzliche Grundlage oder Vereinbarung zwischen den Parteien der Beklagte die Kosten überhaupt verlangt bzw. verlangen könnte. Eine Verrechnung mit Fr. 5'000.– kann nicht erfolgen.

4.4. Entgegen der von der Klägerin vor Vorinstanz vertretenen Ansicht ist eine einseitige Verrechnungserklärung für zukünftige Forderungen nicht möglich (vgl. Urk. 20 S. 11 mit Hinweis auf BSK OR I-Peter, vor Art. 120 - 126 N 1). Der

Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Parteien wird nicht behauptet. Es kann somit offen bleiben, ob die Organe der Klägerin sich gegenüber dem Beklagten dahingehend äusserten, dass sie alle vom Beklagten zukünftig geltend gemachten (Gegen-)Forderungen mit einer angeblich ihr gegenüber dem Beklagten zustehenden Forderungen aus unberechtigten Privatbezügen von mehr als Fr. 200'000.– verrechnet würden (Urk. 20 S. 11). Sodann widerspricht es Sinn und Zweck des im SchKG geregelten Vollstreckungsverfahrens für Geldforderungen, wenn ein Gläubiger im Rahmen einer provisorischen Rechtsöffnung, nachdem feststeht, dass der Schuldner dem Schuldbekenntnis eine Forderung seinerseits verrechnungsweise entgegenhalten kann, sich wiederum auf die Verrechnung mit einer - anderen als der in Betreuung gesetzten - Forderung berufen könnte. Das Vollstreckungsverfahren wird mit dem Betreibungsbegehren, in welchem die Forderungssumme sowie die Forderungsurkunde anzugeben ist (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 SchKG), eingeleitet. Das Vollstreckungsverfahren bezieht sich auf eine bestimmte und bezifferte Forderung. Würde nun der Klägerin im Rahmen der provisorischen Rechtsöffnung erlaubt, verrechnungsweise eine andere als die in Betreuung gesetzte Forderung einzubringen, wäre diese nicht vom Betreibungsbegehren (und folglich auch nicht vom Zahlungsbefehl) gedeckt. Im Ergebnis würde provisorische Rechtsöffnung für eine Forderung gewährt, die nicht in Betreuung gesetzt wurde. Dies geht nicht an. Vorliegend wurden für den Beklagten erkenntlich Fr. 40'000.– aus Darlehen gestützt auf Urkunden vom 26. Juli 2013 und 29. August 2014 in Betreuung gesetzt (Urk. 2). Auf die Ausführungen der Klägerin in der Beschwerdeschrift zu angeblich ihr zustehenden Verrechnungsforderungen gegenüber dem Beklagten braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden (Urk. 40 S. 11 f.).

4.5. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Beklagte Verrechnungsforderungen von Fr. 1'470.– glaubhaft gemacht hat. Damit sind von den anerkannten Fr. 40'000.– Fr. 1'470.– durch Verrechnung getilgt.

5.1. Zufolge der (teilweisen) Gutheissung der klägerischen Rüge ist das Urteil der Vorinstanz vom 9. Juni 2015 aufzuheben. Das Verfahren ist spruchreif. Es ist ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Vorab ist auf die weiteren vom Beklagten gemachten Einwendungen einzugehen.

5.2. Der Beklagte führt in der Beschwerdeantwort an, die Klägerin selbst habe das "Darlehen" bereits durch die Anrechnung von Fr. 40'000.– in einer von ihr verfassten Excel-Tabelle als bezahlt ausgewiesen (Urk. 48 S. 5). Sinngemäss bezieht er sich auch damit darauf, die von ihm mit Vereinbarung vom 29. August 2014 anerkannte Schuld sei bereits getilgt worden.

Der Beklagte hatte in diesem Zusammenhang vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend gemacht, er und seine Tochter F._____, welche seit dem 6. Februar 2013 einzige Gesellschafterin der Klägerin ist (Urk. 13 S. 2; Urk. 14/2), hätten zusammen ein Bauprojekt in G._____ geplant und bis zum Eclat realisiert. Hierzu habe er F._____ in sein Geschäft, die Klägerin, einsteigen lassen. Die Klägerin habe das Baugrundstück erworben. Der Erwerb sei durch eine Investorin (H._____ AG, ... [Adresse]) finanziert worden. Als Startkapital der Klägerin habe die Differenz zwischen dem Kaufpreis und der Finanzierung durch die H._____ gedient. Das Bauvorhaben (vier Einfamilienhäuser) sei durch die Klägerin als Generalunternehmerin realisiert worden. Die Mittelbeschaffung und Rückzahlung an die Investorin sei durch den sukzessiven Verkauf der Einfamilienhäuser erfolgt (das Grundstück sei den Erwerbern jeweils vor Baubeginn verkauft worden). Eigenmittel von F._____ oder ihm seien nicht geflossen. Er, der Beklagte, habe als damaliger Geschäftsführer der Klägerin die Projektleitung inne gehabt. Er habe die Handwerkerrechnungen, Rapporte etc. auf ihre Übereinstimmung mit den Werkverträgen kontrolliert. F._____ habe dann die Bezahlung der von ihm kontrollierten und frei gegebenen Rechnungen ausgeführt. Die Unterschriftsberechtigung für das Baukonto bei der Raiffeisen Bank habe ausschliesslich F._____ inne gehabt (Urk. 27 S. 2 ff.). F._____ habe die Einnahmen und Ausgaben nach "Hausfrauen-Art" aufgezeichnet. Aus dieser Zusammenstellung (der erwähnten Excel-Tabelle; Urk. 28/5) sei das Grundprinzip, welches von den Parteien gehandhabt worden sei, zu ersehen: Aus dem Generalunternehmer-Honorar seien den Parteien, d.h. der Klägerin, F._____ oder dem Beklagten Zahlungen geleistet und ihnen anschliessend gutgeschrieben bzw. belastet worden. Auf diese Weise sei die Aufteilung des Generalunternehmer-Honorars im Hinblick auf die hälftige Gewinnverteilung nach Abschluss des Projekts vorbereitet worden. Aus der von F._____ erstellten Excel-Tabelle sei ersichtlich, dass auch das hier umstrittene Darlehen im

Betrag von Fr. 36'000.– dem Beklagten als Privatbezug angerechnet worden sei (Urk. 27 S. 5). Ausser dem Darlehen seien ihm noch folgende zusätzlichen Zahlungen aus der Excel-Tabelle vom 6. Juni 2013 als Privatbezüge belastet worden: I. _____ Fr. 532.25, Gemeinde J. _____ Fr. 940.80, K. _____ Fr. 1'975.15 sowie L. _____ GmbH Gils Fr. 280.10. Es seien ihm total Fr. 3'728.40 belastet worden. Damit erkläre sich seine Zusicherung (in der Schuldanerkennung vom 29. August 2014), das Darlehen von Fr. 36'000.– mit einer Zahlung von Fr. 40'000.– zu tilgen (Urk. 27 S. 6).

Es ist nicht ersichtlich, inwieweit der Beklagte aus der Tatsache, dass die Fr. 36'000.– plus die weiteren Privatbezüge sich in der genannten Excel-Tabelle befinden und den von ihm aufgestellten Behauptungen eine Tilgung der Bezüge herleiten will. So führt der Beklagte selbst aus, das Darlehen über Fr. 36'000.– sowie der Betrag von Fr. 3'728.40 seien noch gar nicht fällig, weil eine Schlussabrechnung über das Projekt G. _____ fehle (Urk. 27 S. 6). Mithin geht er selbst noch vom Bestand der Forderungen aus. Eine Verrechnung der Forderungen mit allfälligen Gewinnausschüttungen hat somit gemäss dem Beklagten noch nicht stattgefunden. Der Beklagte stellt denn auch keine expliziten dahingehenden Behauptungen auf, dass zwischen den Parteien vereinbart worden wäre, die in der Excel-Tabelle aufgeführten Privatbezüge seien als vorzeitige Gewinnausschüttungen aus dem Projekt G. _____ anzusehen. Weiter wurde im "Darlehensvertrag vom 26. Juli 2013" zwischen der Klägerin und ihrem damaligen Geschäftsführer, dem Beklagten, explizit festgehalten, dass die Rückzahlung des in der Höhe von Fr. 36'000.– gewährten Darlehens durch eine Zahlung von Fr. 40'000.– auf das UBS-Konto bis spätestens 31. August 2013 zu erfolgen habe (Urk. 14/3). Diese Vereinbarung weckt den Eindruck, dass das Darlehen von Fr. 36'000.– sowie die vom Beklagten im Weiteren bezeichneten Privatbezüge losgelöst von der umstrittenen Frage einer allfälligen Gewinnbeteiligung des Beklagten am Projekt G. _____ innert relativ kurzer Frist zurückbezahlt werden mussten. Es erscheint damit nicht glaubhaft, dass das Darlehen sowie die weiteren "Privatbezüge" durch die Einfügung in die Excel-Tabelle der Klägerin als bereits "bezahlt" zu betrachten sind.

5.3. Weiter beruft sich der Beklagte auf einen Willensmangel bei der Unterzeichnung der Schuldanerkennung vom 29. August 2014. Er habe diese unterzeichnet, als er von der bereits erfolgten "Bezahlung" aufgrund der Abrechnung von F._____ noch keine Kenntnis gehabt habe. Zu einer Doppelzahlung habe er sich nicht verpflichten wollen. Dies würde hingegen nach dem Willen der Klägerin geschehen. Einmal würde ihm das Darlehen als Privatbezug seines Anteils am Gewinn aus dem Projekt G._____ belastet (Excel-Tabelle S. 4). Ausserdem hätte er sich gestützt auf die Vereinbarung vom 29. August 2014 ein zweites Mal zur Rückzahlung verpflichtet (Urk. 27 S. 6 ff.; Urk. 48 S. 4).

Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Der Irrtum ist ein wesentlicher, wenn der Irrende eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat, als es sein Wille war, oder wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR). Irrtum ist die falsche Vorstellung über einen Sachverhalt.

Wie vorangehend dargelegt, kann nicht von einer Tilgung der Schuld von total Fr. 40'000.- durch die Aufnahme der Positionen in die Excel-Tabelle ausgegangen werden. Sodann verkennt der Beklagte das Rechtsinstitut des Schuldbekenntnisses. Das Schuldbekenntnis, auch Schuldanerkennung genannt, ist die Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe (BSK OR-Schwenzer, N 2 zu Art. 17). Mit dem Schuldbekenntnis wird eben gerade keine neue Schuld begründet, sondern lediglich der Bestand einer bereits begründeten Schuld durch den Schuldner erklärt. Entsprechend ist nicht glaubhaft, dass der Beklagte darüber irrte, dass er sich durch die Unterzeichnung der Schuldanerkennung zu einer Doppelzahlung verpflichten würde. Die Forderung war noch nicht getilgt. Mit dem Schuldbekenntnis wurde keine neue, zusätzliche Schuld begründet. Nicht zu hören ist im Weiteren der Einwand des Beklagten, auch bei der Unterzeichnung des Darlehensvertrag vom 26. Juni 2013 habe ein Willensmangel vorgelegen (Urk. 48 S. 4). Diese Behauptung wurde vor der Vorinstanz nicht aufgestellt. Sie ist verspätet.

5.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein provisorischer Rechtstöffnungstitel für Fr. 40'000.– vorliegt (vgl. Ziffern 2 und 5.2. f.). Die Einwendungen des Beklagten im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG sind bis auf geltend gemachte Verrechnungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 1'470.– nicht zu hören (vgl. Ziffern 3 und 5.2. f.). Die Klägerin kann diesen Betrag nicht mit einer weiteren (behaupteten) Forderung ihrerseits verrechnen (vgl. Ziffer 4.4.). Es ist der Klägerin somit provisorische Rechtsöffnung für Fr. 38'530.– (Fr. 40'000.– abzüglich Fr. 1'470.–) zu erteilen. Der geltend gemachte Zinslauf sowie die Zinshöhe blieben unbestritten. Hingegen ist nach ständiger Praxis des Obergerichts für die geltend gemachten Betreuungskosten von Fr. 116.60 keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 108 Nr. 2). In diesem Umfang ist das Rechtsöffnungsbegehren der Klägerin ebenfalls abzuweisen. Zusammenfassend ist der Klägerin somit in teilweiser Gutheissung der Beschwerde in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 10. Oktober 2014) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 38'530.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2014 zu erteilen.

III.

1. Die von der Vorinstanz auf Fr. 1'200.– festgesetzte Spruchgebühr sowie die auf Fr. 3'000.– festgesetzte volle Parteientschädigung blieben der Höhe nach unangefochten. Die Klägerin obsiegt zu über 95 %. Da der Beklagte sodann die Forderungen von gesamthaft Fr. 1'470.– erst im Rechtsöffnungsverfahren zur Verrechnung gebracht hat, erscheint es angemessen, ihm die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich aufzuerlegen (vgl. hierzu Art. 106 Abs. 1 ZPO; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 94). Der Beklagte hat der Klägerin eine volle Prozessentschädigung zu bezahlen.

2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von § 48 i.V.m. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzulegen. Die Kosten sind vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen (vgl. die Erwägungen unter Ziffer 1), wobei sie vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen

werden. Der Beklagte hat der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zuzüglich Fr. 80.– (8 % Mehrwertsteuer), mithin Fr. 1'080.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. 9 AnwGebV sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In (teilweiser) Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 1 bis 3 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 9. Juni 2015 aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:
 - "1. Der Klägerin wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 10. Oktober 2014) provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 38'530.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2014. Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.
 2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'200.–. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.
 3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine volle Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Betreibung Nr. ...) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 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).
7. Wird provisorische Rechtsöffnung erteilt, kann der Beklagte innert 20 Tagen nach Zustellung dieses Entscheides beim zuständigen Gericht unter Beilage des Entscheids schriftlich und im Doppel auf Aberkennung der Forderung klagen; unterlässt er dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, den 26. November 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am: js