

# ZH\_OBERGERICHT RT170032 vom 9. Juni 2017

ZH Obergericht, 2017-06-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT170032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT170032)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT170032 du 9 juin 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT RT170032 del 9 giugno 2017

## Erwägungen

### E. 16

Februar 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 56 S. 2) Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 59 S. 2): " 1. Das Urteil vom 2. Februar 2017 sei aufzuheben. 2. Es sei in der Betreuung ... des Betreibungsamts Pfannenstiel (Zahlungsbe- fehl vom 27. Oktober 2015) für den Betrag von CHF 412'500.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 23. Oktober 2015 sowie zuzüglich Zahlungsbefehls- und Zustellungskosten unter Aufhebung des Rechtsvorschlages die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. 3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners."

- 3 - 1.5. Die Gesuchstellerin leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss rechtzeitig (Urk. 64 und 65). Mit Eingabe vom 6. März 2017 nahm der Gesuchsgegner recht- zeitig Stellung zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Be- schwerde (Urk. 59 S. 2) und beantragte dessen Abweisung (Urk. 66 S. 2). Dazu liess sich die Gesuchstellerin am 9. März 2017 vernehmen (Urk. 68). Mit Verfü- gung vom 27. März 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu- erkannt und dem Gesuchsgegner Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort an- gesetzt (Urk. 72). Mit Schreiben vom 31. März 2017 ersuchte der Gesuchsgegner um Abnahme der Frist für die Beschwerdeantwort, Gewährung der unentgeltli- chen Rechtspflege sowie Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ als un- entgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 73). Mit Verfügung vom 4. April 2017 wurde das Gesuch um Abnahme der Frist für die Beschwerdeantwort abgewiesen und dem Gesuchsgegner Frist zur Ergänzung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege angesetzt (Urk. 76). Am 10. April 2017 erstattete der Gesuchsgeg- ner rechtzeitig die Beschwerdeantwort und beantragte die Abweisung der Be- schwerde (Urk. 77). Innert erstreckter Frist ergänzte der Gesuchsgegner sodann sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 78 und 79). Darauf folgten je eine Stellungnahme der Gesuchstellerin (Urk. 82) und des Ge- suchsgegners (Urk. 85). Letztere wurde der Gesuchstellerin nicht zur Kenntnis gebracht, da ihr für die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege des Gesuchsgeg- ners keine Parteistellung zukommt (BGE 139 III 334 E. 4.2 mit Verweis auf BGer 5A\_29/2013 vom 4. April 2013, E. 1.1). 2. 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 (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachver- halts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht in dieser Weise gerügt wird, hat Bestand. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur ergänzenden Begründung anzusetzen, son- dern ist

auf die Beschwerde nicht einzutreten (BGer 5A\_205/2015 vom 22. Okto-

- 4 - ber 2015, E. 5.2). Sodann sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). 3. Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner habe in seiner Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren vom 31. Oktober 2016 bestritten, dass die Gesuchstellerin wie behauptet den Darlehensbetrag auf das Konto von ihm und seiner Ehefrau bei der E.\_\_\_\_\_ überwiesen habe. In der Folge habe es der Gesuchstellerin obliegen, die Überweisung der Darlehenssumme mittels Urkunden liquide zu belegen. Diese habe sich allerdings auf die Behauptung beschränkt, die Darlehenssumme sei dem Gesuchsgegner gutgeschrieben worden, infolge der Ablösung eines Privatkredits des Gesuchsgegners bei der F.\_\_\_\_\_ [Bank] sei jedoch anschliessend das E.\_\_\_\_\_ -Konto des Gesuchsgegners und dessen Ehefrau belastet worden. Weder aus den eingereichten Lohnübersichten der Jahre 2012 und 2015 noch aus den beigebrachten Kontoauszügen für das E.\_\_\_\_\_ -Konto des Gesuchsgegners und dessen Ehefrau gehe explizit eine Auszahlung der Darlehenssumme an den Gesuchsgegner oder dessen Ehefrau für das Darlehen 2011 hervor. Die mutmasslich von der Gesuchstellerin oder der E.\_\_\_\_\_ erstellten Lohnübersichten listeten zwar monatliche Abzüge für einen Vorschuss in unterschiedlicher Höhe auf, welche wohl der Amortisation oder dem Zinsendienst eines Darlehens gedient hätten. Aus diesen Dokumenten gehe aber nicht hervor, dass das Darlehen dem Gesuchsgegner oder dessen Ehefrau ausbezahlt worden sei. Ebenso wenig würden die eingereichten Kontoauszüge die Auszahlung des Darlehens gemäss Darlehensvertrag 2011 nachweisen, da diese lediglich eine Erklärung der Gesuchstellerin über das ihrer Meinung nach bestehende Quantitativ der Schuldpflicht des Gesuchsgegners darstellten. Insgesamt vermöge die Gesuchstellerin mit den von ihr eingereichten Belegen den Nachweis der Auszahlung des Darlehens unter dem Darlehensvertrag 2011 nicht eindeutig zu erbringen. Insbesondere sei nicht auszuschliessen, dass eine Auszahlung bereits unter dem Darlehensvertrag 2010 erfolgt sei. Zu keinem anderen Ergebnis führe die Berücksichtigung des von der Gesuchstellerin verspätet eingereichten Überweisungsbelegs vom 31. Juli 2010 (Urk. 54/1, letzte Seite), welcher zwar die behauptete Zahlung an die F.\_\_\_\_\_ dokumentiere, aber auch darauf schliessen lasse, dass die Aus-

- 5 - zahlung bereits unter dem Darlehensvertrag 2010 erfolgt sei. Sofern die Gesuchstellerin eine Anrechnung der früheren Darlehensauszahlung an den späteren Darlehensvertrag 2011 hätte geltend machen wollen, hätte sie hierfür den Nachweis einer externen Schuldübernahme durch den Gesuchsgegner führen müssen, was sie jedoch nicht getan habe. In der Folge sei das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen (Urk. 60 S. 8 ff.). 4.1. Die Gesuchstellerin rügt, der Gesuchsgegner habe die Darlehensvalutierung in seiner ersten Stellungnahme vom 31. Oktober 2016 ausdrücklich und explizit anerkannt. Er habe bloss bestritten, dass Fr. 450'000.– auf ein Konto zu Gunsten des Gesuchsgegners oder dessen Ehefrau überwiesen worden seien. Die Bestreitung der Überweisung auf ein Konto sei jedoch keine Bestreitung der Valutierung. Erst in seiner zweiten Stellungnahme vom 29. Dezember 2016 und damit verspätet habe er behauptet, die Darlehensvalutierung sei nicht unter dem Darlehensvertrag 2011 erfolgt. Infolgedessen sei sie nicht gehalten gewesen, die Darlehensvalutierung nachzuweisen. Dennoch habe sie diesen Nachweis rechtzeitig in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2016 (Urk. 40 S. 6 f. Rz. 16 ff.) erbracht (Urk. 59 Rz. 34 ff.). Im Rechtsöffnungsgesuch vom 19. November 2016 hatte die Gesuchstellerin behauptet, sie habe den Darlehensbetrag von Fr. 450'000.– vertragsgemäss auf das

Depositenkonto Nr. ... bei der E.\_\_\_\_\_ zugunsten des Gesuchsgegners und dessen Ehefrau überwiesen (Urk. 1 S. 5 Rz. 9). Der Gesuchsgegner hatte daraufhin in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2016 ausgeführt, die Kreditgewährung gemäss Darlehensvertrag 2010 und damit verbunden die Ablösung der bei der F.\_\_\_\_\_ geführten Kredite (Geschäftskredit der Apotheke D.\_\_\_\_\_ und Privatkredit des Gesuchsgegners) sei im Juli 2010 erfolgt. Damit sei widerlegt, dass die Gesuchstellerin wie behauptet den Betrag von Fr. 450'000.– auf ein Konto bei der E.\_\_\_\_\_ zu Gunsten des Gesuchsgegners oder dessen Ehefrau überwiesen habe. Beim Abschluss der beiden Darlehensverträge im Jahr 2011 sei es nie darum gegangen, im Nachgang zu einem längst gewährten bzw. valutierten Darlehen eine persönliche Schuld von ihm zu begründen (Urk. 34 S. 4 f. Rz. 17 ff.). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (Urk. 59 Rz. 34 und Rz. 40) bestritt der Gesuchsgegner somit in seiner ersten Stellungnahme zum Rechtsöff-

- 6 - nungsgesuch nicht bloss die Überweisung von Fr. 450'000.– auf ein Konto zu seinen Gunsten, sondern (mit der Behauptung der Valutierung des Darlehens 2010) auch die Valutierung des Darlehens 2011 (vgl. Urk. 34 S. 4 Rz. 17 mit Verweis auf den Darlehensvertrag 2010 [Urk. 35/3]). Der Vorwurf einer aktenwidrigen Anwendung des Novenrechts erweist sich daher als unbegründet. 4.2. Weiter rügt die Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe die Frage der Valutierung des streitgegenständlichen Darlehens auf die Prüfung der Frage, ob ein eindeutiger Auszahlungsnachweis der Darlehenssumme vorliege, beschränkt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne der Nachweis der Valutierung jedoch auch auf andere Art geführt werden, soweit er sich mit der besonderen Natur des Rechtsöffnungsverfahrens verträge. Insbesondere seien Erklärungen der Parteien zu beachten. Ein Vertrag, welcher die Bedingungen eines Darlehens regelt und gleichzeitig festhalte, dass die Darlehensvaluta bereits übergeben worden sei, enthalte auch die rechtsgeschäftliche Erklärung des Darlehensnehmers, diesen Betrag dem Darlehensgeber zu schulden (mit Verweis auf BGE 131 III 268 = Pra 2006 Nr. 19). Vorliegend liessen die Erklärungen der Parteien keinen anderen Schluss zu, als dass das streitgegenständliche Darlehen valutiert worden sei. Der Darlehensvertrag enthalte in Art. 1 die Formulierung "zahlbar am 30. April 2010" (mit Verweis auf Urk. 3/3). Der Vertrag datiere vom 22. Juni 2011 und sei vom Gesuchsgegner und dessen Ehefrau unterzeichnet. Kein vernünftiger Mensch gehe aber eine bedingungslose persönliche Rückzahlungsverpflichtung ein, obwohl er die vertragsgemäss mehr als ein Jahr zuvor zu leistende Darlehenssumme nicht erhalten habe. Anders könne der Darlehensvertrag vom 22. Juni 2011 in guten Treuen nicht ausgelegt werden (Urk. 59 Rz. 49 ff.). Letzteres Vorbringen erweist sich als unbehelflich, denn die Rückzahlungsverpflichtung des Darlehensnehmers aktualisiert sich erst, wenn das Darlehen valutiert wurde (und überdies zur Rückzahlung fällig ist; BGE 136 III 627 E. 2). Die Formulierung "zahlbar am 30. April 2010" im Darlehensvertrag 2011 (Urk. 3/3 S. 1) konkretisiert sodann einzig die vertragliche Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Hingabe der Darlehensvaluta in zeitlicher Hinsicht. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin lässt sie aber nicht darauf schliessen, dass dieser Pflicht nachge-

- 7 - lebt wurde. Ebenso wenig beinhaltet sie eine Erklärung der Darlehensnehmer, dass das Darlehen valutiert wurde. 4.3.1. Die Gesuchstellerin rügt weiter, die Valutierung des Darlehens 2011 ergebe sich auch aus dem Umstand, dass der Gesuchsgegner Amortisations- und Zinszahlungen aus seinem persönlichen Vermögen geleistet habe, denn kein vernünftiger Mensch leiste solche Zahlungen, wenn er gar kein Darlehen erhalten

habe. Weiter sei die Hingabe der streitgegenständlichen Darlehensvaluta unbestritten erfolgt durch die Ablösung des Kredits des Gesuchsgegners bei der F. \_\_\_\_\_. Schliesslich ergebe sich die Darlehensvalutierung auch aus der ausdrücklichen Anerkennung des Darlehenssaldos infolge der behaupteten Stundung des fälligen Betrags von Fr. 412'500.– (Urk. 34 Rz. 28 f.). Indem die Vorinstanz die Anerkennung des Darlehenssaldos durch den Gesuchsgegner übergehe, welche sich überdies mit den von ihr ins Recht gelegten Kontoauszügen decke, verletze sie Bundesrecht (Urk. 59 Rz. 56 ff.). 4.3.2. Vor Vorinstanz war im Wesentlichen strittig, ob die Gesuchstellerin (mit Mitteln aus dem Darlehen 2011) oder die Apotheke D. \_\_\_\_\_ (mit Mitteln aus dem Darlehen 2010) im Juli 2010 die persönliche Schuld des Gesuchsgegners bei der F. \_\_\_\_\_ abgelöst hatte (vgl. Urk. 60 S. 11 E. 4.7). So führte die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2016 aus, der Gesuchsgegner sei bereits per 30. Juli 2010 persönlicher Schuldner der F. \_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 450'327.95 gewesen, welchen Betrag er nachweislich durch ein persönliches Darlehen der Gesuchstellerin im Rahmen des Darlehensvertrags 2011 abgelöst habe. Die Ausführungen des Gesuchsgegners zum Darlehen 2010 seien irrelevant, da dieses nicht Gegenstand des Verfahrens sei. Es gehe einzig um das von ihr dem Gesuchsgegner persönlich gewährte Darlehen 2011 (Urk. 40 S. 5 Rz. 11 und 14). Der Gesuchsgegner brachte hingegen vor, seine persönliche Schuld bei der F. \_\_\_\_\_ sei von der Apotheke D. \_\_\_\_\_ abgelöst worden, die mit der Gesuchstellerin einen Kreditvertrag über Fr. 1.5 Mio. abgeschlossen habe (Urk. 47 S. 4 Rz. 11 und 15). Gemäss den Darstellungen beider Parteien profitierte somit letztlich der Gesuchsgegner von einem von der Gesuchstellerin gewährten Darlehen, weshalb auf der Hand liegt, dass er auch für die entsprechenden Amortisations-

- 8 - und Zinszahlungen aufkam. Folglich kann aus diesen Zahlungen nicht auf die Valutierung des Darlehens 2011 geschlossen werden. 4.3.3. Hinzu kommt, dass nach der Ablösung der persönlichen Schuld des Gesuchsgegners bei der F. \_\_\_\_\_ die mit dem Jahresabschluss 2010 der Apotheke D. \_\_\_\_\_ befasste Treuhandgesellschaft intervenierte und monierte, "durch die Übernahme der Geschäfts- und Privatschulden durch die A. \_\_\_\_\_ [Gesuchstellerin] wurden die Privatschulden von Dr. B. \_\_\_\_\_ [Gesuchsgegner] ebenfalls in der Bilanz der GmbH erfasst". Per 31. Dezember 2011 verfüge die Gesellschaft gegenüber dem Gesuchsgegner über einen Anspruch aus Darlehen von Fr. 498'980.–. Dieses Darlehen stelle jedoch einen Verstoss gegen Art. 680 OR dar, weshalb man empfehle, das Darlehen wieder wie gehabt privat zu führen (Urk. 34 S. 5 Rz. 19; Urk. 35/7 S. 2). Dafür hätte es indes keinen Anlass gegeben, wenn die Schuld bei der F. \_\_\_\_\_, wie von der Gesuchstellerin behauptet, mit Mitteln aus einem Darlehen der Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner persönlich abgelöst worden wäre. 4.3.4. Schliesslich trifft zu, dass ein Stundungsbegehren oder der Abschluss einer Stundungsvereinbarung eine konkludente Forderungsanerkennung des Schuldners darstellt (Gauch et al., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich 2014, N 3341 und 3343) und dass der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren eine solche Stundungsvereinbarung behauptet hatte (Urk. 34 S. 7 Rz. 28 f.). Allerdings bestritt er zugleich auch mehrfach den Bestand der gegen ihn geltend gemachten Darlehensforderung (Urk. 34 S. 2 Rz. 3, S. 5 f. Rz. 18 ff.), weshalb bereits aus diesem Grund eine Anerkennung der Darlehensforderung fraglich erscheint. Darüber hinaus bestritt die Gesuchstellerin die behauptete Stundungsvereinbarung vollumfänglich (Urk. 40 S. 11 Rz. 36 f.) und geht der Abschluss einer solchen auch nicht aus dem vom Gesuchsgegner zum Beweis angeführten Schreiben der Gesuchstellerin vom 22. Mai 2013

(Urk. 35/15) hervor. Vielmehr wird in diesem Schreiben lediglich im Sinne einer Situationsanalyse festgehalten, dass "[i]m Moment keine Rückzahlungen" geleistet würden (Urk. 35/15 S. 2). Infolgedessen ist vorliegend weder vom Abschluss einer Stundungsvereinbarung noch von einem Stundungsbegehren des Gesuchsgegners

- 9 - (ein solches wurde von keiner Partei behauptet) auszugehen, woraus auf eine Anerkennung der Darlehensschuld durch den Gesuchsgegner geschlossen werden könnte.

4.4. Schliesslich rügt die Gesuchstellerin, die von der Vorinstanz verlangte Schuldübernahme durch den Gesuchsgegner sei entbehrlich bzw. bestehe im Darlehensvertrag 2011. Vom Gesuchsgegner sei zugestanden, dass die Parteien am 22. Juni 2011 den Darlehensvertrag 2010 durch neue Verträge ersetzt hätten, um der in der Praxis tatsächlich gelebten Rechtslage nachzukommen. Es handle sich dogmatisch um Vertragsübernahmen. Die Neuaufsetzung des Vertragswerks zwischen identischen Parteien führe bei im Übrigen unveränderten Voraussetzungen nicht dazu, dass unter dem bisherigen Vertrag erfolgte Leistungen plötzlich als nicht mehr erbracht gälten. Daher gehe die Argumentation fehl, "die Darlehensvaluta unter dem neuen Vertrag von 22. Juni 2011 sei[en] nicht geflossen bzw. ein bestimmter unbestrittener konkreter Geldfluss im Betrag der gemäss nachträglichem Darlehensvertrag genannten Darlehensvaluta habe angeblich einen anderen Darlehensvertrag und somit nicht eine persönliche Schuld betroffen" (Urk. 59 Rz. 66 ff.). Entgegen der Darstellung der Gesuchstellerin (Urk. 59 Rz. 68) hatte der Gesuchsgegner in seiner ersten Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren lediglich ausgeführt, nach der Intervention der mit dem Jahresabschluss 2010 der Apotheke D.\_\_\_\_\_ befassten Treuhandgesellschaft seien neue Darlehensverträge aufgesetzt worden (Urk. 34 S. 5 Rz. 19-21). Erst in der zweiten Stellungnahme vom 29. Dezember 2016 und damit aufgrund der Novenschanke verspätet hatte er ausgeführt, es stehe ausser Frage, dass der Darlehensvertrag 2010 auf seine alleinige Initiative durch die beiden neuen Darlehensverträge vom 22. Juni 2011 "ersetzt" worden sei (Urk. 47 S. 4 Rz. 11). Im Übrigen wurde diese unbelegte Behauptung von der Gesuchstellerin vor Vorinstanz noch bestritten (Urk. 53 S. 7 Rz. 20; vgl. auch Urk. 40 S. 5 f. Rz. 11 und 14) und auch aus diesem Grund von der Vorinstanz zu Recht nicht berücksichtigt. 4.5. Soweit die Gesuchstellerin ohne weitere Begründung rügt, die Vorinstanz habe Urk. 54/1 zu Unrecht nicht als zulässiges Novum berücksichtigt (Urk. 59

- 10 - Rz. 73), setzt sie sich mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 60 S. 10 E. 4.6) nicht auseinander und genügt damit ihrer Rügepflicht nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist. 4.6. Nach dem Gesagten ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Gesuchstellerin vermöge mit den von ihr eingereichten Belegen den Nachweis der Auszahlung des Darlehens unter dem Darlehensvertrag 2011 nicht eindeutig zu erbringen, insbesondere sei nicht auszuschliessen, dass eine Auszahlung bereits unter dem Darlehensvertrag 2010 erfolgt sei, nicht zu beanstanden. 5. Erweist sich auch nur eine der Begründungen eines Entscheids als rechtskonform, ist es der Entscheid selbst (vgl. BGE 133 III 221 E. 7; BGer 5A\_205/2015 vom 22. Oktober 2015, E. 5.2). Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob die zweite materielle Begründung des angefochtenen Urteils zutrifft, wonach das Rechtsöffnungsbegehren auch aufgrund der fehlenden Fälligkeit der Forderung abzuweisen sei (Urk. 60 S. 12 f. E. 4.9 f.). Auf die entsprechende Rüge der Gesuchstellerin (Urk. 59 Rz. 85 ff.) ist daher nicht weiter einzugehen. 6.1. Schliesslich rügt die Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe die Parteientschädigung unrichtig berechnet, weshalb der angefochtene Entscheid auch aus diesem Grund

aufzuheben sei (Urk. 59 Rz. 103 ff.). 6.2. Da die Beschwerdeinstanz bei Spruchreife auch in der Sache neu entscheiden kann (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO), genügt es grundsätzlich nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu verlangen, vielmehr muss auch ein Antrag in der Sache gestellt werden. Ein blosser Aufhebungsantrag kommt nur dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO, Hungerbühler/Bucher, Dike-Komm-ZPO, Art. 321 N 19 i.V.m. Art. 312 N 20). Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb der Antrag der Gesuchstellerin auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils an sich mangelhaft ist. Allerdings ergibt sich aus der Beschwerdebegründung, dass die Gesuchstellerin eine Reduktion der Parteientschädigung von Fr. 9'000.– auf "Fr. 5'950.– bis Fr. 7'933.–" verlangt (Urk. 59 Rz. 107 und 112).

- 11 - 6.3. Auf Geldzahlung gerichtete Rechtsmittelanträge – wie dies auch beim Begehren auf Anpassung der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren der Fall ist – sind zu beziffern (BGE 137 III 617 E. 4.3). Dass Gerichtsgebühren nach kantonalen Tarifen zugesprochen werden (Art. 96 ZPO), entbindet die Parteien zwar von der Stellung bezifferter Begehren für das laufende Verfahren, nicht jedoch von der Stellung bezifferter Begehren für ein bereits abgeschlossenes vorinstanzliches Verfahren. Aus dem Rechtsmittelantrag muss sich genau ergeben, wie der angefochtene Entscheid stattdessen zu lauten hätte. Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3). Daran ändert nichts, dass an die Bestimmtheit des Kosten- und Entschädigungsbegehrens für das laufende Verfahren seit jeher keine grossen Anforderungen gestellt werden. Diese Gepflogenheit lässt sich dadurch rechtfertigen, dass einerseits die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO) und andererseits eine Bezeichnung des Antrags auf Zusprechung einer Parteientschädigung bis unmittelbar vor Verfahrensabschluss kaum je möglich ist. Beanstandet hingegen eine Partei im anschliessenden Rechtsmittelverfahren die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen, so ist es ihr ohne Weiteres zuzumuten, diesbezüglich einen bezifferten und substantiierten Antrag zu stellen (OGer ZH NP160004 vom

## **E. 18**

Oktober 2016, E. V/2). Nach dem Gesagten ist der Antrag der Gesuchstellerin auf Reduktion der Parteientschädigung von Fr. 9'000.– auf "Fr. 5'950.– bis Fr. 7'933.–" nur ungenügend beziffert, weshalb insofern auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. 7. Aufgrund ihres vollständigen Unterliegens wird die Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Entscheidunggebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 2011 Nr. 28) auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.– zuzüglich Fr. 216.– (8% Mehrwertsteuer), mithin Fr. 2'916.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 9, § 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

- 12 - 8.1. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren ersuchte der Gesuchsgegner auch für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Urk. 73). 8.2. Da der Gesuchsgegner im vorliegenden Verfahren nicht kostenpflichtig wird, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. 8.3. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes darf hingegen nicht schon

deshalb als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden, weil der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen wurde. Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit eine Parteientschädigung ohne Weiteres als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähigkeit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO entschädigt wird (BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2 m.w.H.). Vorliegend sind die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin unbekannt, weshalb nicht gesagt werden kann, ihre Solvenz stehe ausser Zweifel. Daher ist das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands materiell zu behandeln. 8.4. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsgehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). 8.5. Der Gesuchsgegner erzielt bei der G.\_\_\_\_\_ GmbH ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'138.– (einschliesslich Anteil 13. Monatslohn, vgl. Urk. 75/1.1.1 S. 2 und Urk. 80/2 S. 3). Hinzu kommen Kinderzulagen in Höhe von Fr. 400.– für die beiden Kinder. Die Ehefrau des Gesuchsgegners erzielt ebenfalls bei der G.\_\_\_\_\_ GmbH ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 1'426.– (einschliesslich Anteil 13. Monatslohn, vgl. Urk. 75/1.1.1 S. 3 und Urk. 80/2 S. 2). Somit stehen zur Deckung der Lebenshaltungskosten der Familie Einkünfte von

- 13 - insgesamt Fr. 7'964.– zur Verfügung. Werden davon nur schon die Grundbeträge gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006 von insgesamt Fr. 2'700.– (Fr. 1'700.– für den Gesuchsgegner und dessen Ehefrau sowie Fr. 600.– für H.\_\_\_\_\_ und Fr. 400.– für I.\_\_\_\_\_), die monatlichen Mietzinskosten in Höhe von Fr. 4'708.– (Urk. 75/1.1.2 S. 2) und die Krankenkassenprämien von Fr. 1'677.80 (Urk. 75/1.1.3) in Abzug gebracht, resultiert bereits ein erhebliches Manko. Die zu dessen Deckung geleisteten Beiträge des Vaters des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 79) dürfen bei der Beurteilung der Mittellosigkeit nicht berücksichtigt werden, denn der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber dem Verwandtenunterstützungsanspruch (Art. 328 Abs. 1 ZGB) nicht subsidiär (Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, S. 80 Rz. 178). Da der Gesuchsgegner sodann mit Ausnahme von Guthaben in der gebundenen Vorsorge (Säule 3a) nicht über Vermögen verfügt (vgl. Urk. 75/1, 75/1.1.5-10 und 75/1.12-14), ist seine Mittellosigkeit ausgewiesen. Sein Prozessstandpunkt war angesichts des Verfahrensausgangs nicht aussichtslos. Ausserdem war er als rechtsunkundige Partei auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Dem Gesuchsgegner ist deshalb für das Berufungsverfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtsvertretung beizugeben. Es wird beschlossen:

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