

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 9. Juni 2017

in Sachen

A. _____ SA,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 2. Februar 2017 (EB150451-G)

Erwägungen:

1.1. Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gesuchsgegnerin) und deren Ehemann, Dr. C._____, führten die frühere Apotheke D.____ GmbH (Konkurseröffnung am 24. November 2015, fortan: Apotheke D.____). Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan: Gesuchstellerin), eine Tochterunternehmung der E.____ (fortan: E.____), gewährte der Apotheke D.____ mit Vertrag vom 29. Januar 2010 ein Darlehen über Fr. 1.5 Mio. (Urk. 33/3, fortan: Darlehen 2010). Am 22. Juni 2011 schloss die Gesuchstellerin zwei weitere Darlehensverträge ab, den ersten wiederum mit der Apotheke D.____ über den Betrag von Fr. 1.05 Mio. (Urk. 35/10), den zweiten mit der Gesuchsgegnerin und deren Ehemann über den Betrag von Fr. 0.45 Mio. (Urk. 3/3 = Urk. 33/9, fortan: Darlehen 2011).

1.2. Mit Zahlungsbefehl vom 27. Oktober 2015 betrieb die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin für die Darlehensforderung aus dem Darlehensvertrag 2011 im Umfang von Fr. 412'500.– zuzüglich 5% Zins, wogegen die Gesuchsgegnerin Rechtsvorschlag erhob (Urk. 2).

1.3. Mit Urteil vom 2. Februar 2017 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren vom 19. November 2015 (Urk. 1) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin ab (Urk. 54 = Urk. 59).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 16. Februar 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 55 S. 1) Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 58 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 2. Februar 2017 sei aufzuheben.
2. Es sei in der Betreuung ... des Betreibungsamts Pfannenstiel (Zahlungsbefehl 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 der Beschwerdegegnerin."

1.5. Die Gesuchstellerin leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss rechtzeitig (Urk. 63 und 64). Mit Eingabe vom 6. März 2017 nahm die Gesuchsgegnerin rechtzeitig Stellung zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Urk. 58 S. 2) und beantragte dessen Abweisung (Urk. 65 S. 2). Dazu liess sich die Gesuchstellerin am 9. März 2017 vernehmen (Urk. 67). Mit Verfügung vom 27. März 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 71). Mit Schreiben vom 31. März 2017 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Abnahme der Frist für die Beschwerdeantwort, Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 72). Mit Verfügung vom 4. April 2017 wurde das Gesuch um Abnahme der Frist für die Beschwerdeantwort abgewiesen und der Gesuchsgegnerin Frist zur Ergänzung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege angesetzt (Urk. 75). Am 10. April 2017 erstattete die Gesuchsgegnerin rechtzeitig die Beschwerdeantwort und beantragte die Abweisung der Beschwerde (Urk. 76). Innert erstreckter Frist ergänzte die Gesuchsgegnerin sodann ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 77 und 78). darauf folgten je eine Stellungnahme der Gesuchstellerin (Urk. 81) und der Gesuchsgegnerin (Urk. 84). Letztere wurde der Gesuchstellerin nicht zur Kenntnis gebracht, da ihr für die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege der Gesuchsgegnerin 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 Sachverhalts) 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, sondern ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (BGer 5A_205/2015 vom 22. Oktober 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, die Gesuchsgegnerin habe in ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren vom 31. Oktober 2016 bestritten, dass die Gesuchstellerin wie behauptet den Darlehensbetrag auf das Konto von ihr und ihrem Ehemann 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 Ehemann der Gesuchsgegnerin gutgeschrieben worden, infolge der Ablösung eines Privatkredits des Ehemanns der Gesuchsgegnerin bei der F._____ [Bank] sei jedoch anschliessend das E._____ -Konto der Gesuchsgegnerin und deren Ehemanns belastet worden. Weder aus den eingereichten Lohnübersichten der Jahre 2012 und 2015 noch aus den beigebrachten Kontoauszügen für das E._____ -Konto der Gesuchsgegnerin und deren Ehemanns gehe explizit eine Auszahlung der Darlehenssumme an die Gesuchsgegnerin oder deren Ehemann 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 der Gesuchsgegnerin oder deren Ehemann 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 der Gesuchsgegnerin 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. 53/1, letzte Seite), welcher zwar die behauptete Zahlung an die F._____ dokumentiere, aber auch darauf schliessen lasse, dass die Auszahlung 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 die Gesuchsgegnerin führen müssen, was sie jedoch nicht getan habe. In der Folge sei das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen (Urk. 54 S. 8 ff.).

4.1. Die Gesuchstellerin rügt, die Gesuchsgegnerin habe die Darlehensvalutierung in ihrer ersten Stellungnahme vom 31. Oktober 2016 ausdrücklich und explizit anerkannt. Sie habe bloss bestritten, dass Fr. 450'000.– auf ein Konto zu Gunsten der Gesuchsgegnerin oder deren Ehemanns überwiesen worden seien. Die Bestreitung der Überweisung auf ein Konto sei jedoch keine Bestreitung der Valutierung. Erst in ihrer zweiten Stellungnahme vom 29. Dezember 2016 und damit verspätet habe sie 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. 38 S. 6 f. Rz. 16 ff.) erbracht (Urk. 58 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 der Gesuchsgegnerin und deren Ehemanns überwiesen (Urk. 1 S. 5 Rz. 9). Die Gesuchsgegnerin hatte daraufhin in ihrer 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 ihres Ehemanns) 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 der Gesuchsgegnerin oder deren Ehemanns 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 ihr zu begründen (Urk. 32 S. 4 f. Rz. 17 ff.). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (Urk. 58 Rz. 34 und Rz. 40) bestritt die Gesuchsgegnerin somit in ihrer ersten Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch nicht bloss die Überweisung von Fr. 450'000.– auf ein Konto zu ihren Gunsten, sondern (mit der Behauptung der Valutierung des Darlehens 2010) auch die

Valutierung des Darlehens 2011 (vgl. Urk. 32 S. 4 Rz. 17 mit Verweis auf den Darlehensvertrag 2010 [Urk. 33/3]). 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 verträglich sei. Insbesondere seien Erklärungen der Parteien zu beachten. Ein Vertrag, welcher die Bedingungen eines Darlehens regle 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 von der Gesuchsgegnerin und deren Ehemann 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. 58 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 nachgelebt 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 Ehemann der Gesuchsgegnerin 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 Ehemanns der Gesuchsgegnerin 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. 32 Rz. 28 f.). Indem die Vorinstanz die Anerkennung des Darlehenssaldos durch die Gesuchsgegnerin übergehe, welche sich überdies mit den von ihr ins Recht gelegten Kontoauszügen decke, verletze sie Bundesrecht (Urk. 58 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 Ehemanns der Gesuchsgegnerin bei der F._____ abgelöst hatte (vgl. Urk. 59 S. 11 E. 4.7). So führte die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2016 aus, der Ehemann der Gesuchsgegnerin 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 Ehemanns der Gesuchsgegnerin zum Darlehen 2010 seien irrelevant, da dieses nicht Gegenstand des Verfahrens sei. Es gehe einzig um das von ihr dem Ehemann der Gesuchsgegnerin persönlich gewährte Darlehen 2011 (Urk. 38 S. 5 Rz. 11 und 14). Die Gesuchsgegnerin brachte dagegen vor, es sei unklar, auf welche Ausführungen des Ehemanns der Gesuchsgegnerin sich die Gesuchstellerin überhaupt beziehe. Durch die Akten sei jedenfalls klar belegt, dass die Umschuldung bzw. Ablösung des Kredits bei der F._____ aufgrund des Darlehensvertrags 2010 unter vollständiger Befreiung ihres Ehemanns und ohne Begründung einer persönlichen Schuld von ihr erfolgt sei (Urk. 47 S. 3 f. Rz. 11 und 15). Gemäss den Darstellungen beider Parteien profitierte somit letztlich der Ehemann der Gesuchsgegnerin von einem von der Gesuchstellerin gewährten Darlehen, weshalb auf der Hand liegt, dass er auch für die entsprechenden Amortisations- und Zinszahlungen auf-

kam. 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 Ehemanns der Gesuchsgegnerin 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. C._____ [Ehemann der Gesuchsgegnerin] ebenfalls in der Bilanz der GmbH erfasst". Per 31. Dezember 2011 verfüge die Gesellschaft gegenüber dem Ehemann der Gesuchsgegnerin 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. 32 S. 5 Rz. 19; Urk. 33/7 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 Ehemann der Gesuchsgegnerin 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 die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren eine solche Stundungsvereinbarung behauptet hatte (Urk. 32 S. 7 Rz. 28 f.). Allerdings bestritt sie zugleich auch mehrfach den Bestand der gegen sie geltend gemachten Darlehensforderung (Urk. 32 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. 38 S. 11 Rz. 36 f.) und geht der Abschluss einer solchen auch nicht aus dem von der Gesuchsgegnerin zum Beweis angeführten Schreiben der Gesuchstellerin vom 22. Mai 2013 (Urk. 33/15) hervor. Vielmehr wird in diesem Schreiben lediglich im Sinne einer Situationsanalyse festgehalten, dass "[i]m Moment keine Rückzahlungen" geleistet würden (Urk. 33/15 S. 2). Infolgedessen ist vorliegend weder vom Abschluss einer Stundungsvereinbarung noch von einem Stundungsbegehren der Gesuchsgegnerin

(ein solches wurde von keiner Partei behauptet) auszugehen, woraus auf eine Anerkennung der Darlehensschuld durch die Gesuchsgegnerin geschlossen werden könnte.

4.4. Schliesslich rügt die Gesuchstellerin, die von der Vorinstanz verlangte Schuldübernahme durch die Gesuchsgegnerin sei entbehrlich bzw. bestehe im Darlehensvertrag 2011. Von der Gesuchsgegnerin 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. 58 Rz. 66 ff.).

Entgegen der Darstellung der Gesuchstellerin (Urk. 58 Rz. 68) hatte die Gesuchsgegnerin in ihrer 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. 32 S. 5 Rz. 19-21). Erst in der zweiten Stellungnahme vom 29. Dezember 2016 und damit aufgrund der Novenschranke verspätet hatte sie ausgeführt, es stehe ausser Frage, dass der Darlehensvertrag 2010 auf die alleinige Initiative ihres Ehemanns durch die beiden neuen Darlehensverträge vom 22. Juni 2011 "ersetzt" worden sei (Urk. 47 S. 4 Rz. 14). Im Übrigen wurde diese unbelegte Behauptung von der Gesuchstellerin vor Vorinstanz noch bestritten (Urk. 52 S. 7 Rz. 22; vgl. auch Urk. 38 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. 53/1 zu Unrecht nicht als zulässiges Novum berücksichtigt (Urk. 58 Rz. 73), setzt sie sich mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz

(Urk. 59 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. 59 S. 12 f. E. 4.9 f.). Auf die entsprechende Rüge der Gesuchstellerin (Urk. 58 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. 58 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. 2'975.– bis Fr. 3'967.–" verlangt (Urk. 58 Rz. 112).

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 Bezifferung des Antrags auf Zusprechung einer Parteienschädigung 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 18. Oktober 2016, E. V/2*). Nach dem Gesagten ist der Antrag der Gesuchstellerin auf Reduktion der Parteienschädigung von Fr. 9'000.– auf "Fr. 2'975.– bis Fr. 3'967.–" 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 Entscheidgebühr 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, der Gesuchsgegnerin eine Parteienschädigung 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).

8.1. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren ersuchte die Gesuchsgegnerin auch für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Urk. 72).

8.2. Da die Gesuchsgegnerin im vorliegenden Verfahren nicht kostenpflichtig wird, ist ihr 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 Rechtsbegehren 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. Die Gesuchsgegnerin erzielt bei der G._____ GmbH ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 1'426.– (einschliesslich Anteil 13. Monatslohn, vgl. Urk. 74/1.1.1 S. 3 und Urk. 79/2 S. 2). Ihr Ehemann erzielt ebenfalls bei der G._____ GmbH ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'138.– (einschliesslich Anteil 13. Monatslohn, vgl. Urk. 74/1.1.1 S. 2 und Urk. 79/2 S. 3). Hinzu kommen Kinderzulagen in Höhe von Fr. 400.– für die beiden Kinder. Somit stehen zur Deckung der Lebenshaltungskosten der Familie Einkünfte von 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 die Gesuchsgegnerin und deren Ehemann sowie Fr. 600.– für H._____ und Fr. 400.– für I._____), die monatlichen Mietzins-

kosten in Höhe von Fr. 4'708.– (Urk. 74/1.1.2 S. 2) und die Krankenkassenprämien von Fr. 1'677.80 (Urk. 74/1.1.3) in Abzug gebracht, resultiert bereits ein erhebliches Manko. Die zu dessen Deckung geleisteten Beiträge des Schwiegervaters der Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 78) 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 die Gesuchsgegnerin sodann mit Ausnahme von Guthaben in der gebundenen Vorsorge (Säule 3a) nicht über Vermögen verfügt (vgl. Urk. 74/1, 74/1.1.5-10 und 74/1.12-14), ist ihre Mittellosigkeit ausgewiesen. Ihr Prozesstandpunkt war angesichts des Verfahrensausgangs nicht aussichtslos. Ausserdem war sie als rechtsunkundige Partei auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Der Gesuchsgegnerin ist deshalb für das Berufungsverfahren die von ihr beantragte unentgeltliche Rechtsvertretung beizugeben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Der Gesuchsgegnerin wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'916.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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. 412'500.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Juni 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
bz