

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170100-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 23. August 2017

in Sachen

A. _____, Dr.,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 22. Mai 2017 (EB170017-G)

Erwägungen:

1.1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gesuchstellerin) ist eine Genossenschaft, deren Zweck darin besteht, für ihre Mitglieder administrative und buchhalterische Leistungen zu erbringen. Insbesondere ermöglicht die Gesuchstellerin ihren Mitgliedern, für diese die Abrechnung und Buchhaltung über verkaufte Medikamente sowie die Abwicklung der Rückerstattung der Kaufpreise durch Krankenkassen zu übernehmen (Urk. 1 S. 4, Urk. 17 S. 3). Der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan: Gesuchsgegner) und dessen Ehefrau führten die frühere Apotheke C._____ GmbH (Konkurseröffnung am 24. November 2015 [vgl. Urk. 3/2], fortan: Apotheke C._____).

1.2. Zwischen der Apotheke C._____ und der Gesuchstellerin bestanden verschiedene Rechtsverhältnisse. Unter anderem liess die Apotheke C._____ die Abrechnung und Buchhaltung über verkaufte Medikamente sowie die Rückerstattung durch Krankenkassen über die Gesuchstellerin abwickeln. Zu diesem Zweck führte die Gesuchstellerin diverse Konten für die Apotheke C._____ (Urk. 1 S. 5, Urk. 17 S. 3). Zur Sicherung der Forderungen aus diesem Kontokorrentverhältnis trat die Apotheke C._____ der Gesuchstellerin sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen gegenüber Krankenkassen aus Verkäufen von verschreibungspflichtigen Medikamenten ab (Urk. 19/4). Mit öffentlich beurkundeter Erklärung vom 29. Oktober 2012 verpflichteten sich der Gesuchsgegner und dessen Ehefrau als Solidarbürgen, die Rückzahlung von Forderungen der Gesuchstellerin gegenüber der Apotheke C._____ bis zu einem Maximalbetrag von Fr. 800'000.– zu garantieren (Urk. 3/8).

1.3. Mit Zahlungsbefehl vom 13. Januar 2016 betrieb die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner gestützt auf die Solidarbürgschaft vom 29. Oktober 2012 auf Fr. 800'000.–, wogegen der Gesuchsgegner Rechtsvorschlag erhob (Urk. 2). Mit Urteil vom 22. Mai 2017 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung für Fr. 800'000.– sowie für die Betreuungskosten und die Parteientschädigung gemäss Dispositiv-Ziff. 5 des Urteils (Urk. 31 = Urk. 34).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 6. Juni 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 32/1) Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 33 S. 2):

- "1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Meilen vom 22. Mai 2017 sei aufzuheben und das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1, Betreibungsamt Pfannenstil, Zahlungsbefehl vom 13. Januar 2016, abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Ausserdem ersuchte der Gesuchsgegner darum, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sowie einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 33 S. 2).

1.5. Mit Verfügung vom 7. Juni 2017 wurde das Gesuch des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 36). Am 26. Juni 2017 erstattete die Gesuchstellerin innert angesetzter Frist die Beschwerdeantwort und beantragte die Abweisung der Beschwerde (Urk. 39). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

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. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3. Die Vorinstanz erwog, gestützt auf einen Bürgschaftsvertrag werde Rechtsöffnung erteilt, wenn die Hauptschuld und die Voraussetzungen für das Vorgehen gegen den Bürgen feststünden. Nach herrschender Praxis bedürfe es zusätzlich zur schriftlichen oder öffentlich beurkundeten Bürgschaftsverpflichtung einer un-

terschriebenen oder in öffentlicher Urkunde ausgestellten Schuldanerkennung für die Hauptschuld. Diese Schuldanerkennung könne vom Hauptschuldner oder vom Bürgen stammen, sie müsse aber einen tauglichen Rechtsöffnungstitel darstellen (mit Verweis auf BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 134). Vorliegend sei gestützt auf den klaren und eindeutigen Wortlaut der Bürgschaftserklärung (Urk. 3/8) davon auszugehen, dass eine unbedingte Solidarbürgschaft bis zu einem Maximalbetrag von Fr. 800'000.– errichtet worden sei. Aus dem Verzeichnis der Forderungseingaben im Konkurs der Apotheke C._____ (Urk. 3/10) gehe sodann hervor, dass die Apotheke C._____ die von der Gesuchstellerin eingegebenen Forderungen im Umfang von Fr. 1'135'332.23 und Fr. 18'680.75 vorbehaltlos anerkannt habe. Eine (teilweise) Tilgung sei vom Gesuchsgegner weder substantiiert dargetan noch belegt worden, weshalb im Umfang der verbürgten Summe die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen sei (Urk. 34 S. 7 ff.).

4.1. Der Gesuchsgegner rügt, entgegen der Ansicht der Vorinstanz liege keine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG vor. Diese Bestimmung setze voraus, dass der Schuldner – und nicht ein Dritter – die Schuld gegenüber dem Gläubiger anerkannt habe. Bei Bürgschaften sei daher keine provisorische Rechtsöffnung zu gewähren, wenn bloss der Hauptschuldner, nicht aber der Bürge die Schuld gegenüber dem Gläubiger anerkannt habe (Urk. 33 S. 4 f. mit Verweis auf Kellerhals, Verfahrensrechtliche Aspekte bei der Durchsetzung von Personalsicherheiten, in: Wiegand [Hrsg.], Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstagung 1997, S. 137). Diese Frage hat das Bundesgericht indes gegenteilig entschieden, indem es festhielt, in der Betreuung gegen den Solidarbürgen könne dem Betreibenden nur dann provisorische Rechtsöffnung gewährt werden, wenn nebst der Bürgschaftsurkunde eine *Schuldanerkennung des Hauptschuldners* vorliege (BGE 122 III 125 Regeste; vgl. auch Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 184). Es wurde weder schlüssig dargetan noch ist ersichtlich, weshalb von dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuweichen wäre.

4.2.1. Im Eventualstandpunkt rügt der Gesuchsgegner sodann, aufgrund der bestehenden Sicherungsabtretung (Urk. 19/4) habe die Apotheke C._____ im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Eingabeverzeichnis die Höhe und den Bestand

der von der Gesuchstellerin eingegebenen Forderungen gar nicht kennen können. Infolgedessen sei eine wissentliche, willentliche und vorbehaltlose Schuldanererkennung bzw. eine dahingehende Willenserklärung bezüglich dieser Forderungen ausgeschlossen gewesen. Dementsprechend habe das Konkursamt die Forderungen im Kollokationsplan (Urk. 3/3) zu Recht bloss bedingt zugelassen und der Gesuchstellerin beim Abschluss des Konkursverfahrens bloss vorläufige Verlustscheine (Urk. 3/6 und 3/7) ausgestellt (Urk. 33 S. 5).

4.2.2. Gemäss Art. 244 SchKG prüft die Konkursverwaltung die von den Gläubigern des Konkursiten eingegebenen Forderungen und holt über jede Konkurseingabe die Erklärung des Gemeinschuldners ein. Diese Erklärungen sind entweder im Verzeichnis der Forderungseingaben oder in einem besonderen Protokoll zu verurkunden und vom Gemeinschuldner zu unterzeichnen (Art. 55 KOV). Was der Gemeinschuldner nicht ausdrücklich anerkennt, hat als bestritten zu gelten (BSK SchKG-Hierholzer, Art. 244 N 20). Anerkennt er jedoch die Forderung, so ist das Protokoll der Konkursverwaltung hierüber eine Schuldanererkennung, welche zwar nicht zur Rechtsöffnung gegen den Hauptschuldner berechtigt, da dannzumal der Umfang des Verlusts noch nicht feststeht, die sich hingegen der Bürge entgegenhalten lassen muss, da er vorweg und unabhängig von der Höhe des Konkursverlusts in Anspruch genommen werden kann (BSK SchKG-Staehelin, Art. 82 N 134). In seiner im Verzeichnis der Forderungseingaben im Konkurs der Apotheke C._____ festgehaltenen Stellungnahme vom 5. Juli 2016 hat der Gesuchsgegner als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer und Gesellschafter der Apotheke C._____ (vgl. Urk. 3/2) zwar diverse Forderungen bestritten und zu einzelnen Forderungen keine Stellung genommen, im Übrigen aber die angemeldeten Forderungen, darunter auch diejenigen der Gesuchstellerin, im Umfang, Rang und Bestand ausdrücklich anerkannt (vgl. Urk. 3/10 S. 7, 8 und 11). Angesichts dessen scheint wenig glaubhaft, wenn der Gesuchsgegner ausführt, er habe (als Geschäftsführer der Apotheke C._____) die Höhe der von der Gesuchstellerin eingegebenen Forderungen zwar nicht gekannt, sie aber dennoch anerkannt, obwohl kein Grund ersichtlich ist, weshalb er diesfalls nicht auch bezüglich dieser Positionen auf eine Stellungnahme verzichtete. Aber selbst wenn der Gesuchsgegner wie behauptet die Höhe der von der Gesuchstellerin eingegebenen Forde-

rung nicht beurteilen konnte, wäre dies ohne Belang, denn bewusste Unkenntnis schliesst einen Willensmangel aus (Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014, N 763). Damit erweist sich die Rüge, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG ausgegangen, als unbegründet.

4.3. Weiter wirft der Gesuchsgegner der Vorinstanz vor, sie habe Art. 55 Abs. 1 ZPO und Art. 8 ZGB verletzt. Wenn wie im vorliegenden Fall die Höhe der Forderung in der Schuldanerkennung nicht beziffert sei bzw. betragsmässig nicht klar ausgewiesen sei, obliege es dem Gläubiger, zunächst Bestand und Höhe der angeblichen Schuld zum Zeitpunkt seines Rechtsöffnungsgesuchs zu behaupten. Die Gesuchstellerin habe hierzu jedoch keine Tatsachenbehauptungen aufgestellt und sei daher ihrer Behauptungslast nicht nachgekommen. Dennoch habe die Vorinstanz der Gesuchstellerin Rechtsöffnung erteilt (Urk. 33 S. 6). Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners sind die von ihm anerkannten Forderungen der Gesuchstellerin im Verzeichnis der Forderungseingaben im Konkurs der Apotheke C._____ ausreichend beziffert (vgl. Urk. 3/10 S. 7-8). Im Übrigen genügt der Gläubiger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast bereits dann, wenn er dem Rechtsöffnungsrichter eine Schuldanerkennung oder mehrere Urkunden vorlegt, die zusammen die Qualität einer Schuldanerkennung haben (Müller/Vock, Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im Rechtsöffnungsverfahren, in: ZZZ 38/2016 S. 130 ff., S. 135). Die Rüge einer Verletzung von Art. 55 Abs. 1 ZPO und Art. 8 ZGB erweist sich daher als unbegründet.

4.4.1. Im Bürgschaftsvertrag vom 29. Oktober 2012 hielten die Bürgen fest, die Bürgschaft sei gültig, "solange der Pfandkredit besteht, auch im Falle, dass das Darlehen zeitlich verringert oder nicht verwertet wird" (Urk. 3/8 S. 2). Der Gesuchsgegner brachte vor Vorinstanz dazu vor, man habe vereinbart, die Bürgschaft solle nur dann Bestand haben, wenn die Apotheke C._____ der Gesuchstellerin ihre anderweitigen, d.h. die nicht bereits von der Sicherungsabtretung vom 5. Dezember 2007 (Urk. 19/4) erfassten Forderungen nach Art. 899 ZGB verpfände. Zu dieser angedachten Forderungsverpfändung sei es jedoch nicht gekommen, weshalb die Bürgschaft keine Gültigkeit erlangt habe (Urk. 17 S. 5).

Die Vorinstanz qualifizierte dieses Vorbringen als Schutzbehauptung, denn der Bürgschaftserklärung liessen sich keine Hinweise auf zusätzliche Sicherheiten entnehmen. Es sei dementsprechend auch unklar, weshalb und wie die Apotheke C._____ weitere Pfänder hätte bestellen können und müssen. Vielmehr sei davon auszugehen, dass mit dem Wort "Pfandkredit" auf die vorbestehende und zwischenzeitlich nie aufgelöste Sicherungsübereignung der Forderungen gegen die Krankenkassen Bezug genommen worden sei (Urk. 34 S. 11 f.).

4.4.2. Der Gesuchsgegner wirft der Vorinstanz diesbezüglich Willkür vor. So habe er vor Vorinstanz glaubhaft dargetan, er sei bloss eine bedingte Bürgschaft eingegangen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei Sinn und Zweck der Bedingung in Ziffer 9 der Bürgschaftserklärung gewesen, die Haftung der Bürgen einzugrenzen. Im Falle eines Konkurses der Apotheke C._____ wäre die Gesuchstellerin nicht nur durch die Sicherungsabtretung, sondern überdies durch die Forderungsverpfändung privilegiert worden, was letztlich die verbürgte Hauptschuld und damit sein Haftungsrisiko reduziert hätte. Nicht nachvollziehbar sei sodann die Begründung der Vorinstanz, es fehle an einem Hinweis auf eine weitere Sicherheit. Falls der Wortlaut unklar sei, müsse die Gesuchstellerin sich dies nach dem Grundsatz in dubio contra stipulatorem entgegenhalten lassen. Schliesslich habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen, dass die Gesuchstellerin sich erst verspätet zum Eintritt dieser Bedingung geäussert habe (Urk. 33 S. 6 f.).

4.4.3. Bei der in Ziffer 9 der Bürgschaftserklärung vom 29. Oktober 2012 enthaltenen Bedingung, wonach die Bürgschaft gültig ist, "solange der Pfandkredit besteht, auch im Falle, dass das Darlehen zeitlich verringert oder nicht verwertet wird" (Urk. 3/8 S. 2), handelt es sich dem Wortlaut nach ("solange") um eine Resolutivbedingung. Dagegen lässt sich dem Wortlaut der Bürgschaftserklärung – entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners – nicht entnehmen, dass die Bürgschaft von einer erst noch zu erfolgenden Bestellung weiterer Sicherheiten abhängig gemacht worden wäre (so bereits die Vorinstanz, Urk. 34 S. 9 und 12). Diesbezüglich bleibt es daher bei der blossen Behauptung des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 17 S. 5), welche zur Glaubhaftmachung seines Einwands indes nicht ausreicht. In der Folge ist nur von einer Resolutiv-, nicht aber von einer Suspen-

sivbedingung auszugehen, weshalb sich die Gesuchstellerin in ihrem Rechtsöffnungsgesuch bezüglich Bedingungseintritt nicht äussern musste (vgl. Stücheli, a.a.O., S. 203).

4.4.4. Schliesslich hält der Gesuchsgegner der Vorinstanz vor, ihre Mutmassungen fänden in den Vorbringen der Gesuchstellerin keine Stütze, denn diese habe nicht bestritten, dass die Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung an den Bestand einer pfandgesicherten Hauptforderung geknüpft gewesen sei. Vielmehr habe sie bloss geltend gemacht, diese Pfandbestellung sei tatsächlich erfolgt, womit auch die Bedingung für die Wirksamkeit der Bürgschaft eingetreten sei (Urk. 33 S. 7 mit Verweis auf Urk. 24 S. 8 f.). Der Gesuchsgegner wiederholt damit allerdings bloss seinen bereits vor Vorinstanz in der Stellungnahme vom 11. Mai 2017 vorgebrachten Standpunkt, wonach die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 3. April 2017 eine in der Bürgschaftserklärung enthaltene Suspensivbedingung anerkannt habe (vgl. Urk. 29 S. 5). Diesbezüglich erwog die Vorinstanz, eine Suspensivbedingung im Sinne der Ausführungen des Gesuchsgegners habe die Gesuchstellerin nicht anerkannt. Zwar habe sie mit ihren Ausführungen in der Stellungnahme vom 3. April 2017 offensichtlich den Standpunkt des Gesuchsgegners verkannt. Darin könne jedoch keine Zugabe gesehen werden, denn die Gesuchstellerin habe auch ausgeführt, dass für die Verwertung der Bürgschaft eine anderweitig bestellte Sicherheit gerade keine Rolle spiele. Diese Aussage stehe im Widerspruch zur Darstellung des Gesuchsgegners, dass die Errichtung einer solchen anderweitigen Sicherheit eine Suspensivbedingung für die Gültigkeit der Bürgschaft darstelle, womit diese als bestritten zu gelten habe (Urk. 34 S. 9). Mit dieser Begründung setzt sich der Gesuchsgegner indes in seiner Beschwerdeschrift nicht auseinander und genügt damit seiner Begründungspflicht nicht, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

4.4.5. Zusammenfassend kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, der Gesuchsgegner habe seinen Einwand, die Bürgschaft sei von der letztlich nicht erfolgten Bestellung zusätzlicher Sicherheiten abhängig gemacht worden, nicht glaubhaft gemacht. Die Rüge einer Verletzung von Art. 82 Abs. 2 SchKG erweist sich daher als unbegründet.

4.5. Des Weiteren rügt der Gesuchsgegner, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, indem sie der Gesuchstellerin nicht nur wie beantragt Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 800'000.–, sondern darüber hinaus auch für die Betreuungskosten und die zugesprochene Parteientschädigung erteilt habe (Urk. 33. S. 4). Diese Rüge erweist sich als begründet. Nach der Praxis des Obergerichts ist für die (aktuellen) Betreuungskosten, zu welchen auch die Entscheidunggebühr und die Parteientschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens zählen (BSK SchKG I-Emmel, Art. 68 N 3), keine Rechtsöffnung zu erteilen (ZR 2009 Nr. 2; vgl. auch Stücheli, a.a.O., S. 125).

5.1. Schliesslich rügt der Gesuchsgegner, die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7'500.– sei übersetzt. Der Sachverhalt sei weitgehend unbestritten gewesen und habe in rechtlicher Hinsicht keine Schwierigkeiten geboten. Daher sei der zweite Schriftenwechsel überflüssig gewesen. Ausserdem habe die Vorinstanz nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Gesuchstellerin gegen seine Ehefrau ein weitgehend identisches Verfahren geführt habe. Unter Berücksichtigung dieser Umstände schein eine Parteientschädigung von höchstens Fr. 5'000.– angemessen (Urk. 33 S. 7 f.). Die Gesuchstellerin bringt dagegen vor, der Gesuchsgegner habe es unterlassen, bezüglich der erstinstanzlichen Parteientschädigung einen bezifferten und substantiierten Antrag zu stellen, weshalb insofern auf die Beschwerde nicht einzutreten sei (Urk. 39 S. 9).

5.2. Ein Rechtsmittelantrag muss so bestimmt sein, dass er im Fall der Gutheissung des Rechtsmittels unverändert zum Urteil erhoben werden kann. 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. 4.2.2 und E. 4.3). In Bezug auf die erstinstanzlich festgesetzte Parteientschädigung stellt der Gesuchsgegner keinen solchen konkreten Antrag. Vielmehr beantragt er bloss, der vorinstanzliche Entscheidung sei aufzuheben und das Rechtsöffnungsgesuch sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin abzuweisen, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 33 S. 2, vgl.

auch S. 8). Deshalb ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit sie sich gegen die erstinstanzliche Festsetzung der Parteientschädigung richtet.

5.3. Selbst wenn von einem Rechtsmittelantrag in der Sache bezüglich der von der Vorinstanz festgesetzten Parteientschädigung ausgegangen würde, wäre dieser unzureichend beziffert. Der Gesuchsgegner geht von einem Gebührenrahmen von Fr. 3'787.– bis Fr. 12'623.– aus und führt sodann aus, vorliegend schein eine Parteientschädigung von "höchstens Fr. 5'000.–" angemessen. In der Folge bleibt unklar, ob der Gesuchsgegner dennoch die Festsetzung der erstinstanzlichen Parteientschädigung in der Höhe von genau Fr. 5'000.– (diesfalls wäre aber die gewählte Formulierung überaus unpräzis, was bei einer anwaltlich vertretenen Partei nicht anzunehmen ist) oder nicht vielmehr im Bereich zwischen Fr. 3'787.– bis Fr. 5'000.– verlangt.

5.4. Nachdem der Gesuchsgegner vor Vorinstanz nicht gegen den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz opponiert hatte, berücksichtigte die Vorinstanz praxisgemäss (vgl. Ziff. 2.1 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006/17. September 2010) bei der Bemessung der Parteientschädigung die Mehrwertsteuer (Urk. 34 S. 15). Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe nicht beachtet, dass die mehrwertsteuerpflichtige Gesuchstellerin die Vorsteuern geltend machen könne, weshalb bei der Bemessung der Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen gewesen sei (Urk. 33 S. 8). Dieser im vorliegenden Beschwerdeverfahren erstmals vorgebrachte Einwand ist aufgrund des Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO) unzulässig, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde hinsichtlich der erteilten Rechtsöffnung für die Betreuungskosten und die Parteientschädigung gemäss Dispositiv-Ziff. 5 des angefochtenen Entscheids als begründet. In diesem Umfang ist das Urteil der Vorinstanz aufzuheben. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

7. Aufgrund seines nahezu vollständigen Unterliegens wird der Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Entschädigungsbüher 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. Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'850.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Entgegen dem Antrag der mehrwertsteuerpflichtigen Gesuchstellerin ist ihr die Parteientschädigung zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (*OGer ZH LA130004 vom 12. Mai 2014, E. 5.3*; vgl. auch ZR 2005 Nr. 76).

8.1. Der Gesuchsgegner ersucht für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Urk. 33 S. 2). Zur Begründung seiner Bedürftigkeit führt der Gesuchsgegner aus, diesbezüglich verweise er auf seine Eingaben bzw. sein Armenrechtsgesuch im Beschwerdeverfahren RT170032-O. Darin habe er seine gegenwärtigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend dargelegt (Urk. 33 S. 8).

8.2. Die um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchende Partei hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38). 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 können (vgl. 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). Vorliegend hat der Gesuchsgegner sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege weder begründet noch die Beweismittel genau bezeichnet, welche seine Mittellosigkeit glaubhaft machen könnten, sondern bloss pauschal auf die Eingaben in einem

früheren Verfahren verwiesen. Damit genügt er seiner Mitwirkungspflicht offensichtlich nicht (vgl. Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, S. 291 Rz. 679 und Rz. 696 f.), weshalb sein Gesuch ohne Weiterungen abzuweisen ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 22. Mai 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Gesuchstellerin wird provisorische Rechtsöffnung erteilt in der Betreuung Nr. 1, Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 13. Januar 2016, für CHF 800'000.–."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 2'850.– 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. 800'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. August 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
cm