

# ZH\_OBERGERICHT PP170021 vom 31. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PP170021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PP170021)

FR: ZH\_OBERGERICHT PP170021 du 31 octobre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT PP170021 del 31 ottobre 2017

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 2009, mit welchem der Ehemann der Beklagten, C.\_\_\_\_, wegen Vergewaltigung, Drohung und mehrfacher Tötlichkeiten zu einer (teilbedingten) Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt wurde. Der Vollzug des unbedingten Teils der Freiheitsstrafe wurde damals zum Zweck einer ambulanten Therapie aufgeschoben. Am 16. März 2010 ordnete das Obergericht auf entsprechenden Antrag des Amts für Justizvollzug die Umwandlung der ambulanten in eine stationäre Massnahme an. C.\_\_\_\_ wurde in der Folge am 17. November 2010 zum Vollzug der stationären Massnahme in die Justizvollzugsanstalt Pöschwies eingewiesen (vgl. BGer 6B\_98/2012 vom 26. Juni 2012; Urk. 3/17, Beilage 16 S. 2).

#### E. 1.2

Nach einem mehrjährigen Rechtsstreit wurde die stationäre Massnahme mit Verfügung des Amts für Justizvollzug vom 6. Dezember 2012 schliesslich aufgehoben und C.\_\_\_\_ per 10. Dezember 2012 aus der Justizvollzugsanstalt Pöschwies entlassen (Urk. 3/17, Beilage 18). Gestützt auf eine (rechtskräftige) Wegweisungsverfügung des Migrationsamts Zürich vom 24. November 2009, mit welcher C.\_\_\_\_ verpflichtet wurde, das schweizerische Staatsgebiet bis zum 31. Januar 2010 zu verlassen (Urk. 3/17, Beilage 29), ordnete das Migrationsamt direkt nach der Entlassung aus der Justizvollzugsanstalt Ausschaffungshaft an (vgl. Urk. 3/17, Beilage 1 S. 2; Urk. 3/17, Beilage 28). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2012 bestätigte das Zwangsmassnahmengericht am Bezirksgericht Zürich die Ausschaffungshaft und bewilligte diese bis zum 9. März 2013 (Urk. 3/17, Beilage 1).

- 4 -

#### E. 1.3

Die Beklagte bzw. ihr Ehemann beabsichtigte gegen den vorerwähnten Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts ein Rechtsmittel zu ergreifen und gelangte in diesem Zusammenhang an die Klägerin. Im Auftrag der Beklagten erhob die Klägerin daraufhin am 11. Januar 2013 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, worin sie die vorläufige Aufnahme, die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung sowie die Freilassung von C.\_\_\_\_ beantragte (Urk. 3/17 S. 13; vgl. auch Urk. 43 S. 5). Am 6. Februar 2013 stellte die Klägerin Rechnung für die erbrachte "rechtliche Unterstützung" im Umfang von 41 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 125.– pro Stunde, was einem Rechnungsbetrag von insgesamt Fr. 5'125.– entspricht (Urk. 3/3). Diese bis heute

unbezahlte Honorarforderung stellt den Streitgegenstand des vorliegenden Prozesses dar (vgl. Urk. 1 S. 1; Urk. 2 S. 2 f.).

#### **E. 1.4**

C.\_\_\_\_\_ wurde im April 2013 in den Libanon ausgeschafft (Urk. 33 Rz 14; Prot. I S. 16; Urk. 2 S. 3), wo er in der Zwischenzeit offenbar verstorben ist (Urk. 33 Rz 9; Urk. 32/8; Urk. 51 Rz 4).

#### **E. 2**

Prozessgeschichte und Formelles 2.1.1 Am 3. August 2016 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz unter Beilage der Klagebewilligung vom 2. August 2016 die vorliegende Klage mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren ein (Urk. 1 und 2). Nachdem anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Januar 2017 keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte (Prot. I S. 17), wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 25. April 2017 ab (Urk. 43). 2.1.2 Mit Eingabe vom 6. Juni 2017 erhob die Klägerin, damals noch vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, gegen das erwähnte Urteil Beschwerde und stellte zugleich ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 42). Die Beschwerdeantwort der Beklagten datiert vom 13. Juli 2017 (persönlich überbracht am 17. Juli 2017; Urk. 51) und wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 27. Juli 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 55). Mit Schreiben vom 28. August 2017 teilte Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ mit, dass er die Klägerin nicht mehr vertrete (Urk. 56), weshalb das Rubrum entsprechend anzupassen ist.

- 5 -

#### **E. 2.2**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-41).

#### **E. 2.3**

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3 f.). 2.4.1 In prozessualer Hinsicht macht die Klägerin vorab geltend, der Rechtsvertreter der Beklagten, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, komme im vorliegenden Verfahren grundsätzlich als Zeuge in Frage. So sei er in das fragliche Verfahren involviert gewesen und habe gar mit der Klägerin zusammengearbeitet (Urk. 32/7). Aufgrund dieser Tatsache sei Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ befangen und er hätte die Beklagte im vorliegenden Verfahren nicht vertreten dürfen. Folglich hätte er auch nicht vor Gericht auftreten und (als potentieller Zeuge) im Namen der Beklagten plädieren dürfen. Seine Ausführungen seien aus dem Recht zu weisen und die Verhandlung sei zu wiederholen (Urk. 42 Rz 1). 2.4.2 Das vorliegende zivilrechtliche Verfahren hat nicht die Aufsicht über die Rechtsanwälte zum Gegenstand. Ein allfälliger Interessenkonflikt von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ wäre durch die entsprechende kantonale

Aufsichtsbehörde zu beurteilen und gegebenenfalls zu sanktionieren. Es bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass die Zeugenstellung eines Rechtsvertreters diesen nicht von der Wahrnehmung seiner anwaltlichen Aufgaben ausschliesst, zumal eine Zeugenaussage in aller Regel eine Entbindung vom Berufsgeheimnis durch den Klienten voraussetzt.

Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ wurde von der Klägerin jedoch weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Verfahren als Zeuge offeriert, weshalb nicht näher auf die

- 6 - erwähnte Problematik einzugehen ist. Überdies erläutert die Klägerin nicht, weshalb sie ihren Antrag, wonach die Ausführungen von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ aus dem Recht zu weisen und die Hauptverhandlung zu wiederholen sei, erst(mals) vor Obergericht stellt. Die Klägerin behauptet nicht, dass sie die entsprechenden Tatsachen und Begehren bereits im vorinstanzlichen Verfahren form- und fristgerecht vorgebracht habe. Die tatsächlichen Ausführungen zur angeblichen "Befangenheit" von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ sind neu und somit aufgrund des strikten No-venverbots im Beschwerdeverfahren nicht zu beachten (vgl. vorstehend E. 2.3).

### **E. 3**

#### **Materielle Beurteilung**

##### **E. 3.1**

Die Vorinstanz ging davon aus, dass zwischen den Parteien ein gültiger Auftrag im Sinne von Art. 394 OR zustande gekommen sei, was im Beschwerdeverfahren von keiner Partei beanstandet wird. In Bezug auf die Vergütung erwog die Vorinstanz sodann, dass sich die Parteien auf ein Erfolgshonorar geeinigt hätten. Uneinig seien sich die Parteien jedoch darüber, wie der vereinbarte Erfolg zu messen bzw. ob dieser überhaupt eingetreten sei. Nachdem diesbezüglich nicht geltend gemacht werde, es liege ein übereinstimmender wirklicher Wille vor, müssten die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden (Urk. 43 S. 5 f.). In ihrer E-Mail vom 21. Januar 2013 (Urk. 3/5) habe die Klägerin bestätigt, "dass [sie] erst Rechnung stelle wenn C.\_\_\_\_\_ draussen ist". Diese Bestätigung könne unterschiedlich interpretiert werden, so die Vorinstanz weiter. Offensichtlich anknüpfend an diese Korrespondenz sei am 6. Februar 2013 ein Schreiben der Klägerin gefolgt (Urk. 3/3), welches diese Frage weiter erhellte. In dessen ersten Zeile mit der Aufstellung der Rechnung stehe nämlich der Vermerk: "Fälligkeit der Zahlung - Bei Erfolg". Nach guten Treuen sei dies zusammen mit dem Text des Schreibens so zu verstehen, dass die Klägerin eine positive Einschätzung der Prozesschancen im Rechtsmittelverfahren abgegeben habe. Diese Einschätzung habe sie bekräftigt, indem sie die Fälligkeit der Forderung an diesen Erfolg geknüpft habe (die Gutheissung der Beschwerde). Dass die Beschwerde in der Folge vom Verwaltungsgericht oder von einer höheren Instanz gutgeheissen worden sei, tue die Klägerin nicht dar. Mit Blick auf die Stossrichtung der Beschwerde, die Ausschaffung von C.\_\_\_\_\_ zu verhindern und das eheliche Zusammenleben der Eheleute B.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ zu schützen, vermöge die Argumentation der Klägerin, es sei bloss um die Freilassung von C.\_\_\_\_\_ gegangen (in der Schweiz oder im Ausland), nicht durchzudringen. Auf ihre Zusage im erwähnten Schreiben vom 6. Februar 2013 (Urk. 3/3) müsse sich die Klägerin behaften lassen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Klägerin nicht zu beweisen vermöge, dass der vereinbarte Erfolg eingetreten sei, weshalb sie auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe. Mangels erstelltem Eintritt der Bedingung sei die Klage abzuweisen (Urk. 43 S. 7 f.).

### **E. 3.2**

Die Klägerin rügt beschwerdeweise, dass die Vorinstanz zu Unrecht von einem Erfolgshonorar ausgegangen sei. Vorliegend seien sich die Parteien einig gewesen, dass ein Honorar geschuldet sei. So habe die Beklagte in ihrer E-Mail vom 20. Januar 2013 (Urk. 3/4) explizit nach einer Rechnung gefragt und somit das Entstehen der Forderung aus dem Auftrag anerkannt. Auf der Rechnung sei vermerkt, dass die Zahlung erst bei Erfolg fällig werde, wobei die Klägerin so- gleich ausgeführt habe, dass damit gemeint sei, wenn C.\_\_\_\_\_ draussen sei. Nach Ansicht der Klägerin hätte diese Rechnung somit erst bezahlt werden müs- sen, wenn C.\_\_\_\_\_ (wo auch immer) auf freiem Fuss sei. Die Klägerin habe nie garantiert, dass ihre Eingabe zu einer Freilassung führen würde. So habe sie ausgeführt, dass der Instanzenzug durchgespielt werden müsse, dass also eine sofortige Freilassung unwahrscheinlich sei. Insofern mache ein Erfolgshonorar keinen Sinn, da selbst die Klägerin nicht davon ausgegangen sei, dass es sofort zu einem solchen "Erfolg" kommen würde. Zudem hätte die Beklagte keine Rech- nung verlangt, wenn ein Erfolgshonorar vereinbart worden wäre (Urk. 42 Rz 2 f.). Die Ausführungen der Klägerin zum "Erfolg" anlässlich der Hauptverhandlung seien anders zu verstehen, als dies die Vorinstanz tue. Die Vorinstanz habe der Klägerin das Wort "Erfolg" in den Mund gelegt und hänge sie nun daran auf. Die Klägerin habe jedoch an keiner Stelle gesagt, dass die Forderung nur dann ent- stehe, wenn C.\_\_\_\_\_ draussen sei (= Erfolgshonorar). Die Klägerin habe vielmehr die ganze Zeit von Erfolg im Sinne von "Eintritt der Fälligkeit" gesprochen. Die Forderung sei folglich nach Ansicht der Klägerin entstanden und mit der Entlas- sung von C.\_\_\_\_\_ fällig geworden. Zusammenfassend habe die Vorinstanz Bun- desrecht verletzt, indem sie von einem Erfolgshonorar ausgegangen sei. Sollte

- 8 - dennoch von einem Erfolgshonorar ausgegangen werden, so sei der Erfolgsein- tritt zu bejahen. Als C.\_\_\_\_\_ aus den Schweizer Gefängnissen entlassen und in seinem Heimatland auf freien Fuss gesetzt worden sei, sei damit der Erfolg einge- treten. Dass als Erfolg der tatsächliche Prozessgewinn dank der Beschwerde der Klägerin gemeint gewesen sei, könne nicht hergeleitet werden. Der von der Vo- rininstanz angenommene Konnex zwischen Fälligkeit der Forderung und Gewinnen des Falles liege nicht vor (Urk. 42 Rz 4-7). Da nach dem Gesagten kein Erfolgs- honorar vereinbart worden sei, sei die Forderung entstanden. Es frage sich nun, ob die Forderung auch fällig sei. Dazu habe sich die Vorinstanz nicht geäussert, weshalb eine Rückweisung zu erfolgen habe. So oder so sei aber die Fälligkeit aufgrund der Akten zu bejahen. Als C.\_\_\_\_\_ aus dem Gefängnis entlassen wor- den sei, sei damit die Fälligkeit eingetreten. Ab diesem Zeitpunkt sei er auf freiem Fuss gewesen, wenn auch nicht mehr in der Schweiz. Die Fälligkeit der Forde- rung sei jedoch nicht an die Freilassung und den Verbleib in der Schweiz gekop- pelt gewesen (Urk. 42 Rz 8 f.).

### **E. 3.3**

Die Beklagte bringt vor Obergericht im Wesentlichen vor, aus den Akten ge- he deutlich hervor, dass Ansprüche aus dem Auftragsverhältnis nur im Erfolgsfall geltend gemacht würden. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz sei nicht zu bean- standen, wonach von einem Erfolgshonorar auszugehen sei. Weiter bestreitet die Beklagte, dass der vereinbarte Erfolg durch die Ausschaffung von C.\_\_\_\_\_ in den Libanon eingetreten sei. Eine Ausschaffungshaft habe zum Ziel, den Vollzug einer verfügten Ausschaffung sicherzustellen. Nun sei klar, dass es wenig Sinn mache, wenn die Fälligkeit der Forderung ausgerechnet an den Vorgang gebunden wer- de, der mit der Haftbeschwerde eigentlich hätte verhindert werden sollen. Damit sei auch klar, dass weder die Entlassung aus dem

Massnahmenvollzug noch die effektive Ausschaffung in den Libanon bei der Frage der Fälligkeit relevant seien. Es könne sich folglich sinnvollerweise nur um eine Entlassung aus der Ausschaffungshaft selbst gehandelt haben und diese hätte spätestens mit der Ausschaffung gar nicht mehr eintreten können. Unerheblich sei denn auch, ob es sich beim Eintritt des Erfolgs um eine Fälligkeitsabrede handle oder ob die Forderung erst in diesem Moment entstehe (Urk. 51 Rz 7-9).

- 9 -

#### **E. 3.4**

Die Klägerin bestreitet vorliegend nicht, dass die geltend gemachte Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung (Erfolgseintritt) steht. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der aktenkundigen Korrespondenz zwischen den Parteien. So bestätigte die Klägerin mit E-Mail vom 21. Januar 2013, dass sie erst dann Rechnung stellen werde, "wenn C.\_\_\_\_\_ draussen ist" (Urk. 3/5). Sodann hat die Klägerin auf der Rechnung vom 6. Februar 2013 explizit vermerkt, dass die Zahlung erst "[b]ei Erfolg" fällig werde (Urk. 3/3). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Januar 2017 führte die Klägerin zu diesem Thema folgendes aus: "[...] Beim vereinbarten Erfolg handelte es sich um den Austritt aus dem Gefängnis Pöschwies und nicht um die Entlassung aus der Ausschaffungshaft. Der Erfolg ist demzufolge eingetreten." (Prot. I S. 12). Kurz darauf äusserte sich die Klägerin erneut zum angeblichen Erfolgseintritt: "Der Erfolg ist eingetreten, da der Bundesgerichtsentscheid umgesetzt und der Ehemann der Beklagten aus der Sicherheitshaft entlassen wurde, was auch das Ziel gewesen war." (Prot. I S. 13). Nach dem Gesagten ging auch die Klägerin stets von einer erfolgsabhängigen Vergütung aus. Vor Obergericht bringt sie diesbezüglich nun aber vor, dass der Erfolgseintritt lediglich die Fälligkeit der Forderung begründet und nicht deren Entstehung. Inwiefern diese Unterscheidung vorliegend jedoch rechtlich relevant sein soll, ist nicht ersichtlich. Sollte sich in Übereinstimmung mit der Vorinstanz herausstellen, dass der vereinbarte Erfolg nicht eingetreten ist, wäre die Klage auch dann abzuweisen, wenn der Ansicht der Klägerin gefolgt würde. In diesem Fall wäre die Forderung zwar entstanden, jedoch nicht fällig geworden. Wie sich nachfolgend zeigen wird, kann die Frage in casu offenbleiben, ob die Parteien ein eigentliches Erfolgshonorar oder nur eine Fälligkeitsabrede vereinbart haben.

#### **E. 3.5**

Die rechtliche Qualifikation des vorliegenden Vertragsverhältnisses als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR ist nicht zu beanstanden und wird von den Parteien auch nicht gerügt. Der Auftraggeber und der Beauftragte können die Leistung einer Vergütung und/oder das Mass des Entgelts vom Erfolg der Auftragsausführung abhängig machen. Der Vergütungsanspruch gilt in diesem Fall als suspensiv bedingt (BK-Fellmann, Art. 394 OR N 453, m.w.H.; BSK OR I-Weber, Art. 395 N 14; Schmid/Stöckli/Krauskopf, OR BT, 2. Aufl., Zürich 2016, Rz 1896). Da es sich bei der Klägerin nicht um eine Rechtsanwältin handelt, steht einer er-

- 10 -  
folgsabhängigen Vergütung auch nicht Art. 12 lit. e BGFA entgegen, was bereits die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (Urk. 43 S. 5). Vorliegend ist unbestritten, dass zumindest die Fälligkeit der Vergütung von einer Bedingung, d.h. von einem bestimmten Erfolgseintritt abhängig gemacht wurde (vgl. vorstehend E. 3.4). Es stellt sich somit die Frage, wie der angestrebte Erfolg zu bemessen ist und ob dieser tatsächlich eingetreten ist oder nicht. Beweispflichtig für die Honorarab-sprache und den damit verbundenen

Erfolgseintritt ist die Beauftragte, vorliegend also die Klägerin (BSK OR I-Weber, Art. 394 N 41, mit Hinweis auf BGer 4A\_278/2014 vom 18. September 2014, E. 4.1).

### **E. 3.5.1**

Nach Ansicht der Klägerin ist der Erfolg und somit die Fälligkeit der Forderung dann eingetreten, als C.\_\_\_\_\_ aus dem Gefängnis entlassen wurde bzw. als er sich "wo auch immer" auf freiem Fuss befand (Urk. 42 Rz 3 f. und Rz 9; vgl. auch Rz 7: "Als C.\_\_\_\_\_ aus den Schweizer Gefängnissen entlassen und in seinem Heimatland auf freiem Fuss gelassen wurde, trat der Erfolg ein."). Die Fälligkeit der Zahlung sei somit nicht an die Freilassung und den Verbleib in der Schweiz gekoppelt gewesen, so die Klägerin weiter (Urk. 42 Rz 9). Diese Argumentation wirkt konstruiert und macht unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nur wenig Sinn.

### **E. 3.5.2**

Die Beklagte machte in ihrer E-Mail vom 15. Dezember 2012 deutlich, dass sie mit der "Einsprache ans Verwaltungsgericht" die "Aufhebung der Ausschaffung" ihres Ehemannes sowie dessen "Entlassung aus der Haft" beabsichtigte (Urk. 32/7). In diesem Sinne verfasste die Klägerin daraufhin die streitgegenständliche Beschwerdeschrift an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und stellte dabei folgende Anträge (Urk. 3/17 S. 13): "5.1) Vorläufige Aufnahme in der Schweiz ab sofort im Sinne von Art. 83 Abs. 1 AuG (Beilage 31) i.V. mit Art. 84 Abs. 4. (Beilage 32) Dass das Verwaltungsgericht verfügt/anordnet, dass das Bundesamt für Migration (BFM) eine vorläufige Aufnahme sofort, spätestens auf den 9. März 2013 (Ablauf Haftfrist), mit einer Gültigkeitsdauer vom 9. März 2013 an bis andauernd, bis zur Ausstellung der Niederlassungsbewilligung durch das Migrationsamt des Kantons Zürich auszustellen hat. (Art. 84 Abs. 4. (Beilage 32)) - 11 - 5.2) Eine Niederlassungsbewilligung ab sofort im Sinne von Art. 42 Abs. 3 (Beilage 33) Dass das Verwaltungsgericht verfügt/anordnet, dass das Migrationsamt Zürich die Niederlassung für C.\_\_\_\_\_ sofort, spätestens bis zum 31. Dezember 2013 auszustellen hat. 5.3) Dass C.\_\_\_\_\_ am 10. März 2013 auf freiem Fuss zu entlassen ist. Dass ihm bei der Entlassung: - die vorläufige Aufnahme auszuhändigen ist - der abgelaufene B-Ausweis auszuhändigen ist (inkl. AHV-Ausweis, gemäss Verzeichnis der Effekten Beilage 34)" Aus diesen Anträgen – zusammen mit der entsprechenden Begründung – geht eindeutig hervor, dass die Beschwerde darauf abzielte, dem Ehemann der Beklagten den Verbleib in der Schweiz zu ermöglichen. So schrieb die Klägerin in der Beschwerdeschrift, "[e]s wäre unverhältnismässig wenn sie [die Beklagte] in einem ihr fremden Land ihre ganze berufliche Karriere wieder aufbauen müsste." (Urk. 3/17 S. 7). Weiter ist der Beschwerdeschrift zu entnehmen, die Schweiz müsse familiäre Verhältnisse schützen und nicht zerstören, weshalb dem Ehepaar B.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ die Möglichkeit zu geben sei, ihre Ehe "hier in der Schweiz" weiterzuleben (Urk. 3/17 S. 10). Zudem würden die persönlichen Verhältnisse klar gegen eine Ausschaffung sprechen (Urk. 3/17 S. 11). Zusammenfassend hielt die Klägerin schliesslich fest, dass die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung und eine Fernhaltmassnahme im jetzigen Zeitpunkt als unverhältnismässig erscheine (Urk. 3/17 S. 12). Nach dem Gesagten steht fest, dass das Ehepaar B.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_, vertreten durch die Klägerin, mit der Beschwerde vom 11. Januar 2013 erreichen wollte, dass C.\_\_\_\_\_ eine Niederlassungsbewilligung erhält und somit "hier in der Schweiz" verbleiben kann. Dass diese Anliegen im Rahmen einer Haftbeschwerde überhaupt nicht geprüft werden können, sei hier nur nebenbei erwähnt.

Das Verfahren vor dem Haftrichter dient nicht der Überprüfung von Wegweisungsentscheiden. Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens bildet nur die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Ausschaffungshaft, nicht jedoch die Bewilligungs- oder Wegweisungsfrage (BGE 130 II 377 E. 1; BGE 129 I 139 E. 4.3.2). In diesem Sinne waren die ersten beiden von der Klägerin formu-

- 12 - lierten Beschwerdeanträge (Antrag 5.1 und 5.2) von vornherein aussichtslos, was die Klägerin anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung selbst eingestand (Prot. I S. 15 a.E.).

### **E. 3.5.3**

Gemäss vorstehender Erwägung war der Erfolg der Beschwerde – entgegen der Klägerin (Urk. 42 Rz 9) – eben doch an die Freilassung und den Verbleib in der Schweiz gekoppelt. Nicht zu folgen ist somit der Ansicht der Klägerin, wonach der vereinbarte Erfolg mit der Entlassung von C.\_\_\_\_\_ aus den Schweizer Gefängnissen und der Ausschaffung in sein Heimatland eingetreten sei (vgl. Urk. 42 Rz 7 und 9). Wäre tatsächlich die Rückführung in den Libanon das angestrebte Ziel gewesen, hätte überhaupt kein Rechtsmittel gegen die vom Zwangsmassnahmengengericht bewilligte Ausschaffungshaft ergriffen werden müssen. Eine Einwilligung durch den Ehemann der Beklagten hätte diesfalls genügt. Es erscheint geradezu widersprüchlich, wenn die Klägerin behauptet, der Erfolg sei mit der Ausschaffung von C.\_\_\_\_\_ eingetreten, und gleichzeitig mit der von ihr in Rechnung gestellten Beschwerde genau diese Ausschaffung zu verhindern versuchte. In Übereinstimmung mit der Beklagten (Urk. 51 Rz 9) hat die Klägerin mit der Haftbeschwerde also genau das zu verhindern versucht, was sie nun als anspruchsbzw. fälligkeitsbegründenden Erfolg geltend macht.

### **E. 3.6**

Nach dem Gesagten steht fest, dass die von der Beklagten geschuldete Vergütung suspensiv bedingt war und nur bei Eintritt des vereinbarten Erfolgs bezahlt werden musste bzw. fällig wurde. Durch die im April 2013 vollzogene Ausschaffung von C.\_\_\_\_\_ in den Libanon ist der mit der Haftbeschwerde angestrebte Erfolg nicht eingetreten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte kurz nach Einreichung der Beschwerde die Klägerin am 20. Januar 2013 per E-Mail gebeten hat, ihr eine Rechnung auszustellen (Urk. 3/4). Da C.\_\_\_\_\_ nicht wie beabsichtigt aus der Ausschaffungshaft entlassen wurde, ist der aufschiebend bedingte Erfolg nie eingetreten und die entsprechende Rechnung somit nicht fällig geworden. Ebenfalls nicht relevant ist, dass die Klägerin in ihrem Schreiben vom 6. Februar 2013 (Urk. 3/3) die Erfolgchancen der von ihr selbst am 11. Januar 2013 eingereichten Beschwerde relativierte, indem sie anfügte, dass möglicherweise ein weiteres Rechtsmittel auf Bundesebene notwendig sein

- 13 - werde. Wörtlich schrieb die Klägerin: "Ich bin nach wie vor überzeugt, dass unsere Argumentation richtig ist und auf Bundesebene zum Erfolg führt." (Urk. 3/3). Heute ist bekannt und unbestritten, dass weder die kantonale Haftbeschwerde (Urk. 3/17) noch ein allfälliges Rechtsmittel auf Bundesebene den erhofften Erfolg brachte, da C.\_\_\_\_\_ rund drei Monate nach Einreichung der streitgegenständlichen Beschwerdeschrift ausgeschafft wurde.

### **E. 3.7**

Wie bereits erwähnt, war die von der Beklagten geschuldete Vergütung suspensiv bedingt und nur beim Eintritt des vereinbarten Erfolges zu bezahlen. Da der beabsichtigte Erfolg – die Entlassung C.\_\_\_\_\_s aus der Ausschaffungshaft – aber nicht eingetreten ist, führt dies ohne weiteres zur Abweisung der Klage. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### **E. 4**

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 850.– zu bezahlen.

#### **E. 4.1**

Die Klägerin unterliegt vor Obergericht vollständig und wird ausgangsmässig kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'070.– festzusetzen. Die Klägerin ist sodann zu verpflichten, der Beklagten eine Parteienschädigung zu bezahlen. Diese ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 850.– festzusetzen, mangels Antrag ohne Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. Urk. 51 S. 2).

#### **E. 4.2**

Die Klägerin stellt für das vorliegende Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und bringt diesbezüglich vor, sie verfüge nur über ein bescheidenes Einkommen von monatlich Fr. 2'000.–. Dabei handle es sich um eine Erwerbsausfallrente. Steuerrechtliches Einkommen und Vermögen habe sie (praktisch) keines (Urk. 42 Rz 11). Als Beleg für ihre angebliche Mittellosigkeit legt die Klägerin sechs Gutschriftenanzeigen von Überweisungen der ... Versicherung, einen Bankkontoauszug vom Januar 2017, eine Zinsabrechnung der Steuerperiode 2014 sowie einen Kontoauszug der Staats- und Gemeindesteuer 2012 ins Recht (Urk. 45/3).

- 14 -

#### **E. 4.3**

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Gemäss obigen Erwägungen war die Beschwerde der Klägerin aussichtslos. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 4.4**

Lediglich der Vollständigkeit halber ist kurz auf die von der Klägerin geltend gemachte Mittellosigkeit einzugehen: Die um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Person hat ihre finanziellen Verhältnisse umfassend darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten (BGer 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3, m.w.H.; BGer 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3). Die von der Klägerin eingereichten Gutschriftenanzeigen datieren aus dem Jahr 2016 (Urk. 45/3). Aktuelle Belege zu ihrem Einkommen fehlen dagegen. Auch zu ihrer aktuellen

Vermögenssituation sowie zum gegenwärtigen Lebensbedarf reichte die Klägerin keine Belege ein. Kontoauszüge bzw. Zinsabrechnungen der Steuerjahre 2012 und 2014 helfen diesbezüglich nicht weiter. Eine Beurteilung ihrer finanziellen Verhältnisse ist nach dem Gesagten nicht möglich.

#### **E. 4.5**

In Anwendung obiger Ausführungen wäre das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege auch aufgrund der Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht bzw. mangels genügend dargetaner Bedürftigkeit abzuweisen. Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

- 15 - 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'070.– festgesetzt. 3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 56, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 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. 5'125.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 16 - Zürich, 31. Oktober 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Kirchheimer versandt am: sf

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