

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT180004-O/U

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

Urteil vom 27. Februar 2018

in Sachen

A._____ (Schweiz) AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher X._____

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 19. Dezember 2017 (EB171618-L)

Erwägungen:

I.

1. Dem zu beurteilenden Gesuch um provisorische Rechtsöffnung liegt das zwischen der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan: Gesuchsgegnerin) und dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan: Gesuchsteller) am 1. Dezember 2016 geschlossene "Principle Terms of the Share Sales and Purchase Agreement" zugrunde. Inhalt des Agreements bildet der Verkauf und die Übertragung von 8000 Aktien des Gesuchstellers an der C._____ AG an die Gesuchsgegnerin. Vereinbart wurde ein Aktienkaufpreis von total Fr. 14'758'131.-. Bezüglich der Tilgung sah das Agreement vor, dass der Betrag von Fr. 5'500'000.- von der Gesuchsgegnerin in drei Tranchen zu je Fr. 1'250'000.- per 31. Januar, 30. April und 31. Juli 2017 sowie einer vierten Tranche zu Fr. 1'750'000.- per 31. Oktober 2017 zu bezahlen war. Die Tilgung des Restbetrages erfolgte durch Verrechnung mit von der Gesuchsgegnerin an den Gesuchsteller gewährten Darlehen (Urk. 4/1 und Urk. 4/6).

2. Gestützt auf die vorgenannte Vereinbarung betrieb der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin für die Bezahlung der per 31. Oktober 2017 fälligen, vierten Kaufpreistranche in der Höhe von Fr. 1'750'000.-. Gegen den Zahlungsbefehl vom 7. November 2017 des Betreibungsamts Zürich 4 (Betreibungs-Nr. ...) erhob die Gesuchsgegnerin Rechtsvorschlag (Urk. 2). Mit Urteil vom 19. Dezember 2017 erteilte das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (fortan Vorinstanz), dem Gesuchsteller provisorische Rechtsöffnung für Fr. 1'750'000.- nebst Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2017 (Urk. 14).

3. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 16. Januar 2018 rechtzeitig Beschwerde und stellte die folgenden Rechtsmittelanträge (Urk. 13 S. 2):

1. Es sei unter Gutheissung der Beschwerde die in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 11. August 2017 [recte: 7. November 2017], für den Betrag von CHF 1'750'000.- nebst Zins zu 5 % seit 31. August 2017 [recte:

31. Oktober 2017] erteilte provisorische Rechtsöffnung gemäss Entscheid vom 19. Dezember 2017 des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich über die Beschwerdeführerin aufzuheben und das Gesuch um Rechtsöffnung folglich vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei unter Gutheissung der Beschwerde die in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 11. August 2017 [recte: 7. November 2017], für den Betrag von CHF 1'750'000.– nebst Zins zu 5% seit 31. August 2017 [recte: 31. Oktober 2017] erteilte provisorische Rechtsöffnung gemäss Entscheid vom 19. Dezember 2017 des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich über die Beschwerdeführerin aufzuheben und das Gesuch um Rechtsöffnung zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Beschwerdegegners.

Sodann ersuchte die Gesuchsgegnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welches Begehren mit Verfügung vom 17. Januar 2018 abgewiesen wurde. Gleichzeitig wurde ihr Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 3'000.– angesetzt (Urk. 18), welcher Aufforderung die Gesuchsgegnerin rechtzeitig nachkam (Urk. 19). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Das kantonale Beschwerdeverfahren dient wie das Berufungsverfahren (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.2.) der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Die konkreten Beanstandungen müssen in der Beschwerde vorgebracht werden, die gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen ist, wobei für die Beschwerde mindestens dieselben Begründungsanforderungen gelten, wie für die Berufung. Es ist demnach durch die Beschwerdeführerin aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt sie nicht, wenn sie lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gibt oder

den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Rechtsmittelinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht und die Aktenstücke nennt, auf denen ihre Kritik beruht (BGer 5D_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2. m.w.H.).

2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO - Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; BGE 137 III 470 E. 4.5.3; vgl. insbesondere Urk. 20 ff.).

III.

1. Der Gesuchsteller verlangte vor Vorinstanz gestützt auf die zwischen den Parteien am 1. Dezember 2016 getroffene Vereinbarung betreffend den Verkauf von 8000 Aktien der C._____ AG provisorische Rechtsöffnung für die per 31. Oktober 2017 von der Gesuchsgegnerin geschuldete Kaufpreistranche (vgl. vorstehend E. I.). Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, der Bindungswille der Parteien und damit die Qualität des Agreements als provisorischer Rechtsöffnungstitel sei unstrittig. Die Gesuchsgegnerin anerkenne ihre Verpflichtung zur Bezahlung der geltend gemachten Forderungssumme ausdrücklich (Urk. 14 S. 3 f. mit Verweis auf Urk. 8 Rz. 6; vgl. auch Urk. 13 Rz. 106 und Rz. 157). Indes bringe die Gesuchsgegnerin vor, der Forderung des Gesuchstellers stehe eine Reihe von Gegenforderungen gegenüber, deren voller Umfang noch ermittelt werden müsse, die jedoch die vom Gesuchsteller in Betreuung gesetzte Forderung bei weitem übersteigen würden (Urk. 14 S. 4). Die Vorinstanz hielt fest, dass es sich bei der Verrechnungseinrede im Rechtsöffnungsverfahren um eine zulässige Einwendung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG handle. Bestand, Höhe und Fälligkeit der Verrechnungsforderung habe die Gesuchsgegnerin im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung zu behaupten und glaubhaft zu machen. Eben-

falls behauptet und glaubhaft gemacht werden müsse die erfolgte Verrechnungserklärung als Voraussetzung der Tilgung, da die Verrechnung nicht von Gesetzes wegen erfolge, sondern nur auf entsprechende Erklärung des Verrechnenden hin (Urk. 14 S. 5). Die Gesuchsgegnerin, so die Vorinstanz weiter, habe im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch vom 11. Dezember 2017 Verrechnung erklärt. Erfolge die Verrechnungserklärung im Rahmen einer schriftlichen Stellungnahme, so sei für deren Wirksamkeit erforderlich, dass die Rechtschrift dem Verrechnungsadressaten zugestellt werde, da die Erklärung empfangsbedürftig sei. Erfolge die Verrechnungserklärung gegenüber Dritten, zum Beispiel gegenüber einem Gericht, so bleibe sie unwirksam. Damit genüge die gesuchsgegnerische Rechtschrift gerade nicht als Verrechnungserklärung, da sie nur an das Gericht adressiert gewesen und dem Gesuchsteller nicht zur Kenntnis gebracht worden sei. Zwar bringe die Gesuchsgegnerin vor, die Verrechnung sei dem Gesuchsteller angekündigt worden bzw. sie habe den Gesuchsteller mehrfach auf seine Verfehlungen hingewiesen und grundsätzlich Verrechnung erklärt. Dabei handle es sich jedoch um keine genügende Verrechnungserklärung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Im Übrigen tue die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2017 nicht dar, wann, wie und für welche Forderungen sie die Verrechnung erklärt habe (Urk. 14 S. 6). Zusammenfassend habe die Gesuchsgegnerin daher nicht rechtsgenügend behauptet und entsprechend nicht glaubhaft gemacht, bereits vor Einleitung des Verfahrens eine wirksame Verrechnungserklärung abgegeben und die betriebene Forderung dadurch getilgt zu haben. Andere Einwendungen habe die Gesuchsgegnerin nicht vorgebracht und die Forderung sei samt Zinsen ausgewiesen, weshalb provisorische Rechtsöffnung zu erteilen sei (Urk. 14 S. 7).

2.1. Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dem Gesuchsteller sei vor Einreichung der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch keine Verrechnung erklärt worden (Urk. 13 S. 10). Die Vorinstanz verkenne, dass die Frage der rechtzeitigen Verrechnungserklärung gar nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gewesen sei, da der Gesuchsteller das Vorliegen einer Verrechnungserklärung anerkannt habe. Aus den eigenen Worten des Gesuchstellers im Gesuch um provisorische Rechtsöffnung gehe deutlich

hervor, dass dieser sich bewusst gewesen sei, dass Verrechnung erklärt worden sei und welche Forderungen zur Verrechnung gebracht worden seien. Er bestreite lediglich Bestand und Höhe der geltend gemachten Forderungen (Urk. 13 S. 11 f.). Ausserdem sei eine erste Verrechnungserklärung für die vierte Tranche bereits mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 erfolgt (Urk. 13 S. 11 mit Verweis auf Urk. 16/F). Indem die Vorinstanz die Aussage des Gesuchstellers nicht zur Kenntnis nehme und davon ausgehe, dass keine Verrechnung stattgefunden habe, verletze sie die in Art. 58 ZPO verankerte Dispositionsmaxime und insbesondere den Grundsatz, dass einer Partei nicht weniger zugesprochen werden dürfe, als von der Gegenpartei anerkannt worden sei. Während die Parteien bezüglich der Gründe der Verrechnung tatsächlich unterschiedliche Auffassungen vertreten würden, bestreite keine der Parteien die Erklärung der Verrechnung an sich. Im Ergebnis bedeute dies aber, dass in der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsge- such keine Pflicht bestanden habe, die erfolgte Verrechnung zu behaupten oder gar zu beweisen. Es sei entsprechend nur noch um die Höhe der Forderungen gegangen, die zur Verrechnung gebracht wurden (Urk. 13 S. 13 f.).

2.2. Beruht die Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldaner- kennung, kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Richter spricht dieselbe – im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO) – aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die Tilgung kann auch durch Verrechnung erfolgen. Dabei ist die prozessuale Einwendung der Verrechnung von der Verrechnungserklärung gemäss Art. 124 Abs. 1 OR zu unterscheiden. Die Verrechnungserklärung löst nach materiellem Recht die Verrechnungswirkung aus, während die Einwendung der Verrechnung im Prozess diese zum Prozessgegenstand macht (BGer 5A_748/2015 vom 3. August 2016, E. 3.4.1.). Erhebt ein Schuldner die Einwendung der Verrechnung nach Art. 82 Abs. 2 SchKG muss er nicht nur Bestand, Höhe und Fälligkeit seiner Gegenforderung glaubhaft machen, sondern auch die erfolgte Verrechnungserklä- rung, erfolgt die Verrechnung nicht ipso iure (BSK SchKG I - Staehelin, Art. 82 N. 93 f.). Eine Verrechnung tritt gemäss Art. 124 Abs. 1 OR nur dann ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der

Verrechnung Gebrauch machen will. Die Verrechnungserklärung ist eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung des Verrechnenden. Sie kann ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgen und muss den Willen des Verrechnenden in unzweideutiger Weise erkennen lassen. Aus der Erklärung oder aus den gesamten Umständen muss hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (BGer 4A_549/2010 vom 17. Februar 2011, E. 3.3.).

2.3. Vorliegend lässt sich aus dem Rechtsöffnungsgesuch des Gesuchstellers vom 13. November 2017 (Urk. 1) – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin – keine vollständige und damit wirksame Verrechnungserklärung ableiten. So ergibt sich aus dem Rechtsöffnungsbegehren des Gesuchstellers nicht, welche Verrechnungsforderungen von der Gesuchsgegnerin zu welchem Zeitpunkt der Hauptforderung gegenübergestellt worden waren. Vielmehr führte der Gesuchsteller lediglich allgemein aus, die Gesuchsgegnerin sei nicht gewillt, die vierte Kaufpreistranche zu bezahlen, und begründe dies mit Forderungen, die ihr von der C._____ übertragen worden seien. Um welche Forderungen und in welcher Höhe es sich dabei handeln soll, bleibt unklar. Soweit die Gesuchsgegnerin sich ausserdem auf ein Schreiben an den Gesuchsteller vom 31. Oktober 2017 bezieht (Urk. 13 S. 11 mit Verweis auf Urk. 16/F), reicht sie dieses erstmals im zweitinstanzlichen Verfahren und damit verspätet ins Recht (vgl. vorstehend E. II.2.). Als unzulässiges Novum hat dieses Schreiben von vornherein unberücksichtigt zu bleiben. Damit hätte es an der Gesuchsgegnerin gelegen, in ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren vom 11. Dezember 2017 darzutun, wann und in welcher Form sie gegenüber dem Gesuchsteller Verrechnung erklärt hatte. Entsprechendes wurde von ihr gerade nicht behauptet. Es ist der Vorinstanz daher zuzustimmen, wenn sie im angefochtenen Entscheid festhielt, die Gesuchsgegnerin erwähne in ihrer Stellungnahme lediglich, die Verrechnung sei dem Gesuchsgegner "angekündigt" worden. Sodann bringe sie vor, sie habe den Gesuchsteller schon mehrfach auf seine Verfehlungen hingewiesen sowie "grundsätzlich" die Verrechnung erklärt. Wann, wie und für welche Forderungen sie die Verrechnung "angekündigt" oder "grundsätzlich" erklärt haben will, tue sie

in ihrer Stellungnahme nicht dar. Unklar bleibe auch, was die Gesuchsgegnerin unter einer grundsätzlichen Verrechnungserklärung verstehe. Vom Wortlaut her bedeute dies jedenfalls, dass auch die Gesuchsgegnerin davon ausgehe, dass es an einer unbedingten und uneingeschränkten Verrechnungserklärung fehle (Urk. 14 S. 6). Die Vorinstanz kam demnach zu Recht zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht rechtsgenügend behauptete und damit auch nicht glaubhaft machte, vor Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens eine wirksame Verrechnungserklärung gegenüber dem Gesuchsteller abgegeben und die betriebene Forderung dadurch getilgt zu haben.

3.1. Weiter bringt die Gesuchsgegnerin in der Beschwerde vor, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren spätestens mit der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren rechtzeitig und fristgerecht die Verrechnung erklärt. Hingegen habe die Vorinstanz ihre Stellungnahme dem Gesuchsteller entgegen ihrer gesetzlichen Pflicht nicht zugestellt. Die Vorinstanz schliesse daraus, die Verrechnungserklärung sei dem Gesuchsteller nicht zugegangen und daher nicht wirksam. Durch die Verletzung ihrer Pflichten zur Zustellung der Stellungnahme habe die Vorinstanz den Sachverhalt selbst geschaffen, aus dem sie dann eine Rechtsfolge herleite und die Rechtsöffnung gewähre (Urk. 13 S. 14 und S. 21 f.). Die Vorinstanz gehe zwar zu Recht davon aus, dass eine Verrechnungserklärung auch im Prozess möglich sei. Allerdings müsse diese dem Prozessgegner zugehen, damit sie ihre rechtliche Wirkung entfalten könne. Im Ergebnis habe die Vorinstanz die Verrechnungserklärung also anerkannt, sich aber entschieden, die Stellungnahme mit der Verrechnungserklärung dem Gesuchsteller nicht zuzustellen und der Verrechnungserklärung die Wirkung abzusprechen mit der Begründung, diese sei dem Gesuchsteller nicht zugegangen (Urk. 13 S. 16). Die eidgenössische ZPO sehe auch im Summarverfahren eine uneingeschränkte Zustellung der Klageantwort an die Gegenpartei vor, sei es zur Kenntnisnahme oder ausnahmsweise zur Replik. Dass es im summarischen Verfahren im richterlichen Ermessen stehe, keinen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, sei unbestritten. Dies befreie jedoch das Gericht nicht davon, den ersten Schriftenwechsel abzuschliessen und die Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch weiterzuleiten, bevor das Gericht einen Entscheid fällen dürfe (Urk. 13 S. 17). Die Zustellung der Stellungnahme an den

Gesuchsteller bilde Ausdruck des rechtlichen Gehörs des Gesuchstellers, da diesem in jedem Fall ein verfassungsrechtlich geschütztes Replikrecht zukomme. Selbst eine Entscheidung des Gerichts zu Gunsten des Gesuchstellers erlaube es dem Gericht nicht, die Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch erst mit oder nach der Entscheidung zuzustellen. Aus diesem Grund habe die Gesuchsgegnerin davon ausgehen dürfen, dass ihre in der Stellungnahme erklärte Verrechnung der Gegenseite vor einem allfälligen Entscheid zugestellt würde (Urk. 13 S. 20). Sodann verletze die Nicht-Zustellung der Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch durch die Vorinstanz das Prinzip von Treu und Glauben und stelle ein widersprüchliches Verhalten der Vorinstanz dar (Urk. 13 S. 22). Im Wissen darum, dass eine Verrechnungserklärung ihre rechtliche Wirkung nur entfalte, wenn diese dem Gläubiger zugehe, habe die Vorinstanz sich geweigert, die Stellungnahme an die Gegenpartei weiterzuleiten. Hätte sie dies getan, so wäre gültig Verrechnung erklärt worden. Durch die Weigerung habe sich die Vorinstanz als Schutzschild des Gläubigers betätigt und klarerweise Partei ergriffen. Dies stelle eine Parteinahme dar, die gegen Art. 30 Abs. 1 BV verstosse (Urk. 13 S. 23).

3.2. Die Garantie von Art. 29 Abs. 2 BV umfasst das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 98). Auch wenn der Gesuchsgegnerin insoweit beizupflichten ist, als die Gerichte gemäss Art. 136 ZPO eine Pflicht zur Zustellung trifft und die Vorinstanz damit die Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch dem Gesuchsteller spätestens mit dem Endentscheid hätte zustellen müssen, ist die Rüge der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe dadurch das rechtliche Gehör und Replikrecht des Gesuchstellers verletzt, dennoch von vornherein unbehelflich. Der Gesuchsteller obsiegte vor Vorinstanz vollumfänglich, so dass der von der Gesuchsgegnerin gerügte Rechtsfehler ohne praktische Relevanz bleibt. Diesbezüglich fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers (BGer 4A_389/2015 vom 9. Dezember 2015, E. 3). Ohnehin fehlt es aber auch an der Beschwer der Gesuchsgegnerin, wenn sie im Rechtsmittelverfahren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Gesuchstellers rügen will. Jedenfalls erhellt nicht, was sie mit Blick auf die Frage der Wahrung

des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Gesuchsteller zu ihren Gunsten ableiten will.

3.3. Zu prüfen bleibt damit, ob während eines laufenden Prozesses im Rahmen einer Eingabe ans Gericht rechtswirksam Verrechnung erklärt werden kann. Wie dargelegt ist dabei zu unterscheiden zwischen der Verrechnungserklärung nach Art. 124 Abs. 1 OR als materiell-rechtliche empfangsbedürftige Willenserklärung und der prozessualen Einwendung der Verrechnung als Prozessklärung (vgl. vorstehend E. III.2.2.). Ihrer Natur nach handelt es sich bei der Verrechnungserklärung gemäss Art. 124 Abs. 1 OR um einen Rechtsfolgwillen in Form einer Gestaltungserklärung. Die einseitige Willenserklärung ist empfangsbedürftig und gegenüber dem Verrechnungsgegner abzugeben (BK OR - Zellweger-Gutknecht, Art. 124 N 9 und 13). Es bedarf dazu keinerlei Mitwirkung weder des Verrechnungsgegners noch eines Dritten, etwa eines Gerichts oder einer anderen Behörde. Geht die Erklärung einzig einem Dritten zu, entfaltet sie keinerlei Wirkung. Als Dritter gilt ein ungenügend ermächtigter Vertreter genauso wie ein Gericht, wenn im Rahmen eines Verfahrens während einer Vernehmlassung verrechnet wird, ohne dass die Gegenpartei davon Notiz nehmen kann (a.a.O. N. 10 und 13; BSK SchKG - Staehelin, Art. 82 N 94). Bei der Verrechnungserklärung der Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch handelte es sich somit also lediglich um eine Prozesshandlung bzw. Prozessklärung gegenüber der Vorinstanz. Diese allein war Adressatin der Erklärung und nicht der Gesuchsteller. Da die Vorinstanz nicht als Stellvertreterin des Gesuchstellers agierte, bestand für sie – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin – gerade keine materiell-rechtliche Pflicht zur Weiterleitung bzw. Zustellung der Stellungnahme an den Gesuchsteller. Es lag alleine in der Verantwortung der Gesuchsgegnerin die Verrechnungserklärung an den Gesuchsteller als Verrechnungsgegner zu adressieren. Der Vorinstanz hingegen kam nur eine prozessuale Pflicht zur Zustellung gemäss Art. 136 ZPO zu, welche einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Verfahren dient. Eine Gehörsverletzung hat jedoch, wie dargelegt (vgl. vorstehend E. III.3.2.), gerade nicht stattgefunden.

4. Zusammenfassend ist der Vorinstanz zu folgen, dass eine rechtsgenügende Verrechnungserklärung weder behauptet noch abgegeben wurde (Urk. 14 S. 6). Entsprechend kann offen bleiben, ob die weiteren Voraussetzungen der Verrechnung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG "sofort glaubhaft" gemacht wurden. Einzig der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Gesuchsgegnerin ihre Verrechnungsforderungen im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren ohnehin nicht glaubhaft machen kann, indem sie plädiert, als würde sie vor einer ersten Instanz plädieren. Vielmehr hätte sie mittels klarer Verweise auf die vorinstanzlichen Akten aufzuzeigen gehabt, wo und wie sie die Verrechnungsforderungen vor Vorinstanz "sofort glaubhaft" gemacht hatte (vgl. vorstehend E. II.1.). Diese Hinweise gibt die Beschwerdeschrift der Gesuchsgegnerin nicht. Im Übrigen zeigt allein der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin rund hundert Seiten schreiben musste, um ihre Verrechnungsforderung "sofort glaubhaft" zu machen, dass die Auseinandersetzung in ein ordentliches Verfahren gehört und letztlich im Rahmen des Aberkennungsprozesses zu beurteilen sein wird.

IV.

Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind sie der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Gesuchsteller keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von Urk. 13, 15, 16 und 20 bis 22, an das Betreibungsamt Zürich 4 im Betreibungsverfahren 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).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'750'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Februar 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
mc