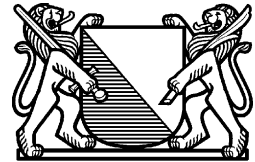


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT190028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Urteil vom 10. April 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen

Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 18. Februar 2019 (EB180352-G)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 25. März 2013 genehmigte das Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen die Vereinbarung der Parteien vom 31. Januar 2013 samt Ergänzungen vom 5. März 2013 über die Scheidungsfolgen und insbesondere den Kinderunterhalt. Der diesbezüglich massgebliche Wortlaut des Scheidungsurteils vom 25. März 2013 lautet wie folgt (Urk. 4/2, Dispositiv-Ziffer 3.3):

"3.3. Kinderunterhaltsbeitrag

Der Gesuchsteller verpflichtet sich, der Gesuchstellerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C._____ folgende Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) zu bezahlen, zahlbar im voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:

- CHF 2'500.– ab 1. September 2012 bis und mit Juni 2016;
- CHF 3'000.– von Juli 2016 bis und mit Juni 2021;
- CHF 3'500.– von Juli 2021 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung von C._____ (auch über die Mündigkeit hinaus).

Weiter verpflichtet sich der Gesuchsteller, sich an den Kosten der von C._____ aktuell besuchten privaten Kinderkrippe "D._____" von CHF 2'500.– pro Monat zur Hälfte zu beteiligen. Er verpflichtet sich zu diesem Zweck, der Gesuchstellerin CHF 1'250.– pro Monat, rückwirkend ab 1. September 2012, zu bezahlen.

Desgleichen verpflichtet sich der Gesuchsteller, sich an den Kosten eines später von C._____ in gegenseitiger Absprache besuchten privaten Kindergartens und einer von C._____ in gegenseitiger Absprache besuchten Privatschule zur Hälfte zu beteiligen.

Schliesslich verpflichtet sich der Gesuchsteller, sich an den Kosten einer Nanny oder eines Aupairs für C._____ zur Hälfte zu beteiligen, sofern die Umstände die Anstellung einer Nanny oder eines Aupairs für C._____ erfordern sollten."

1.2. Gestützt auf das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 25. März 2013 (Urk. 4/2) betrieb die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) den Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) für ausstehende Unterhaltsbeiträge für die Monate Juli 2016 bis Oktober 2018 von Fr. 84'000.– nebst Zins zu 5% seit 30. Oktober 2018 (Urk. 2). Gegen den Zahlungsbefehl vom 30. Oktober 2018 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Betreibung Nr. ...) erhob der Gesuchsgegner Rechtsvorschlag

(vgl. Urk. 2). Mit Urteil vom 18. Februar 2019 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) der Gesuchstellerin definitive Rechtsöffnung für Fr. 84'000.– nebst Zins zu 5% seit 6. November 2018, die Betreuungskosten sowie die Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 5 des vorinstanzlichen Entscheides und wies das Zinsbegehren im Mehrumfang ab. Die Spruchgebühr von Fr. 500.– wurde dem Gesuchsgegner auferlegt. Der Gesuchsgegner wurde ausserdem verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen (Urk. 33 = Urk. 36).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 35 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht, vom 18.02.2019 (Geschäfts-Nr. EB180352) vollumfänglich aufzuheben;
2. es sei das Gesuch vom 23.11.2018 auf definitive Rechtsöffnung abzuweisen;
3. es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 30.10.2018) zu löschen;
4. eventualiter sei die Sache zur Prüfung der vom Beschwerdeführer eingereichten Urkunden an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% Mwst. zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

1.4. Der vom Gesuchsgegner mit Verfügung vom 12. März 2019 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 750.– wurde innert Frist geleistet (vgl. Urk. 40; Urk. 41). Mit Eingabe vom 19. März 2019 stellte der Gesuchsgegner den prozessualen Antrag, seiner Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 42). Dieser wurde mit Verfügung vom 20. März 2019 abgewiesen (Urk. 43).

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei muss sich in der Beschwerdebegründung konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzen und hinreichend genau aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. Sep-

tember 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

2.2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist grundsätzlich umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheltdt, Art. 326 N 4). Entsprechend können die vom Gesuchsgegner neu eingereichte handschriftliche Notiz bzw. die E-Mail der Gesuchstellerin vom 17. April 2018 (Urk. 39/3-4) sowie die damit zusammenhängenden Behauptungen (Urk. 35 S. 8 f.) im Beschwerdeverfahren keine Berücksichtigung finden.

3.1. Der Gesuchsgegner macht in seiner Beschwerde im Wesentlichen die Tilgung der betriebenen Forderung durch Zahlungen an Dritte geltend. Er bringt vor, es habe eine konkludente Ermächtigung zur Leistung an Dritte seitens der Gesuchstellerin vorgelegen. Diese sei in der tatsächlich und täglich gelebten Beziehung der Parteien während der fraglichen Zeitperiode vom 1. Juli 2016 bis 23. Oktober 2018 und der Tatsache, dass die Gesuchstellerin seine Zahlungen stets akzeptiert habe, zu sehen. Die Gesuchstellerin habe während dieser Zeitperiode nie behauptet, er habe seinen Unterhalt nicht bezahlt. Sie habe nie eine direkte Überweisung von Geld auf ihr Bankkonto gefordert und ihm zu verstehen gegeben, dass sie mit der Art, wie er seiner Unterhaltspflicht nachkomme, einverstanden sei und er seinen Unterhalt direkt an Dritte zahlen solle. Die Gesuchstellerin bringe sinngemäss vor, er hätte ihr die Unterhaltsbeiträge auf ihr Bankkonto überweisen müssen. Diese Art der Bezahlung unterscheide sich nicht von jener, die hier in Frage stehe. Denn die bargeldlose Leistung des Schuldners an die Bank des Gläubigers sei eine Leistung an eine Drittperson. Eine tatsächlich direkte Leistung an den Gläubiger liege nur dann vor, wenn der in Frage stehende Betrag in Form von Bargeld brevi manu übergeben werde. Im Geschäftsverkehr sei es Usus, Forderungen durch Überweisungen an die Bank des Gläubigers zu begleichen. Dabei komme es niemandem in den Sinn zu bestreiten, dass die Ermächtigung zur Leistung an einen Dritten, also die Bank, auch konkludent erteilt werden könne. Dies sei normalerweise der Fall, werde dem Gläubiger doch mit

der Bekanntgabe der Kontoinformationen zu verstehen gegeben, er könne sich durch Überweisung auf dieses Konto von seiner Schuld befreien. Im der Gesuchstellerin als Rechtsöffnungstitel dienenden Scheidungsurteil vom 25. März 2013 stehe zum Kinderunterhalt lediglich, dass er sich verpflichte, diesen zu bezahlen. Dass die Beiträge durch Überweisung auf das Bankkonto der Gesuchstellerin und somit an die Bank als Dritte zu bezahlen wären, stehe darin nicht explizit. Zweifellos hätten die Parteien zum Zeitpunkt der Scheidung jedoch konkludent vereinbart, dass die Unterhaltsbeiträge durch Banküberweisung zu leisten seien. Genauso eindeutig sei zwischen den Parteien während des erneuten Zusammenlebens eine neue konkludente Vereinbarung hinsichtlich der Zahlungsweise des Unterhalts entstanden. Im Weiteren könne eine Leistung an Dritte selbst dann befreiende Wirkung haben, wenn keine tatsächliche entsprechende Ermächtigung vorliege. Dies sei der Fall, wenn ein Rechtsschein vorliege, also wenn der vom Gläubiger erweckte Schein nicht der tatsächlichen Rechtslage entspreche und der Gläubiger infolgedessen auf den Rechtsschein vertrauend an einen Dritten leiste. Sollte davon ausgegangen werden, dass keine konkludente Ermächtigung zur Leistung an Dritte seitens der Gesuchstellerin vorgelegen habe, so wäre sie auf dem Rechtsschein zu behaften, den sie erweckt habe. So habe sie die Art, wie er seiner Unterhaltspflicht nachgekommen sei, nie beanstandet (Urk. 35 S. 3 ff.).

3.2. Die Vorinstanz – so der Gesuchsgegner weiter – habe zu Unrecht die Möglichkeit einer Tilgung durch Zahlung an Dritte bereits im Grundsatz ausgeschlossen und es unterlassen, sich im Einzelnen zu den von ihm mit seiner Stellungnahme vom 6. Dezember 2018 eingereichten Unterlagen zu äussern, welche belegten, dass er vom 1. Juli 2016 bis 23. Oktober 2018 mindestens Fr. 182'489.– an den Unterhalt seines Sohnes gezahlt habe. In mehreren Tabellen dieser Rechtsschrift habe er substantiiert dargelegt, welche Zahlungen er direkt für den Unterhalt seines Sohnes getätigt habe. Für jede einzelne Zahlung habe er das Datum, den Betrag, den Ort sowie den Grund der Ausgabe angegeben. Bei vielen Beträgen sei gar explizit der Name des Sohnes C. _____ angegeben. Bei anderen Beträgen sei der Zusammenhang mit dem Kinderunterhalt schlicht aufgrund des Kontextes nicht zu bestreiten. Er habe diverse Unterlagen eingereicht, welche seine Ausgaben für Nahrungsmittel und Familienferien belegten. Selbst wenn be-

stritten werden sollte, dass diese Ausgaben vollumfänglich dem Sohn C._____ zugute gekommen seien, so wären sie mindestens zu 2/3 (Mutter und Sohn) anzurechnen. Die Gesuchstellerin habe bei einem Teil seiner Zahlungen die Anrechenbarkeit an den Unterhalt bestritten. Selbst wenn man alle Zahlungen, deren Anrechenbarkeit die Gesuchstellerin bestreite, nicht berücksichtige, so verbleibe ein Betrag, der die in Betreuung gesetzten Fr. 84'000.– deutlich übersteige. Die Gesuchstellerin bestreite bei Zahlungen von Fr. 161'226.58 nicht ausdrücklich, dass er diese für den Unterhalt von C._____ getätigt habe (Urk. 35 S. 4 und 9 ff.).

4.1. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Entscheid eines schweizerischen Gerichts (was vorliegend unbestrittenermassen zutrifft), so wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheides getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Die Tilgung, worunter jeder auf einem zivilrechtlichen Grund beruhende Untergang der Forderung zu verstehen ist (BGE 124 III 501 E. 3b; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 14; Kuko SchKG-Vock, Art. 81 N 4; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 233), muss vom Betriebenen *bewiesen* werden; im Gegensatz zu den Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG genügt blosser Glaubhaftmachung nicht (Müller/Vock, Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im Rechtsöffnungsverfahren, in: ZZZ 38/2016, S. 133 f.). Zudem muss der Beweis der Tilgung (bzw. des ihr zugrunde liegenden Sachverhalts) durch *Urkunden* erbracht werden (sog. strikter Urkundenbeweis; BGE 124 III 501 E. 3a; BGE 140 III 41 E. 3.3.2; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 4; Kuko SchKG-Vock, Art. 81 N 2; Stücheli, a.a.O., S. 233). Die materielle Rechtslage muss mithin auf der Hand liegen, manifest sein. Die richterliche Kognition ist auf liquide Tatsachen und den Urkundenbeweis beschränkt (BGE 140 III 41 E. 3.3.2 m.Hinw. auf BGer 5A_674/2012 vom 4. Februar 2013, E. 2.1). Wird vom Schuldner die Zahlung der betriebenen Forderung behauptet, muss einerseits der Betrag klar ausgewiesen sein und andererseits aufgrund der beigebrachten Urkunde(n) zweifelsfrei feststehen, dass die Zahlung zu Gunsten des berechtigten Gläubigers und zur Erfüllung der in Betreuung gesetzten Forderung geleistet wurde (Stücheli, a.a.O., S. 233/234; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 9; Kuko SchKG-Vock, Art. 81 N 3).

Der Urkundenbeweis erübrigt sich lediglich dann, wenn der Schuldner die Tilgung ausdrücklich anerkennt (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 4; Kuko SchKG-Vock, Art. 81 N 2; Stücheli, a.a.O., S. 232), was vorliegend jedoch nicht zutrifft. Das Vorbringen des Gesuchsgegners, dass die Gesuchstellerin bei einem Grossteil der von ihm geltend gemachten Zahlungen die Anrechenbarkeit an den Kinderunterhalt nicht bestritten habe, ist aktenwidrig. So hielt die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 4. Januar 2019 ausdrücklich fest, der Gesuchsgegner habe nicht in substantiiertes Weise dargetan, welche der aufgeführten Zahlungen überhaupt in Zusammenhang mit dem Kinderunterhalt stünden, weshalb der Tilgungseinwand von vornherein als gescheitert zu erachten sei. Lediglich beispielhaft führte sie sodann einzelne Positionen an und brachte diesbezüglich vor, zahlreiche Ausgaben seien als Beiträge zum gemeinsamen Haushalt mit ihr, für Geschenke an den Sohn C._____ oder für den Gesuchsgegner persönlich und keinesfalls in Erfüllung der Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners gegenüber dem Sohn erfolgt (Urk. 17 S. 7 f.). Daraus kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, sie anerkenne in Bezug auf sämtliche anderen Zahlungen den Zusammenhang mit der Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners. Bei diesen Ausführungen der Gesuchstellerin handelt es sich – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. Urk. 36 E. I.2) – nicht um unzulässige Noven. Zwar tritt der Aktenschluss im Summarverfahren in der Regel nach einmaliger Äusserung der Parteien ein und es besteht insofern kein Anspruch der Parteien, sich im summarischen Verfahren zweimal zur Sache zu äussern. Setzt jedoch das Gericht – wie vorliegend mit den Verfügungen vom 10. Dezember 2018 (Urk. 15) und vom 7. Januar 2019 (Urk. 20) – ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel an oder lädt es zu einer Verhandlung vor, so muss den Parteien mit Blick auf die Regelung im ordentlichen Verfahren (Art. 219 i.V.m. Art. 229 ZPO) ermöglicht werden, im zweiten Vortrag noch neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzubringen. Es macht wenig Sinn, die Parteien zu Replik und Duplik aufzufordern, weil dem Gericht der Sachverhalt noch zu wenig klar ist, gleichzeitig den Parteien aber zu verwehren, neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen (*OGer ZH RT180027 vom 10.07.2018, E. II.4.2* unter Bezugnahme auf *BGer 4A_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.2*).

4.2. Der Gesuchsgegner macht Tilgung der in Betreuung gesetzten Unterhaltsforderung durch Zahlungen an Dritte geltend. Es gelten die Tilgungsregeln von Art. 85 ff. OR (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 9; SK SchKG-Vock/Aeppli-Wirz, Art. 81 N 6). Leistet der Schuldner an einen Dritten, befreit er sich grundsätzlich nicht von seiner Schuld. Er kann aber ausnahmsweise aufgrund einer Ermächtigung der Gläubigerin, auf Grund des Gesetzes oder auf Grund der Verkehrsübung zur Leistung an einen Dritten berechtigt sein. Die Ermächtigung der Gläubigerin kann bei Begründung der Forderung oder nachträglich und ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden (BSK OR-Leu, Art. 68 N 6; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, 10. Aufl., N 2072 und 2086).

Die Frage, ob die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner (konkludent) ermächtigt hat, die Kinderunterhaltsbeiträge durch Leistungen an Dritte zu erbringen, kann vorliegend offenbleiben. Die – von der Gesuchstellerin bestrittene (vgl. E. 4.1) – Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderung wurde vom Gesuchsgegner nämlich – entgegen seiner Auffassung – nicht substantiiert dargetan und durch die im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Urkunden (Urk. 13/2-22) nicht nachgewiesen. Grösstenteils lassen die in der Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 6. Dezember 2018 aufgeführten, allgemein umschriebenen Positionen (beispielsweise die Positionen "Dauerauftrag B._____", "Haushalt", "Lebensmittel", "Barbezug", "Haustiere", "Wild", "Hotel ...", "CaC Health", "Bäcker", "Einrichtung", "Baumarkt", "Geschenk B._____", "Apotheke", "Skiausrüstung" etc. [Urk. 11 S. 5 ff.]) gar keinen Rückschluss darauf zu, dass sie überhaupt oder in einem Teilbetrag den Sohn C._____ betroffen haben, und scheiden damit als Kinderunterhaltszahlungen von vornherein aus. Lediglich bei einigen wenigen vom Gesuchsgegner in der Rechtsschrift vom 6. Dezember 2018 aufgeführten behaupteten Zahlungen ist ausdrücklich der Name des Sohnes erwähnt (vgl. Urk. 11 S. 5 ff.). Geschenke für den Sohn C._____ (vgl. die Position "Geschenk C._____" mit Datum vom 20.12.2016, 21.12.2016, 03.01.2017, 20.03.2017, 17.04.2017, 24.04.2017, 13.09.2017, 16.10.2017 und 22.01.2016 [Urk. 11 S. 7 ff. und 21]) und Auslagen für dessen Geburtstagsfeier (vgl. die Positionen "C._____ Geburi" mit Datum vom 15.06.2018, 18.06.2018 und 11.06.2016 sowie "Kindergeburi C._____" vom 28.06.2018 [Urk. 11 S. 14 und 21]) fallen jedoch ebenso wenig unter den durch

die Kinderunterhaltsbeiträge zu deckenden (laufenden) Lebensbedarf des Sohnes wie einmalige Auslagen (vgl. die Positionen "Zahnbürste El. C._____" mit Datum vom 25.09.2017 [Urk. 11 S. 11], "Pass C._____" mit Datum vom 18.01.2018 [Urk. 11 S. 12]) und Freizeitaktivitäten (vgl. die Positionen "Schwimmen mit C._____" mit Datum vom 13.09.2016, 26.09.2016 und 05.06.2017 [Urk. 11 S. 6, 9], "Eislaufen C._____" mit Datum vom 08.02.2017 und 05.12.2017 [Urk. 11 S. 8 und 11] sowie "Lunch mit C._____" mit Datum vom 12.09.2017 [Urk. 11 S. 10]). Auch die Auslagen für die Betreuung des Sohnes C._____ (vgl. die Position "Betreuung C._____" mit Datum vom 30.11.2017 und 28.02.2018 [Urk. 11 S. 11 und 13]) fallen vor dem Hintergrund, dass entsprechende Kosten gemäss Scheidungsurteil vom 25. März 2013 wohl zusätzlich zu den Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 3'000.– von den Parteien je hälftig zu tragen sind (vgl. Urk. 4/2, Dispositiv-Ziffer 3.3), als Tilgungszahlungen ausser Betracht. Hinsichtlich der restlichen in der Stellungnahme vom 6. Dezember 2018 aufgeführten Positionen, bei welchen der Name des Sohnes C._____ explizit angeführt wird ("Mobil C._____", "Tennis C._____", "Bücher C._____", "Games C._____", "Sportartikel C._____", "Klavierstunden C._____", "C._____ Wingzung" sowie im Übrigen auch "Betreuung C._____") und welche insofern der Sache nach Unterhaltsleistungen betreffen könnten, ist festzuhalten, dass es der Gesuchsgegner unterlässt, auf jede dieser Tatsachenbehauptungen eine entsprechende Beweisofferte folgen zu lassen. Er beschränkt sich vielmehr darauf, nach den sich über mehrere Seiten erstreckenden Aufzählungen von behaupteten Leistungen an Dritte ein Konvolut von Bankauszügen, Belastungsanzeigen, (Kreditkarten-) Rechnungen und Quittungen als Beweismittel zu offerieren (vgl. Urk. 11 S. 5, 15 und 23). Ein Beweismittel ist jedoch nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; BGer 4A_487/2015 vom 6. Januar 2016, E. 5.2; BGer

4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4; BK ZPO-Killias, Art. 221 N 29; ZK ZPO-Leuenberger, Art. 221 N 51). Mangels solcher Beweisofferten des beweisbelasteten Gesuchsgegners hat eine Beweisabnahme vorliegend zu unterbleiben (vgl. BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4).

Das neue Vorbringen des Gesuchsgegners in der Beschwerde, dass zumindest 2/3 (Mutter und Sohn) der von ihm geltend gemachten Ausgaben für Nahrungsmittel und Familienferien anzurechnen seien, ist überdies aufgrund des Novenverbotes (vgl. E. 2.2) unbeachtlich. Ohnehin würde der Gesuchsgegner hiermit der ihm obliegenden Substantiierungspflicht wiederum nicht nachkommen, bleibt doch unklar, welche Positionen der mehrseitigen Aufstellung in der Stellungnahme vom 6. Dezember 2018 (Urk. 11) konkret gemeint sind, weshalb ein Anteil des Sohnes an den Auslagen für Nahrungsmittel und Familienferien auch nicht bezifferbar ist. Ein Anteil des Kindes von 1/3 an den gesamten Lebensmittel- und Ferienkosten des Dreipersonenhaushaltes der Parteien erscheint im Übrigen auch unrealistisch.

4.3. Die Vorinstanz erwog, die Einrede, der Gläubiger verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er die Vollstreckung einer Unterhaltsforderung verlange, sei nicht vom Rechtsöffnungsrichter zu überprüfen. Somit sei vorliegend nicht überprüfbar, weshalb das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin rechtsmissbräuchlich sein soll (Urk. 36 E. III.2.5.3). Mit diesem zutreffenden Argument der Vorinstanz (vgl. BGE 124 III 503 E. 3a; BGE 115 III 97 E. 4b; BGE 113 III 82 E. 2c; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 17; Kuko SchKG-Vock, Art. 81 N 4) setzt sich der Gesuchsgegner nicht auseinander. Er beschränkt sich in der Beschwerde vielmehr darauf, seinen bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt zu wiederholen (Urk. 35 S. 11 f.), wonach es widersprüchlich sei und einem venire contra factum proprium gleichkomme, was einen Rechtsmissbrauch darstelle, wenn die Gesuchstellerin eine Betreibung für eine Schuld einleite, welche er längst getilgt habe, wobei sie selbst ihn im Glauben gelassen habe, sie akzeptiere die Bezahlung der Schuld (Urk. 22 S. 1 f.). Die Beschwerdebegründung genügt insoweit den gesetzlichen Anforderungen nicht (vgl. E. 2.1).

4.4. Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5. Für das Beschwerdeverfahren beträgt der Streitwert Fr. 84'000.–. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 GebV SchKG in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren hat der Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung; der Gesuchstellerin erwuchs kein erheblicher Aufwand. Demgemäss sind für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Gesuchstellerin, unter Beilage der Doppel von Urk. 35, 38 und 39/2-4,
 - den Gesuchsgegner,
 - im Dispositiv an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon,
 - die Vorinstanz,je gegen Empfangsschein.

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).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 84'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
bz