

# ZH\_OBERGERICHT RT210181 vom 17. Dezember 2021

ZH Obergericht, 2021-12-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT210181](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT210181)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT210181 du 17 décembre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT RT210181 del 17 dicembre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Mit zunächst unbegründetem (Urk. 10) und hernach begründetem Ur- teil vom 13. Juli 2021 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwer- degegnerin (nachfolgend: die Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Be- treibungsamtes Wald-Fischenthal, Zahlungsbefehl vom 29. Juli 2020, provisori- sche Rechtsöffnung für Fr. 2'398.55 (Urk. 14 S. 5 = Urk. 17 S. 5). Grundlage bil- dete der am 10. September 2004 ausgestellte Konkursverlustschein, in welchem der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend: der Gesuchsgegner) die Forderung in Höhe von Fr. 2'398.55 anerkannt hat (Urk. 2/F).

### E. 1.1

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nach Massgabe des Obsiegens bzw. Unterliegens verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr für die Beschwerde gegen den Sachentscheid ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 300.– festzusetzen. Da der Gesuchsgegner vollständig unterliegt, sind ihm die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerle- gen. Die Rüge des Gesuchsgegners bezüglich der Gehörsverletzung ist begrün-

- 10 - det; Gerichtskosten sind in diesem Zusammenhang nicht festzusetzen, da ihm ei- nerseits vor Obergericht zu folgen ist und da andererseits die Beschwerdeinstanz im vorliegenden Fall über das erstinstanzliche Gesuch um unentgeltliche Rechts- pflege befindet und in diesem Verfahren gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit ohnehin keine Kosten erhoben werden.

### E. 1.2

Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzu- sprechen, der Gesuchstellerin – sowie dem Gesuchsgegner betreffend Gehörs- verletzung – mangels relevanter Umtriebe und dem Gesuchsgegner zufolge sei- nes Unterliegens (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Unentgeltliche Rechtspflege

### E. 1.3

Der Gesuchsgegner setzt sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht auseinander, sondern wiederholt im Wesentlichen seinen vor Vorinstanz einge- nommenen Standpunkt, wonach er es versehentlich unterlassen habe, Rechts- vorschlag mangels neuem Vermögen zu erheben (Urk. 9 S. 2; Urk. 16 S. 2). Auf die zentrale Erwägung der Vorinstanz, dass die Einrede fehlenden neuen Vermö- gens im Rechtsvorschlag ausdrücklich zu erklären sei, andernfalls die Einrede verwirkt sei und sich dies nicht im Rechtsöffnungsverfahren korrigieren lasse (Urk. 17 S. 3), geht der Gesuchsgegner nicht ein. Damit kommt er seiner Begrün- dungspflicht nicht nach.

### E. 1.4

Die Beschwerde erweist sich zudem in der Sache ebenfalls als un- begründet. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass die verspätete Einrede verwirkt sei. Dies hält Art. 75 Abs. 2 SchKG unmissverständlich fest. Bereits im Zahlungsbe- fehl wird darauf hingewiesen, dass die Einrede mangelnden neuen Vermögens ausdrücklich in der Begründung des Rechtsvorschlages festzuhalten ist (Urk. 2/G S. 2). Aus welchem Grund die Einrede mangelnden neuen Vermögens nicht er- hoben wird, ist unerheblich, solange die zehntägige Frist nicht gewahrt wird und keine zureichenden Gründe für eine Fristwiederherstellung dargetan werden (vgl. Art. 33 Abs. 4 SchKG). In diesem Fall ist die Einrede verwirkt und nicht mehr zu hören. Die Frist kann – wie die Vorinstanz zu Recht festhält – auch nicht dadurch gewahrt werden, indem die Einrede vor dem Rechtsöffnungsgericht er- hoben wird.

### **E. 1.5**

Die Einrede fehlenden neuen Vermögens ist ferner in jeder Betreibung erneut zu erheben (BSK SchKG-Huber/Sogo, Art. 265a N 6 m.w.H.). Der Einwand des Gesuchsgegners, er habe dies in der Vergangenheit stets kundgetan (Urk. 16 S. 2), erweist sich damit als unbehelflich. Auch ist unerheblich, dass die Gesuch- stellerin nach Ausstellung des Zahlungsbefehls am 29. Juli 2020 erst knapp ein Jahr später mit Eingabe vom 8. Juni 2021 die provisorische Rechtsöffnung ver- langte (Urk. 1; Urk. 2G). Das Gesetz sieht in Art. 82 SchKG keine Frist vor, innert welcher der Gläubiger Rechtsöffnung verlangen muss. Eine (Jahres-)Frist be- stimmt Art. 88 Abs. 2 SchKG, gemäss welchem das Fortsetzungsbegehren innert einem Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls gestellt werden muss. Ist

- 7 - Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht diese Frist zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten Verfahrens aber still und beginnt erst wieder zu laufen, wenn das entsprechende Urteil vollstreckbar ist (BSK SchKG-Sievi, Art. 88 N 22). Dies ist vorliegend nicht der Fall, weshalb die Frist bislang nicht verstrichen ist.

### **E. 1.6**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. 2. Unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren

### **E. 2**

Es sei die Sache zur Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 2.1**

Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als aussichtslos sind Pro- zessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet wer- den können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Ge- winnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese (BGE 133 III 614, E. 5 S. 616 m.w.H.; BGer 4A\_286/2011 vom 30. August 2011, E. 2).

#### **E. 2.2**

Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen und von der Rechtsmittelinstanz neu zu beurteilen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Die ansprechende Partei hat in ihrer Rechtsmittelschrift neben der Mittello- sigkeit insbesondere mit Blick auf das vorinstanzliche Urteil darzutun, dass die Rechtsbegehren des Rechtsmittelverfahrens nicht aussichtslos erscheinen. Wird dem erstinstanzlichen Urteil nichts Substanzielles entgegengesetzt, besteht die Gefahr, dass das Rechtsmittel als aussichtslos beurteilt wird (BGer 4A\_170/2011 vom 17. Mai 2011, E. 3.1.). Dass der angefochtene Entscheid oder das vorinstanzliche Verfahren an einem Mangel leidet, genügt für die Bejahung der Erfolgsaussichten nicht. Entscheidend ist allein, ob das Rechtsmittel voraussichtlich gutgeheissen werden muss (BGer 5A\_373/2008 vom 7. Juli 2008, E. 2.2).

- 11 -

### **E. 2.3**

Wie die vorherigen Ausführungen aufzeigen, erweist sich die Beschwerde als offensichtlich aussichtslos, da die Frist gemäss Art. 75 Abs. 2 SchKG unbestrittenermassen nicht gewahrt wurde (E. III.1.3. ff.). Dem setzt der Gesuchsgegner in seiner Beschwerdeschrift denn auch nichts Wesentliches entgegen. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist daher abzuweisen. Es wird beschlossen:

### **E. 2.4**

Indem die Vorinstanz nicht über das Gesuch des Gesuchgegners um unentgeltliche Rechtspflege entschieden hat, verletzte sie dessen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dies hat aber keine Auswirkungen auf den Ausgang des Verfahrens in der Sache, da sich die Gehörsverletzung "nur" auf einen prozessualen Antrag und damit eine klar abtrennbare Teilfrage des vorinstanzlichen Verfahrens bezieht, die keinen Einfluss auf die materielle Würdigung hat. Dies gilt umso mehr, als es sich beim Verfahren vor erster Instanz, in welchem über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden wird, um ein vom Hauptverfahren separates Verfahren handelt (siehe Art. 119 Abs. 3 ZPO). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers würde die Gutheissung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege daher nicht zur Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs führen: Selbst wenn der Gesuchsgegner als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO zu betrachten wäre, entbände ihn dies nämlich nicht von der Pflicht, innert der zehntägigen Frist gemäss Art. 75 Abs. 2 SchKG ausdrücklich zu erklären, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist (siehe E. III.1.4.). Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden sodann festgehalten, dass auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck darstelle. Ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs bestehe dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides, wenn nicht bestritten sei, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führe. Für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs werde deshalb grundsätzlich vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angebe, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. BGer 5A\_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3 und 4A\_122/2021 vom 14. September 2021, E. 3.4.1.).

## **E. 2.5**

Daher ist vorliegend davon abzusehen, die Sache zur Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege an die Vorinstanz zurückzuweisen. Wie aufgezeigt wurde (E. III.1.4. ff.), erweisen sich sowohl die Klage als auch das Rechtsmittel in der Sache aufgrund der verpassten Frist als aussichtslos. Die fehlende Aussichtslosigkeit stellt eine Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege dar und ist grundsätzlich von jeder Instanz für das jeweilige Verfahren gesondert zu prüfen (siehe zu den Voraussetzungen im Einzelnen E. IV.2.1.f.). Die Ausgangslage präsentiert sich indes im vorliegenden Fall für die erste wie auch die zweite Instanz im Wesentlichen gleich, da in Bezug auf die Aussichtslosigkeit vor allem die unbestrittene Tatsache zu würdigen ist, dass der Gesuchsgegner die Frist gemäss Art. 75 Abs. SchKG verpasst hat. Eine Rückweisung an die Vorinstanz stellt damit eine zu vermeidende unnötige Verzögerung dar und es ist ausnahmsweise trotz Verletzung des rechtlichen Gehörs davon abzusehen. Daher und da sich die Sache als spruchreif erweist, drängt es sich auf, im Beschwerdeverfahren über das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren zu entscheiden und dieses wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen.

### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren**

#### **1. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

## **E. 3**

Es sei dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

## **E. 4**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–15). Die Sache erweist sich als spruchreif.

- 3 - II. Prozessuales 1. Prozessuale Vorbemerkungen Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Beschwerde mittels Verweisungen auf konkrete Stellen konkret dargelegt werden muss, was genau am erstinstanzlichen Entscheid unrichtig sein soll. Pauschale Verweisungen auf Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren oder eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage ohne Bezug zu den vorinstanzlichen Erwägungen genügen nicht. Die Beschwerde muss sich (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz konkret und im Einzelnen auseinandersetzen. Was nicht in einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand (BGE 138 III 374 = Pra 102 [2013] Nr. 4, E. 4.3.1; BGE 142 III 413, E. 2.2.4; BGer 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.2.2 m.w.H.).

#### **2. Auslegung der Begehren**

## **E. 8**

Juli 2021 gestellt hatte (Urk. 9 S. 1).