

ZH_OBERGERICHT LB160036 vom 29. November 2016

ZH Obergericht, 2016-11-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB160036

FR: ZH_OBERGERICHT LB160036 du 29 novembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LB160036 del 29 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Am 8. Februar 2010 erteilte der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen der heutigen Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 100'000.- gestützt auf eine schriftliche Schuldanerkennung des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend Kläger) vom 12. Februar 2009 über diesen Betrag, zuzüglich 5% Zins seit 29. Mai 2009. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zulasten des Klägers geltend gemacht. Der Kläger wurde auf die Aberkennungsklage verwiesen (Verfahren EB090413-G). Diese Aberkennungsklage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren machte der Kläger rechtzeitig am 1. März 2010 beim Bezirksgericht Meilen anhängig (Verfahren CG100017-G). Das Verfahren wurde nach den Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung durchgeführt. Für den Verfahrensablauf mit dem doppelten Schriftenwechsel und dem durchgeführten Beweisverfahren kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Nach dem Eingang der letzten Stellungnahme zum Beweisergebnis am 8. April 2016 ergingen am 10. Mai 2016 ein Erledigungsbeschluss sowie das Urteil, das die Klage abwies.

E. 2

Am 17. Juni 2016 erhob der Kläger rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung und leistete am 1. Juli 2016 rechtzeitig den einverlangten Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'750.- (Urk. 260, Urk. 266). Mit ihrer Berufungsantwort vom 14. September 2016 beantragte die Beklagte u.a. auch die Verpflichtung des Klägers zur Sicherstellung ihrer Parteientschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren (Urk. 268). Nach Einholung einer diesbezüglichen Stellungnahme des Klägers unter gleichzeitiger Zustellung der Berufungsantwort am 20. September 2016 und der Zustellung der erfolgten Stellungnahme an die Beklagte am 4. November 2016 wurde das Begehren mit Beschluss vom 21. November 2016 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten abgewiesen (Urk. 277). Damit erweist sich das Berufungsverfahren als spruchreif.

- 6 -

E. 2.1

Der Kläger rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da der am Urteil mitwirkende Ersatzrichter lic. iur. D. _____ an der Beweisverhandlung nicht anwesend gewesen sei. Eine authentische Kenntnisnahme der Aussagen durch alle Richter sei vorliegend unumgänglich, weshalb er ausdrücklich die Beweisabnahme durch das Kollegialgericht verlangt habe (Urk. 260 S. 3f). Das rechtliche Gehör im Zusammenhang mit Änderungen der Gerichtsbesetzung garantiert den Prozessparteien, dass kein Gerichtsmitglied an der Urteilsfällung teilnimmt, das nicht Kenntnis von ihren Vorbringen und vom Beweisverfahren hat. Dieser Anspruch ist indessen gewahrt, soweit dem an der Beurteilung

neu teil- nehmenden Gerichtsmitglied der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann und dadurch alle am Urteil mitwirkenden Gerichtsmitglieder die gleichen Kenntnisse haben (BGer 5A_429/2011 vom 9. August 2011, Erw. 5; BGer 4A_271/2015 vom 29. September 2015, Erw. 6 m.w.H., bestätigt in BGer 1B_311/2016 vom 10. Oktober 2016, Erw. 2.2). Vorliegend sind die Beweiserhebungen, welche das Gericht anlässlich der Beweisverhandlung vom 25. Juni 2013 tätigte (persönliche Befragung beider Parteien, Zeugeneinvernahmen), im Detail protokolliert worden (Prot. I S. 41ff). Darüber hinaus existiert auch noch eine Tonbandaufnahme der Einvernahmen (Prot. I S. 41), die gemäss den Bestimmungen der Archivverordnung der obersten Gerichte - 12 - vom 16. März 2001 aufzubewahren ist (§ 153 GVG/ZH). Damit kann mit Fug gesagt werden, dass dem neben den beiden bisherigen, an der Beweisverhandlung anwesenden Richtern am Endentscheid neu mitwirkenden Ersatzrichter alle Akten und Protokolle zugänglich waren und er sich ein vollständiges Bild über den bisherigen Verfahrensablauf und das Beweisverfahren verschaffen konnte. Kommt noch dazu, dass mehrere Zeugeneinvernahmen, insbesondere des Hauptzeugen E._____, auf dem Rechtshilfeweg in Spanien und damit ohnehin schriftlich erfolgten, und die am 25. Juni 2013 durchgeführte persönliche Befragung der Parteien gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH ohnehin keine Beweiskraft zugunsten der jeweiligen Partei haben. Der Einwand des Klägers betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit unbegründet.

E. 2.2

Der Kläger rügt weiter die Abweisung seines Antrages um Wiederholung seiner persönlichen Befragung als Verletzung seines rechtlichen Gehörs, weil ihn die Verfahrensleitung bei den meisten Fragen nach kurzer Zeit unterbrochen habe und ihm dadurch eine angemessene Darlegung des Sachverhaltes aus seiner ganz persönlichen Sicht und die angemessene Beantwortung der Fragen nicht möglich gewesen sei. Auch könne der Kläger als Folge der erlittenen Hirnblutung sich an nachgefragte Sachverhalte erst während weitergehender eigener Ausführungen zum Fragethema erinnern (Urk. 260 S. 4f). Die Vorinstanz hat den Antrag auf Wiederholung der persönlichen Befragung abgelehnt unter Berufung auf das anhand des Tonbandes ausgefertigte Protokoll, in dem sich keine Hinweise auf die behaupteten Unterbrechungen finden liessen. Die persönliche Befragung im Beweisverfahren diene sodann nicht der Darlegung des Prozesssachverhaltes und dem Vorbringen von Noven. Es sei weder gerichtsnotorisch noch habe der Kläger konkret geltend gemacht, dass er wegen der erlittenen Hirnblutung nicht in der Lage sei, sich bei einer Befragung auf Anhiob auf das Wesentliche zu konzentrieren (Urk. 261 S. 14ff). Vorab ist festzustellen, dass der Kläger nicht geltend macht, das Protokoll über seine persönliche Befragung sei unrichtig bzw. seine dort protokollierten Antwort-

- 13 - ten auf die ihm gestellten Fragen seien falsch bzw. erweckten einen falschen Eindruck und hätten eine unzutreffende Würdigung seiner Aussagen zur Folge gehabt. Auch zeigt er nicht auf, welche Antworten auf welche Fragen im Einzelnen inwiefern unvollständig und missverständlich gewesen sein sollen. Damit ist seine Rüge vorab nicht gehörig begründet und es ist darauf nicht einzutreten. Der Kläger stellt sich im Berufungsverfahren erneut - wie bereits vor Vorinstanz - auf den Standpunkt, in der persönlichen Befragung habe er keine Möglichkeit gehabt, den Sachverhalt angemessen darzulegen. Dazu hat aber bereits die Vorinstanz zurecht erwogen, dass die persönliche Befragung ein Beweismittel ist und das ordentliche Behauptungsverfahren mit dem zweifachen Schriftenwechsel bereits vorgängig abgeschlossen sein muss. Insofern wäre es -

im Hinblick auf § 114 ZPO/ZH - ganz grundsätzlich unzulässig gewesen, weitere tatsächliche Ausführungen des Klägers zur Sache zuzulassen, nur weil dieser ein persönliches Bedürfnis danach verspürte (vgl. auch Urk. 140 S. 2f). Dem ist nichts beizufügen. Im Übrigen hat die Vorinstanz zurecht auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen, aus dem sich weder direkt eine mehrfache Unterbrechung der klägerischen Ausführungen ergibt noch eine entsprechende Protokollnotiz dafür zu finden ist. Auch der Rechtsvertreter des Klägers hat offenbar weder einen Protest gegen das Vorgehen der Verfahrensleitung protokollieren lassen noch hat er mit Ergänzungsfragen darauf hingewirkt, dass der Kläger seine Antworten zu den massgeblichen Beweisfragen noch hätte ergänzen können (Prot. I S. 41ff). Dies wäre unter den behaupteten Umständen aber seine Aufgabe gewesen. Wenn der Kläger zum Beweis seiner Behauptungen die Edition der Tonbandaufzeichnung der Befragung verlangt, so macht er damit sinngemäss geltend, die Befragung sei nicht gehörig protokolliert bzw. wesentliche Vorkommnisse seien nicht protokolliert worden. Dies hätte er indessen in einem Protokollberichtigungsverfahren gemäss § 154 Abs. 2 GVG/ZH bei der Vorinstanz geltend zu machen und nicht als unmittelbare Berufungsrüge vorzubringen. Ohne eine solche Berichtigung ist davon auszugehen, dass das schriftliche Protokoll die Befragung korrekt wiedergibt und weder eine beweisrelevante mehrfache Unterbrechung der klägerischen Ausführungen stattgefunden hat noch weitere wesentlichen Wahrnehmungen (§ 149

- 14 - Abs. 3 GVG/ZH) zu protokollieren waren. Dass der Kläger sodann aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, die einfachen und klaren Fragen des Vorsitzenden auf Anhieb sinngerecht und vollständig zu beantworten, dafür fehlen im massgeblichen schriftlichen Verhandlungsprotokoll über den Frage-Antwort-Ablauf jegliche Hinweise. Auch haben weder der Kläger noch sein Rechtsvertreter vor oder während der persönlichen Befragung je auf solche Schwierigkeiten hingewiesen. Allein aus der Tatsache des mindestens sieben Jahre zuvor erlittenen Hirninfarktes (Urk. 1 S. 6, Urk. 22 S. 4, 16) ergibt sich solches nicht und ist nicht gerichtsnotorisch. Das im Berufungsverfahren dafür ange-rufene medizinische Gutachten ist ein unzulässiges neues Beweismittel (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

E. 3

Rügen bezüglich Verletzung materieller Rechtsbestimmungen

E. 3.1

Die Beklagte hat für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege beantragt. Da sie im Berufungshauptverfahren keine Gerichtskosten zu tragen hat, ist dieser Antrag hinsichtlich der Verfahrenskosten gegenstandslos. Hingegen ist für den Fall der Nichteinbringlichkeit der Parteientschädigung über das Begehren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren noch zu entscheiden.

E. 3.2

Wie gesehen war der Prozessstandpunkt der Beklagten im Berufungshauptverfahren nicht aussichtslos. Angesichts der rechtskundigen Vertretung der Gegenpartei und der von dieser im Berufungsverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen und der detaillierten Kritik an der Beweiswürdigung bedurfte die Beklagte auch ihrerseits einer rechtskundigen Unterstützung. Diesbezüglich sind die Vorausset-

- 25 - zungen von Art. 117 lit. b bzw. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO erfüllt. Die finanzielle Situation der Beklagten wurde bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Armenrechtsgesuchs abgeklärt. Das Gesuch wurde am 14. Mai 2012 im Grundsatz gutheissen, da die Beklagte lediglich ein Jahreseinkommen von Fr. 36'911.- bzw. Fr. 3'075.- pro Monat versteuerte bei einem Bedarf von Fr. 3'523.65 monatlich (Urk. 65). Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert (Urk. 270/1), weshalb die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung grundsätzlich erfüllt sind. Der Beklagten ist damit die unentgeltliche Rechtsvertretung im Berufungsverfahren zu bewilligen. Die Beklagte wird durch das Prozessergebnis in den Stand versetzt werden, die Kosten ihres eigenen Anwaltes selber zu tragen, falls der Kläger die Parteientschädigung nicht bezahlen sollte. Sie wird daher darauf hingewiesen, dass eine allfällige Auszahlung der Parteientschädigung für ihren Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse nur unter Nachweis erfolgloser Inkassobemühungen für die Parteientschädigung sowie für das Prozessergebnis und dessen teilweiser Abtretung erfolgen wird. Vorbehalten bleibt für den Fall einer Zahlung aus der Gerichtskasse weiter die allgemeine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZGB. E. Minderheitsantrag Eine Minderheit des Gerichts hat gemäss § 124 GOG eine abweichende Meinung mit Begründung ins Protokoll aufnehmen lassen (Urk. 278; Prot. II S. 10 ff.). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben. 2. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

- 26 - 3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Klage wird abgewiesen. Dementsprechend ist die mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Februar 2010 (Geschäfts-Nr.: EB090413) erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Meilen (neu: Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach), Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2009, für Fr. 100'000.- nebst Zins zu 5 % seit 29. Mai 2009, die Betreuungskosten sowie die Kosten und Entschädigung im Rechtsöffnungsverfahren definitiv. 2. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtskosten auf Fr. 21'106.80 wird bestätigt. 3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'200.- verrechnet. Für den Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse dem Kläger Rechnung. 4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 20'500.- (zzgl. 7.6 % MWST auf Fr. 1'500.- und 8 % MWST auf Fr. 19'000.-) zu bezahlen. Diese Parteientschädigung hat der Kläger direkt an den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Beklagten, Dr. iur. Y. _____, zu bezahlen. 5. Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ wird zur Rückzahlung der Akontozahlung über Fr. 8'156.20 an den Kanton Zürich verpflichtet, soweit er die Prozessentschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 hiervor beim Kläger erhältlich machen kann. 6. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 8'750.- festgesetzt.

- 27 - 7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 8. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'400.- (8% MWST inbegr.) zu bezahlen. 9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien unter Beilage des Doppels von Urk. 278, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach

unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 10. 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. 100'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 29. November 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Hochuli versandt am: jo

E. 7

April 2014, Erw. 5). Ist die quantitative Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung angesichts der privaten Vertragsautonomie ganz grundsätzlich nur mit Zurückhaltung zu überprüfen, gilt dies in besonderem Mass für Vergleichsverträge, wo das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zufolge des Verzichts auf definitive Klärung der Ansprüche letztlich meist nicht abschliessend festge-

- 17 - stellt werden kann oder soll. Ein richterlicher Eingriff gestützt auf Art. 21 oder Art. 30 Abs. 2 OR ist hier nur in absoluten Ausnahmefällen denkbar. Massgeblich ist dabei sodann nicht einfach ein allfälliges objektives Missverhältnis der Leistungen, sondern auch die subjektive Perspektive, namentlich der durch die schnelle Streitbeilegung erlangte Vorteil (M. Maurer, a.a.O. S. 156f, 199). Die Prüfung der Angemessenheit ist sodann eine Rechtsfrage, welche das Berufungsgericht frei prüfen kann (BGer 4C.238/2004 vom 13. Oktober 2005). 3.3.3. Die Liegenschaft in Spanien, welche der Kläger im Februar 2009 verkaufen wollte, wurde von ihm bereits einmal während des Scheidungsverfahrens im Jahre 1989 für Fr. 400'000.- verkauft und zu diesem Wert in die güterrechtliche Abrechnung eingestellt. Der Verkauf erfolgte damals an einen Onkel des klägerischen Anwalts. Die Beklagte wurde daher im Zusammenhang mit dem erneuten Verkauf derselben Liegenschaft durch den Kläger argwöhnisch, ob die Liegenschaft bei der Scheidung 1989 tatsächlich, wie vom Kläger behauptet, verkauft worden war, und ob der damals behauptete und güterrechtlich abgegoltene Verkaufspreis von Fr. 400'000.- ein angemessener Preis gewesen war, zumal der Kauf ziemlich "unter der Hand" erfolgte. Je nachdem stand ihr ihrer Meinung nach möglicherweise noch ein güterrechtlicher Anteil am Erlös des (zweiten) Verkaufs im Jahre 2009 zu, was der Kläger indessen bestritt. Auf Verlangen der Beklagten und im Wissen um deren Meinung zum Verkauf erstellte er am 10. Februar 2009, somit 2 Tage vor der hier strittigen Schuldanererkennung, eine schriftliche Aufstellung über die seinerzeit abgegoltenen güterrechtlichen Ansprüche der Beklagten auf der Basis eines Verkaufserlöses von Fr. 400'000.- für die Liegenschaft. Weiter errechnete er einen güterrechtlichen Mehranspruch der Beklagten von ca. Fr. 71'000.- bei einer Heranziehung des Verkaufspreis der Liegenschaft im Jahre 2009 (Urk. 3/8). Dabei betitelte er als Verfasser diese Aufstellung selber ausdrücklich als "Vorschlag" ... "zu Gunsten B._____" und legte ihr dieses Papier gleichentags in den Briefkasten. Angesichts dieser Umstände ist der Kläger nicht mit seinen prozessualen Behauptungen zu hören, diese Aufstellung sei rein theoretischer Natur gewesen und auch die Beklagte habe lediglich eine theoretische Berechnung gewünscht (Urk 1 S. 9f). Dem steht der klare Wortlaut von Urk. 3/8 als

Zahlungsvorschlag entgegen, sodann die dem Kläger bekannte bisherige

- 18 - Weigerung der Beklagten zur Abgabe der erforderlichen Bestätigung wegen ihres Argwohns sowie schliesslich das sofortige Einverständnis der Beklagten zur Abgabe der erforderlichen Zusatzbestätigung nach Kenntnisnahme ihres errechneten Anspruchs (Urk. 1 S. 9f). Mit Nachdruck eine rein hypothetische Berechnung allfälliger Ansprüche unter gleichzeitigem Vorausverzicht auf jegliche finanziellen Konsequenzen daraus zu verlangen, wäre aufgrund der Umstände offenkundig sinnlos gewesen (Urk. 22 S. 3). Dass die Beklagte als Folge der Berechnungen des Klägers konkret eine Beteiligung am Verkaufserlös forderte, lag auf der Hand, ebenso ein gewisser Diskussionsbedarf über die aufgeführten Beträge, da der errechnete Saldo von Fr. 71'000.- noch diverse unbelegte Verkaufsspesen von rund EUR 67'700.- sowie unbelegte Abzüge von ca. Fr. 120'000.- für zwischenzeitliche Investitionen in die Liegenschaft berücksichtigte. In diesem Sinne kann daher die Schuldanerkennung über Fr. 100'000.- zugunsten der Beklagten klar als vergleichsweise Einigung über die angekündigte, vom Kläger bestrittene und auch betragsmässig nicht abschliessend bezifferbare güterrechtliche Beteiligung der Beklagten am Verkaufserlös qualifiziert werden. Beide Parteien haben sich auf einen Kompromiss verständigt, um einen länger dauernden Rechtsstreit zur Feststellung und Bezifferung allfälliger Ansprüche zu vermeiden. Vorliegend drohte dem Kläger bei Unterzeichnung der Schuldanerkennung am

E. 12

GebV OG auf Fr. 8'750.- festzusetzen. Die Kosten sind dem Kläger aufzuerlegen unter Verrechnung mit dem von ihm für das Berufungsverfahren geleisteten Prozesskostenvorschuss. Die Parteientschädigung für die Beklagte im Berufungsverfahren, die der Kläger zu entrichten hat, ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 AnwGebV auf Fr. 5'000.- zuzüglich Fr. 400.- (8% MwSt) festzusetzen.

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