

ZH_OBERGERICHT RT160203 vom 24. Februar 2017

ZH Obergericht, 2017-02-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT160203

FR: ZH_OBERGERICHT RT160203 du 24 février 2017

IT: ZH_OBERGERICHT RT160203 del 24 febbraio 2017

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Am 15. Dezember 2015 schlossen die Parteien eine schriftliche Vereinbarung. Darin anerkannte die Gesuchsegegnerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden Beschwerdegegnerin) unterschriftlich, der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachstehend Beschwerdeführerin) gemäss der von Letzterer erstellten Unternehmensabschlussabrechnung vom 14. Dezember 2015 den Betrag von Fr. 98'903.– zu schulden (Urk. 4/2). Mit Zahlungsbefehl vom 4. August 2016 betrieb die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin für diesen Betrag nebst Zins, wogegen die Beschwerdegegnerin Rechtsvorschlag erhob (Urk. 3). Daraufhin stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. September 2016 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Zürich (Vorinstanz) das Begehren, ihr in der betreffenden Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 7 provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 36'403.–, eventualiter für Fr. 70'403.–, subeventualiter für Fr. 98'903.–, je nebst Zins zu 5% seit 11. März 2016 und Zahlungsbefehlskosten von Fr. 110.30, zu erteilen (Urk. 1). Nach durchgeführter Verhandlung (vgl. Prot. I S. 3 ff.) wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch mit Urteil vom 19. Oktober 2016 unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin ab (Urk. 10 = Urk. 14).

E. 1.2

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. November 2016 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 13 S. 2): "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19.10.2016 (Geschäfts-Nr. EB161340-L / U) sei aufzuheben.

E. 2

Es sei der Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 04.08.2016, für den Betrag von CHF 36'403.00 nebst 5% Zins seit 11.03.2016 und die Zahlungsbefehlskosten von CHF 110.30 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

E. 2.1

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde der durch das angefochtene Urteil beschwerten Beschwerdeführerin richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Entscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a in Verbindung mit Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 251 lit. a ZPO sowie Art. 142 f. ZPO; Urk. 11a) und der einverlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 15 und 16). Unter Vorbehalt rechtsgenügender

Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu nachstehende E. 2.2) ist auf die Beschwerde ein- zutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

E. 2.2

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offen- sichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in der Beschwer- debegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Erwä- gungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und mittels Verweisungen auf kon- krete Stellen in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwie- fern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013,

- 4 - E. 3; 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; 5A_488/2015 vom 21. Au- gust 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerüg- ten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren jedoch ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburg- haus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativie- rung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.). 3. Materielle Beurteilung

E. 3

Eventualiter sei der Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. ... des Betrei- bungsamts Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 04.08.2016, für den Betrag von CHF 70'403.00 nebst 5% Zins seit 11.03.2016 und die Zahlungsbefehlskosten von CHF 110.30 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

E. 3.1

Parteistandpunkte

E. 3.1.1

Die Beschwerdeführerin stützt ihr Begehren auf die schriftliche Schuldanerkennung vom 15. Dezember 2015 (Urk. 4/2). Sie brachte vor Vor- instanz vor, die gesamte Schuld sei spätestens am 11. März 2016 zur Zahlung fällig geworden, nachdem die Beschwerdegegnerin entgegen der geschlossenen Vereinbarung keinen einzigen Franken bezahlt habe. Angesichts deren Zahlungs- schwierigkeiten habe sich die Beschwerdeführerin am 10. März 2016 bereit er- klärt, den Betrag von WIR 101'000.– als alternative, befreiende Leistung zu ak- zeptieren, falls dieser bis zum 18. März 2016 auf ihrem WIR-Konto eingehe; an- dernfalls habe sie sich die Eintreibung der Forderung vorbehalten. In der Folge habe die Beschwerdegegnerin ihr (erst) am 6. April 2016 WIR

30'000.– und am 20. April 2016 WIR 50'000.– überwiesen (Urk. 1 S. 4 Rz 5 f. und Urk. 4/5). Darin liege keine Erfüllungshandlung, da die Beschwerdegegnerin damit die von der - 5 - Beschwerdeführerin als einzige alternative Erfüllungshandlung akzeptierte vollständige Zahlung von WIR 101'000.– bis 18. März 2016 nicht erbracht habe. Die Beschwerdeführerin habe den Betrag von WIR 30'000.– zu Fr. 28'500.– verwerten können. Den Restbetrag von WIR 50'000.– habe sie bisher nicht gebrauchen können. Aufgrund zweier eingeholter Offerten sei davon auszugehen, dass sie diesen Betrag zu einem Kurs von rund 60-70% in Schweizer Franken verkaufen könne. Sie sei bereit, den bisher erzielten Verwertungserlös in der Höhe von Fr. 28'500.– und – im Sinne eines Vergleichsangebots – weitere Fr. 34'000.– (geschätzter Verwertungserlös aus dem Betrag von WIR 50'000.– abzüglich Verwertungskostenpauschale) als Leistung zahlungshalber von ihrer Forderung in Abzug zu bringen (Urk. 1 S. 6 f. Rz 11 ff.). Dementsprechend sei ihr provisorische Rechtsöffnung für Fr. 36'403.– (Fr. 98'903.– ./ Fr. 28'500.– ./ Fr. 34'000.–), eventualiter für Fr. 70'403.– (Fr. 98'903.– ./ Fr. 28'500.–), subeventualiter für Fr. 98'903.– zu erteilen, je nebst Verzugszins und Betreuungskosten.

E. 3.1.2

Die Beschwerdegegnerin wandte im Wesentlichen ein, sich bei der Unterzeichnung der Schuldanerkennung in einem wesentlichen Irrtum befunden zu haben. So habe sie erst nach der Unterzeichnung bemerkt, dass die Beschwerdeführerin ihre Leistungspflicht aus dem der Schuldanerkennung zugrunde liegenden Werkvertrag mangelhaft erfüllt habe. Die Schuldanerkennung sei deshalb unverbindlich. Überdies habe die Beschwerdeführerin eine Teilzahlung von WIR 80'000.– angenommen, womit die Schuld jedenfalls teilweise getilgt sei. Allerdings stehe die Höhe der (Rest-)Forderung noch gar nicht fest; sie sei nicht bestimmbare. Das Rechtsöffnungsgesuch sei daher abzuweisen (Prot. I S. 3 in Verbindung mit Urk. 6).

E. 3.2

Erwägungen der Vorinstanz Die Vorinstanz hielt für massgebend, wie die Leistung der beiden WIR-Zahlungen rechtlich einzuordnen sei. Das (unbestrittene) Angebot der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin, bis zum 18. März 2016 den Betrag von WIR 101'000.– als alternative, befreiende Leistung zu akzeptieren, sei als Alternativermächtigung zu qualifizieren. Diese sei aber zeitlich befristet resp. insofern

- 6 - bedingt gewesen und dahingefallen, nachdem die Beschwerdegegnerin die Frist unbenutzt habe verstreichen lassen (Urk. 14 S. 4 f. E. 3.1 und 3.2). Unbestritten sei, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin per

E. 3.3

Geltend gemachte Mängel (Beschwerdegründe)

E. 3.3.1

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz sowohl eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) als auch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO) vor (Urk. 13 S. 4 Ziff. 5). Konkret wendet sie ein, dass die von der Beschwerdegegnerin anerkannte Gesamtforderung durch eine erfüllungshalber erbrachte Teilzahlung nicht gestundet werde (vgl. Urk. 13 S. 4, Überschrift A.). Die Hingabe einer erfüllungshalber erbrachten Leistung begründe eine aufschiebende Einrede des Schuldners. Diese sei vorliegend aber nicht erhoben worden. Die Parteien hätten auch keine Abrede

getroffen, die für WIR-Zahlungen beachtlich wäre, welche nach dem 18. März 2016 erfolgten. Die aufschiebende Einrede dürfe – analog zur Einrede der Vorausverwertung des Pfandes – nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden,

- 8 - wie die Vorinstanz es in Verletzung des materiellen Rechts getan habe. Die vorinstanzliche Rechtsauffassung, wonach die nach Fristablauf erfüllungshalber erbrachte WIR-Teilzahlung von 50'000.– zur Stundung der Gesamtforderung von Fr. 98'903.– geführt habe und die gesamte ursprüngliche Forderung im Zeitpunkt der Betreibungseinleitung nicht fällig bzw. nicht vollstreckbar gewesen sei, sei unzutreffend. Entscheidend für die Frage, ob eine Stundungswirkung eintrete, sei der Parteiwille. Die Stundungsabrede müsse mithin gewollt sein. Im vorliegenden Fall führe die "Auslegung des Parteiwillens" jedoch zum klaren Schluss, dass seitens der Beschwerdeführerin eine Stundung nur bis zum 18. März 2016 und nicht auch über diesen Zeitpunkt hinaus gewollt gewesen sei. Allein dadurch, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin ohne deren Zustimmung erst nach dem 18. März 2016 Teilzahlungen in WIR geleistet habe, habe die Beschwerdeführerin ihre ursprüngliche Forderung weder in vollem noch in teilweisem Umfang stunden wollen, noch habe sie über den 18. März 2016 hinaus auf die Klagbarkeit ihrer seit dem 10. März 2016 fälligen Forderung verzichten wollen. Das gehe unmissverständlich aus dem E-Mail vom 10. März 2016 (Urk. 4/5) sowie aus der weiteren Korrespondenz mit der Beschwerdegegnerin (Urk. 8/1-5) hervor. Insofern basiere der angefochtene Entscheid auf einem falschen Sachverhalt. Unter Einbezug dieser von der Vorinstanz in Verletzung des rechtlichen Gehörs unberücksichtigt gelassenen Tatsachen könne kein Stundungswille der Beschwerdeführerin bzw. kein Konsens für eine Stundungsabrede und auch kein Ausschluss der Klagbarkeit konstruiert werden. Vielmehr habe sich die Beschwerdeführerin für den eingetretenen Fall nicht vollständiger Erfüllung der Forderung in WIR oder Geld innert angesetzter Frist (d.h. bis 18. März 2016) die Ergreifung aller ihr gut scheinenden Rechtsschritte zur Eintreibung des Frankenbetrags vorbehalten. Die Annahme der Vorinstanz, die Parteien hätten sich auf eine Stundung der Gesamtschuld geeinigt, erweise sich damit als unhaltbar. Sodann dürfe eine erfüllungshalber erfolgende Zahlung, welche nicht die gesamte ursprüngliche Forderung (sondern nur einen Teil derselben) tilgen solle, nicht zur Stundung der ganzen Forderung führen. Die gegenteilige Rechtsanwendung erweise sich als falsch und wäre auch vom hypothetischen Parteiwillen nicht getragen. Im Übrigen werde sie auch vom Bundesgericht (in BGE 42 III 499) nicht gestützt. Vielmehr müsse jener

- 9 - Teil der Hauptforderung, für den keine Ersatzleistung erbracht worden sei, noch einklagbar und betreibbar bleiben, wie dies auch Art. 69 Abs. 2 OR für Teilzahlungen vorsehe. Als gestundet könne höchstens jener Teil der Forderung gelten, für welchen die Zahlung erfüllungshalber tatsächlich erfolgt und vom Gläubiger akzeptiert worden sei (Urk. 13 S. 4 ff. Ziff. 6-8.5). Die Forderung – so die Beschwerdeführerin weiter – sei aber auch nicht im Umfang der WIR-Teilzahlungen gestundet worden (vgl. Urk. 13 S. 8, Überschrift B.). Die Beschwerdegegnerin habe diese verspäteten Zahlungen eigenmächtig geleistet. Sie seien von keiner Abrede zwischen den Parteien gedeckt gewesen. Insbesondere sei nicht vereinbart worden, dass die Beschwerdeführerin zuerst die ihr aufgezwungenen WIR verwerten müsse, bevor sie die nach wie vor nicht erloschene Forderung von Fr. 98'903.– geltend machen könne. Fehle aber eine solche Abrede, liege weder eine Stundung noch ein Ausschluss der Klagbarkeit vor. Eine eigenmächtige Handlung der Schuldnerin könne keine von der Gläubigerin nicht gewollte, für diese nachteilige Vereinbarung begründen

(Urk. 13 S. 8 Ziff. 9). Schliesslich widerspricht die Beschwerdeführerin der vorinstanzlichen Auffassung, wonach der Forderungsbetrag nicht bestimmbar sei, solange eine Verwertung der zur Anrechnung zu bringenden WIR-Beträge nicht erfolgt sei. So sei die von der Beschwerdegegnerin anerkannte Schuld von Fr. 98'903.– klar bestimmt. Weiter sei unbestritten, dass sich die Beschwerdeführerin den Verwertungserlös von Fr. 28'500.– für die erste WIR-Teilzahlung an diese Forderung anrechnen lasse, womit sich die ausgewiesene und bestimmte Forderung noch auf Fr. 70'403.– belaufe. Unbestimmt sei einzig, welchen Erlös die Verwertung der zweiten WIR-Teilzahlung einbringen werde. Mit Sicherheit könne aber gesagt werden, dass es höchstens Fr. 50'000.– sein würden. Selbst wenn man mit Bezug auf die WIR-Teilzahlungen eine Stundungsabrede oder einen Klageausschluss annehmen wollte, habe die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung somit in jedem Fall eine bestimmte oder zumindest bestimmbare und fällige Forderung in der Höhe von Fr. 20'403.– gehabt. Mindestens in diesem Umfang sei provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Ausserdem habe die Beschwerdegegnerin in den Plädoyernotizen einen Anrechnungswert von 98'903 : 101'000

- 10 - anerkannt. Das entspreche 97.9% bzw. Fr. 48'950.– für die noch nicht verwerteten WIR 50'000.–. Nach Abzug dieses einstweilen anerkannten und des ausgewiesenen Verwertungserlöses verblieben somit Fr. 21'453.– als klar bestimmbare, noch offene Forderung, für welche Rechtsöffnung zu erteilen sei. Der Verzugszins, der Zinsenlauf und die Betreibungskosten seien im Rechtsöffnungsgesuch ausgewiesen (Urk. 13 S. 8 f. Ziff. 10-11).

E. 3.3.2

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, es sei noch eine Mängelbehebung aus dem Grundverhältnis pendent, und es stehe noch nicht fest, wie hoch die dafür anfallenden Kosten ausfallen würden. Dementsprechend sei auch die Höhe der noch offenen Forderung unklar und diese daher unbestimmt. Bereits aus diesem Grund sei die Rechtsöffnung zu verweigern (Urk. 18 S. 2 f. Rz 4). Überdies hätten die Parteien Leistung an Erfüllung statt vereinbart, wobei sich die hierfür gesetzte Frist durch die Annahme der Teilzahlungen am 6. bzw. 20. April 2016 durch die Beschwerdeführerin konkludent verlängert habe. Mit der vorbehaltlosen Annahme der beiden WIR-Zahlungen und der Verwertung der ersten Teilzahlung habe die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin konkludent mitgeteilt, dass sie nach wie vor mit der Leistung von WIR zur Begleichung der ursprünglichen Forderung von Fr. 98'903.– an Erfüllung statt einverstanden sei. Folglich schulde die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin noch WIR 21'000.–. Diese Forderung sei auf dem Betreibungsweg gemäss SchKG aber nicht vollstreckbar (Urk. 18 S. 3 f. Rz 5 f.). Für den Fall, dass von einer Leistung erfüllungshalber auszugehen sein sollte, habe die Beschwerdegegnerin die Forderung unter Hinweis auf die von ihr bezahlten WIR 80'000.– bestritten. Damit habe sie rechtsgültig eine Einrede gegen die Forderung erhoben; diese als solche zu bezeichnen und in rechtlicher Hinsicht einzuordnen, sei nicht notwendig gewesen. Aufgrund der Annahme und teilweisen Verwertung der WIR-Zahlungen durch die Beschwerdeführerin bestehe die Forderung nicht mehr in der urkundlich anerkannten Höhe von Fr. 98'903.–; in diesem Betrag könne daher keine Rechtsöffnung erteilt werden. Da der Verwertungserlös der WIR 50'000.– nicht feststehe und wegen der noch pendenten Mängelbehebung sei die Höhe der Restforderung jedoch unklar und die zu vollstreckende

- 11 - Forderung somit weder bestimmt noch leicht bestimmbar. Auch deshalb sei die Rechtsöffnung zu verweigern. Im Übrigen seien die Ausführungen der Vorinstanz zum

Stundungswillen der Beschwerdeführerin zutreffend; eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung liege nicht vor. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin mit ihrem Rechtsbegehren weder die Rechtsöffnung im Betrag von Fr. 21'453.–, noch über Fr. 20'403.– oder Fr. 20'559.– verlangt und ihr Begehren insoweit nicht gehörig beziffert (Urk. 18 S. 4 ff. Rz 9 ff.).

E. 3.4

Beurteilung

E. 3.4.1

Beruhet die Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Im Gegensatz zum definitiven (vgl. Art. 81 SchKG) sind im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren alle Einreden und Einwendungen zulässig, welche geeignet sind, die Schuldanerkennung zu entkräften, insbesondere auch solche gegen Bestand, Höhe und Durchsetzbarkeit der in Betreuung gesetzten Forderung (KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 38; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 83 ff., insbes. N 90; Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 348; BGer 5A_114/2014 vom 24. Juli 2014, E. 3.1 m.w.Hinw.). Provisorische Rechtsöffnung darf nur für eine Forderung erteilt werden, die bei Einleitung der Betreuung bereits fällig war und im Zeitpunkt des Entscheids noch immer fällig ist (Stücheli, a.a.O., S. 202; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 77). Die Fälligkeit der Forderung ist von Amtes wegen zu prüfen (Stücheli, a.a.O., S. 198; KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 16). Sie muss vom Gläubiger nachgewiesen und im Zweifel liquid dokumentiert werden (BGer 5A_845/2009 vom 16. Februar 2010, E. 7.1; 5A_32/2011 vom 16. Februar 2012, E. 3; 5A_73/2011 vom 1. November 2011, E. 2.1; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 79; KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 16; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 19 Rz 84).

- 12 -

E. 3.4.2

Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die in Betreuung gesetzte Forderung bei Einleitung der Betreuung nicht fällig bzw. nicht vollstreckbar war (Urk. 14 S. 4 ff. E. 3), treffen im Wesentlichen zu. Darauf kann vorweg verwiesen werden. Die vorinstanzliche Verweigerung der Rechtsöffnung ist demzufolge im Ergebnis nicht zu beanstanden. Daran vermögen auch die Einwände der Beschwerdeführerin nichts zu ändern.

E. 3.4.3

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, hängt der Entscheid über das Rechtsöffnungsgesuch davon ab, wie die beiden nach Ablauf der gesetzten Frist erfolgten WIR-Zahlungen rechtlich zu würdigen sind. Die Beschwerdegegnerin macht in diesem Zusammenhang geltend, die Parteien hätten vereinbart, dass die Schuld im Sinne einer Leistung an Erfüllung statt durch die Hingabe von WIR 101'000.– getilgt werden könne (Urk. 18 S. 3 f. Rz 5 f.). Diese Tatsachenaussage wird jedoch erstmals im Beschwerdeverfahren erhoben (s.a. Urk. 14 S. 5 E. 3.3); in der Beschwerdeschrift wird jedenfalls nicht dargelegt, dass und wo (Aktenstelle) sie bereits vor Vorinstanz vorgetragen wurde. Sie hat deshalb als unzulässiges und damit unbeachtliches Novum zu gelten (Art.

326 ZPO und vorne, E. 2.2). Statt dessen ist mangels rechtzeitiger Behauptung und Glaubhaftmachung eines anders lautenden Parteiwillens im Sinne der diesbezüglichen Vermutung davon auszugehen, dass die Parteien durch die Leistung und die vorbehaltlose Annahme der beiden WIR-Zahlungen konkludent vereinbart haben, die Schuld könne im Sinne einer Hingabe erfüllungs- bzw. zahlungshalber auch durch die geleisteten WIR-Zahlungen (teilweise) getilgt werden (vgl. BGE 119 II 227 E. 2.a S. 230; 118 II 142 E. 1.b S. 145; BSK OR I-Leu, Vor Art. 68-74 N 5; BK OR-Weber, Vorbem. zu Art. 68-96 N 144 m.w.Hinw.) und sei insofern einstweilen gestundet bzw. nicht klagbar. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin handelt es sich dabei nicht um eine Sachverhaltsfeststellung bezüglich des tatsächlichen Parteiwillens, sondern um die (mangels Behauptung eines tatsächlichen Konsenses notwendige) objektivierte Auslegung des Verhaltens der Parteien nach Treu und Glauben. Die Würdigung von Erklärungen oder Verhaltensweisen nach dem Vertrauensprinzip betrifft aber keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage (vgl. statt vieler BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 135 III 410 E. 3.2 S. 413; 133 III 675 E. 3.3 S. 681 f.). Die Rüge, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem Stundungswillen der Beschwerdeführerin bzw. von einer (tatsächlichen) Einigung der Parteien bezüglich Stundung der Forderung und insoweit von einem falschen Sachverhalt ausgegangen (Art. 320 lit. b ZPO), geht folglich an der Sache vorbei (vgl. Urk. 13 S. 5 f. Ziff. 8.2). Die Vorinstanz hat keinen Stundungswillen angenommen und insoweit auch den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht verletzt, sondern einen normativen Konsens hinsichtlich der (An-)Zahlung in WIR bejaht und diesem in Einklang mit der herrschenden Ansicht die rechtliche Wirkung einer Stundung oder eines einstweiligen Klageausschlusses beigemessen (vgl. insbes. BGE 118 II 142 E. 1.c S. 146 [wonach die ursprüngliche Forderung als gestundet gilt]; ZK OR-Schraner, Vorbem. zu Art. 68-96 N 114 und N 109 [wonach die Leistung erfüllungshalber zur Stundung führt und regelmässig die Absicht der Parteien zu vermuten ist, dass der Gläubiger zunächst die Verwertung der Ersatzleistung zu versuchen hat, bevor er auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen darf]; BSK OR I-Leu, Vor Art. 68-74 N 5 [wonach der Gläubiger die Leistung vorläufig nicht geltend machen darf]; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, S. 235 [wonach der Gläubiger nach Treu und Glauben seinen Erfüllungsanspruch stundet]; Keller/Schöbi, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl. 1988, S. 206 [wonach die Wirkungen der Leistung erfüllungshalber für den Schuldner den Charakter einer Stundung haben]; BK OR-Weber, Vorbem. zu Art. 68-96 N 137 [wonach mit der Annahme einer Leistung erfüllungshalber die Klagbarkeit der vertraglich geschuldeten Leistung vorläufig ausgeschlossen wird]). Dass und gegebenenfalls wo (Aktenstelle) die Beschwerdeführerin einen diese Rechtswirkung derogierenden tatsächlichen Parteiwillen behauptet hat, macht sie in der Beschwerde nicht geltend (vgl. vorne, E. 2.2).

E. 3.4.4

Sodann trifft zwar zu, dass die Beschwerdeführerin ihr ursprüngliches Angebot zur Tilgung der Schuld durch Zahlung von WIR 101'000.– bis 18. März 2016 befristet hat (wobei diese Frist später bis 6. April 2016 erstreckt wurde; vgl. Urk. 8/5) und die Beschwerdegegnerin das Angebot unbenutzt verstreichen liess. Ebenso steht fest, dass die Beschwerdeführerin sich im E-Mail vom 10. März 2016 für den Fall, dass die Schuld bis zu diesem Zeitpunkt nicht vollständig getilgt sein sollte, alle ihr gut scheinenden rechtlichen Schritte zur Eintreibung der Forde-

- 14 - rung in Franken vorbehalten (Urk. 4/5) und diese Haltung in den E-Mails vom 1. und 5. April 2016 wiederholt hat (vgl. Urk. 8/5). Darauf kommt letztlich aber wenig an. Entscheidend ist vielmehr das spätere Verhalten der Parteien. Diesbezüglich steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin am 6. April 2016 WIR 30'000.– und am 20. April 2016 WIR 50'000.– überwiesen und die Beschwerdeführerin die beiden Zahlungen nicht zurückgewiesen, sondern ungeachtet ihrer Androhung in den genannten E-Mails vorbehaltlos entgegengenommen und die erste WIR-Zahlung auch verwertet hat. Von einer eigenmächtigen, ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin erfolgten resp. von keiner Parteiabrede gedeckten Handlung oder einer aufgezwungenen bzw. "angedrehten" Leistung der Schuldnerin (vgl. Urk. 13 S. 5 f. Ziff. 8.2, S. 8 Ziff. 9 und S. 9 Ziff. 10.5) kann unter diesen Umständen, insbesondere angesichts der unwidersprochenen und vorhaltlosen Entgegennahme dieser Zahlungen durch die Beschwerdeführerin, somit keine Rede sein; die Beschwerdeführerin hätte die Annahme der beiden WIR-Zahlungen ohne Weiteres unter Hinweis auf ihr E-Mail vom 10. März 2016 (und die E-Mails vom 1. und 5. April 2016) verweigern oder allenfalls nur unter dem Vorbehalt annehmen können, dass die Schuld weiterhin fällig bleibe. Nach dem Vertrauensprinzip muss das Verhalten der Parteien vielmehr im Sinne einer konkludenten Offerte und eines konkludenten Akzepts ausgelegt werden, die WIR-Zahlungen als Leistung erfüllungshalber mit den damit verbundenen Rechtswirkungen (Stundung oder einstweiliger Ausschluss der Klagbarkeit) gelten zu lassen. Ob ein dahingehender Wille tatsächlich vorhanden war, ist für die Auslegung des Parteiverhaltens und die darauf basierende Annahme eines normativen Konsenses (als Frage der Rechtsanwendung) irrelevant. Inwiefern die Unrichtigkeit dieses rechtlichen Schlusses (Art. 320 lit. a ZPO) aus der "weiteren, unbestritten gebliebenen Korrespondenz mit der Beschwerdegegnerin" hervorgehen sollte (Urk. 13 S. 6 Mitte), ist mit dem (zu) pauschalen Hinweis auf den im Recht liegenden E-Mail-Verkehr (Urk. 8/1-5) nicht rechtsgenügend dargetan (vgl. vorne, E. 2.2) und im Übrigen auch nicht ersichtlich. Daraus geht insbesondere nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin gegen die beiden WIR-Überweisungen opponiert hätte. Zudem erfolgte ein namhafter Teil dieser E-Mail-Korrespondenz (Urk. 8/1-4) erst nach den

- 15 - genden Handlungen (WIR-Zahlungen). Dem späteren Parteiverhalten kommt für die normative Auslegung einer bestimmten Erklärung oder Handlungsweise aber keine Bedeutung zu (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.2 S. 69; 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 129 III 675 E. 2.3 S. 680; BGer 4A_38/2015 vom 25. Juni 2015, E. 3.1; ZK OR- Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 396). Aufgrund der Aktenlage hat die Beschwerdeführerin den Nachweis der Fälligkeit somit nicht erbracht. Gegenteilig erscheint glaubhaft, dass die Parteien eine Stundung oder den vorläufigen Ausschluss der Klagbarkeit vereinbart haben (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 80; Amonn/Walther, a.a.O., § 19 Rz 56a).

E. 3.4.5

Unbegründet ist auch der weitere Einwand, die Beschwerdegegnerin habe die durch eine Zahlung erfüllungshalber begründete aufschiebende Einrede gar nicht erhoben (Urk. 13 S. 4 f. Ziff. 6 f.). Im Rechtsöffnungsverfahren hat das Gericht die Fälligkeit und damit auch eine allfällige Stundung der in Betreuung gesetzten Forderung von Amtes wegen zu prüfen und die Rechtsöffnung zu verweigern, wenn es zum Schluss kommt, die Forderung sei gestundet und deshalb nicht fällig (Stücheli, a.a.O., S. 198 und S. 348 in Verbindung mit S. 242; KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 16). Worin die von der Beschwerdeführerin

postulierte Analogie zur Rechtslage bei der Einrede der Vorausverwertung des Pfandes zu erblicken sein sollte, ist nicht nachvollziehbar, zumal diese verfahrensrechtliche Einrede, welche überdies mit Beschwerde (gegen den Zahlungsbefehl) zu erheben ist (Amonn/Walther, a.a.O., § 32 Rz 10 m.w.Hinw.), die Betreibungsart und nicht die Vollstreckbarkeit der in Betreibung gesetzten Forderung beschlägt, um welche es vorliegend geht. Wenn die Vorinstanz die Frage der Stundung bzw. Fälligkeit der urkundlich anerkannten (Rest-)Forderung auch ohne Erhebung einer entsprechenden Einrede geprüft hat, liegt darin somit keine Rechtsverletzung. Im Übrigen hat die Beschwerdegegnerin zur Begründung ihres Standpunkts vor Vorinstanz ausdrücklich auf die geleisteten und noch nicht vollständig verwerteten WIR-Zahlungen hingewiesen (Urk. 6 S. 2 Rz 3 und 5). Dieser gegen die angeführte Rechtsöffnung vorgetragene Einwand lässt sich durchaus im Sinne der "aufschiebenden Einrede" verstehen.

- 16 -

E. 3.4.6

Die Beschwerdeführerin konnte von den beiden WIR-Überweisungen, welche rechtlich als Leistung zahlungshalber zu qualifizieren sind (vgl. vorne, E. 3.4.3), WIR 30'000.– verwerten und daraus Fr. 28'500.– erzielen. Dieser Betrag ist an die Titelschuld anzurechnen; in diesem Umfang ist die Schuld als getilgt zu betrachten. Die übrigen WIR 50'000.– konnten noch nicht verwertet werden. Eine weitergehende Tilgung der anerkannten Forderung ist mithin nicht erfolgt bzw. nicht glaubhaft gemacht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die im Vollstreckungstitel (Urk. 4/2) anerkannte Schuld besteht somit noch im Umfang von Fr. 70'403.– (so auch Urk. 1 S. 6 Ziff. 11). Die Aktenlage lässt darauf schliessen, dass die teilweise Verwertung der WIR-Guthaben erst nach Anhebung der Betreibung erfolgte: Der Zahlungsbefehl wurde am 18. August 2016 zugestellt (Urk. 3), und am 26. August 2016 holte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin Offerten für den Ankauf von WIR 80'000.– ein (vgl. Urk. 1 S. 6 Ziff. 12 und Urk. 4/7-9). Bei Anhebung der Betreibung hatte die Beschwerdegegnerin also zahlungshalber eine Leistung von WIR 80'000.– erbracht, die (mangels Verwertung) noch keine Tilgungswirkung entfaltet hatte. Damit galt, wie vorstehend ausgeführt, aber die gesamte Schuld als gestundet oder war zumindest ihre Klagbarkeit vorläufig ausgeschlossen. Die Forderung war im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung (dazu Stücheli, a.a.O., S. 202; BSK SchKG I-Stahelin, Art. 82 N 77) demnach nicht fällig oder zumindest nicht klagbar. Sie kann deshalb nicht zwangsweise durchgesetzt werden (vgl. vorne, E. 3.4.1). Die Vorinstanz hat das Rechtsöffnungsbegehren somit zu Recht für die gesamte Forderung abgewiesen. Dass die überwiesenen WIR 80'000.– nur zu einer teilweisen Tilgung der anerkannten Schuld führen können, ändert daran nichts. Eine bloss teilweise Verweigerung bzw. eine betragsmässig begrenzte Rechtsöffnung, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt (Urk. 13 S. 6 f. Ziff. 8.3-8.5), fällt ausser Betracht, weil unter den gegebenen Umständen gar nicht bestimmbar wäre, für welchen Anrechnungsbetrag die Stundung bzw. der vorläufige Klageausschluss gelten würde und – als Korrelat dazu – in welchem Mindestbetrag die Forderung demnach fällig und vollstreckbar wäre. Gegenteiliges lässt sich auch aus dem in der Beschwerde erwähnten Entscheid des Bundesgerichts (BGE 42 III 496) nicht ableiten. Insbesondere wurde dort nicht entschieden, dass in Fällen der vorliegenden Art, in de-

- 17 - nen das Erfüllungssurrogat – anders als im bundesgerichtlich zu beurteilenden Sachverhalt – bloss zu einer teilweisen Tilgung der Hauptforderung führen kann, nur der "tilgbare" und nicht auch der darüber hinausgehende Teil der Forderung als gestundet bzw.

nicht klagbar gelten darf. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Urk. 13 S. 9 Ziff. 10.5) hat die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren (Urk. 6 S. 2 Rz 5) auch keinen bestimmten Anrechnungswert anerkannt. Sie wies dort bloss darauf hin, dass die Beschwerdeführerin selber im E-Mail vom 10. März 2016 einen wesentlich höheren Anrechnungswert angeboten habe als den in der Gesuchsbegründung postulierten Wert von 68% (vgl. Urk. 1 S. 7 Ziff. 14).

E. 3.4.7

Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz lediglich darin, dass der Forderungsbetrag nicht bestimmbar sei (Urk. 14 S. 7 E. 3.4 a.E.). Das trifft, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt (Urk. 13 S. 8 f. Ziff. 10 ff.), nicht zu. Der geschuldete Betrag ist im Vollstreckungstitel (Urk. 4/2) klar bestimmt (Fr. 98'903.–). Unklar ist einzig, in welchem Umfang die anerkannte Schuld bereits getilgt wurde. Da eine behauptete Tilgung im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren nur berücksichtigt werden kann, wenn und soweit sie vom Betriebenen (sofort) glaubhaft gemacht wird (Art. 82 Abs. 2 SchKG), geht diese Unklarheit aber zu Lasten der Beschwerdegegnerin (und nicht der Beschwerdeführerin). Der unbestimmte Umfang der bereits erfolgten Tilgung kann deshalb nicht zur Verweigerung der Rechtsöffnung führen. Im Übrigen entfaltet allein die Hingabe und Annahme einer Leistung zahlungshalber noch keine Tilgungswirkung. Diese tritt erst nach der Verwertung im Umfang des erzielten oder bei gehöriger Sorgfalt erzielbaren Erlöses ein (ZK OR-Schraner, Vorbem. zu Art. 68-96 N 113; BK OR-Weber, Vorbem. zu Art. 68-96 N 129). Im vorliegenden Fall lässt sich der Betrag der anerkannten (Rest-)Schuld somit ohne Weiteres bestimmen (Fr. 98'903.– ./ Fr. 28'500.– = Fr. 70'403.–). Das ändert jedoch nichts an der vorstehend erörterten Rechtslage. Es bleibt vielmehr dabei, dass die mangelnde Fälligkeit bzw. der vorläufige Ausschluss der Klagbarkeit im Zeitpunkt der Anhebung der Betreibung zur Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens führt.

- 18 -

E. 3.5

Ergebnis Zusammenfassend ergibt sich, dass die anerkannte Schuld zufolge der bei den erfüllungshalber geleisteten, vorbehaltlos angenommenen und (damals) noch nicht verwerteten WIR-Zahlungen im Zeitpunkt der Anhebung der Betreibung nicht fällig oder zumindest nicht klagbar war. Die Vorinstanz hat die provisorische Rechtsöffnung somit zu Recht vollumfänglich verweigert. Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4

Subeventualiter sei der Beschwerdeführerin in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 04.08.2016, für den Betrag von

- 3 - CHF 98'903.00 nebst 5% Zins seit 11.03.2016 und die Zahlungsbefehlskosten von CHF 110.30 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

E. 4.1

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der mit ihrem Rechtsmittelantrag unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; vgl. Art. 16 SchKG; BGE 139 III 195 E. 4.2 S. 197 ff.; BGer 5A_28/2013 vom 15. April 2015, E. 2.2; BSK

SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 69 und Art. 84 N 73). Sie ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss (vgl. Urk. 15 und 16) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Überdies hat die Beschwerdeführerin der (anwaltlich vertretenen) Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine nach den Vorschriften der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist, ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 36'403.– (vgl. ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 91 N 38), auf Fr. 1'200.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV), mangels eines entsprechenden Antrags ohne Mehrwertsteuerzusatz (vgl. Urk. 18 S. 2 sowie Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1).

E. 4.2

Im Beschwerdeverfahren nicht zu überprüfen ist die nicht selbstständig angefochtene Regelung der Nebenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens.

- 19 - Es wird erkannt:

E. 5

Sub-subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.

E. 6

April 2016 WIR 30'000.– und per 20. April 2016 WIR 50'000.– überwiesen, die Beschwerdeführerin die Überweisung der beiden WIR-Beträge angenommen, d.h. nicht zurückgewiesen und dieselben erst teilweise verwertet habe. Zu klären bleibe, ob es sich bei der WIR-Leistung um eine Hingabe an Erfüllung statt oder um eine Hingabe erfüllungshalber gehandelt habe. Ob im Einzelfall das Eine oder das Andere zutreffe, hänge vom Parteiwillen ab. Bei strittigem Inhalt einer diesbezüglichen Vereinbarung trage diejenige Partei die Beweislast, die den weitergehenden Inhalt, d.h. die Leistung an Erfüllung statt, behaupte. Im Zweifel sei Leistung erfüllungshalber zu vermuten. Vorliegend habe mit dem Dahinfallen der Alternativermächtigung keine Vereinbarung mehr darüber bestanden, ob eine Leistung in WIR als Hingabe an Erfüllung statt oder erfüllungshalber zu betrachten sei. Nachdem die Beschwerdegegnerin erst gar nicht versucht habe, eine gegenteilige Abrede nachzuweisen, sei von einer Hingabe erfüllungshalber auszugehen. Der Beschwerdeführerin sei demnach grundsätzlich beizupflichten, wenn sie lediglich den Verwertungserlös mit der Schuld der Beschwerdegegnerin in Verrechnung bringen wolle. Anzumerken sei, dass die Verwertung der Ersatzleistung mit der gebotenen, verkehrsüblichen Sorgfalt zu erfolgen habe. Anrechenbar sei demzufolge nicht nur der tatsächlich erhaltene Betrag, sondern auch derjenige, der bei gehöriger Sorgfalt erhältlich gewesen wäre (Urk. 14 S. 5 f. E. 3.3). Weiter erwog die Vorinstanz, dass die Leistung erfüllungshalber gemäss vorherrschender Ansicht die Stundung der ursprünglichen Forderung zur Folge habe. Teilweise werde in der Literatur die Ansicht vertreten, die Auslegung des Parteiwillens könne ergeben, dass nicht Stundung, sondern zeitweiliger Ausschluss der Klagbarkeit (pactum de non petendo) gemeint sei. Hintergrund dieser Lehrmeinung sei, dass dem Schuldner trotz Annahme der Hingabe erfüllungshalber ermöglicht werden solle, nicht auf die Vorteile des Verzugs, insbesondere wohl auf Verzugszinsen, verzichten zu müssen. Für den vorliegenden Fall bleibe diese Differenzierung in der Lehre aber ohne Bedeutung. Fest stehe, dass eine

- 7 - Forderung nicht eingeklagt bzw. betrieben werden könne, solange eine erfüllungshalber erfolgte Leistung vom Gläubiger nicht verwertet worden sei. Die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung setze voraus, dass die betriebene Forderung zum Zeitpunkt der Betreibungseinleitung fällig gewesen sei. Nachdem die von der Beschwerdegegnerin per 20. April 2016 erfüllungshalber überwiesenen WIR 50'000.– von der Beschwerdeführerin noch nicht verwertet worden seien, sei die Forderung bei Einleitung der Betreibung somit nicht fällig bzw. nicht vollstreckbar gewesen. Entsprechend bleibe es der Beschwerdeführerin verwehrt, ihre Forderung gegenüber der Beschwerdegegnerin vor der (vollständigen) Verwertung der von ihr akzeptierten WIR-Überweisungen auf dem Betreibungsweg geltend zu machen. Dass die beantragte Rechtsöffnung vorliegend nicht erteilt werden könne, ergäbe sich im Übrigen auch daraus, dass der Forderungsbetrag nicht bestimmbar sei, solange eine Verwertung der in Verrechnung zu bringenden WIR noch nicht erfolgt sei, da bis dahin unklar bleibe, zu welchem Wert die spätere WIR-Überweisung auf die Forderung anzurechnen bleibe (Urk. 14 S. 6 f. E. 3.4). Das Rechtsöffnungsgesuch sei daher abzuweisen. Ob die Schuldanerkennung, wie von der Beschwerdegegnerin vorgebracht, für diese wegen eines wesentlichen Willensmangels unverbindlich sei, könne unter den gegebenen Umständen offenbleiben (Urk. 14 S. 7 E. 3.6).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.