

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT150083-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 12. August 2015

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH X._____

gegen

C._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 10. April 2015 (EB150066-G)

Erwägungen:

1.1 Am 17. Februar 2015 reichte der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) folgendes Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2015), gestützt auf den Schuldbrief vom 12. April 1991, ein (Urk. 1 S. 2):

"1. Es sei dem Gesuchsteller in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon definitive Rechtsöffnung i.S.v. Art. 80 SchKG, evtl. provisorische Rechtsöffnung i.S.v. Art. 82 SchKG zu erteilen für den Forderungsbetrag von Fr. 122'003.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006 sowie Kosten des Betreibungsverfahrens gemäss Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 23. Januar 2015.

2. Es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon über ein Pfandrecht von Fr. 270'000.– zuzüglich Zins zu 10% gemäss Schuldbrief vom 12. April 1991 (Grundstück Grundbuch Blatt ..., Plan ..., Kat.-Nr. ..., ...strasse ..., D._____) sowie über eine Pfandforderung von Fr. 122'003.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006 verfügt.

Eventualiter: Es sei dem Gesuchsteller in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon definitive Rechtsöffnung i.S.v. Art. 80 SchKG, eventualiter provisorische Rechtsöffnung i.S.v. Art. 82 SchKG zu erteilen, für das auf dem Grundstück Grundbuch Blatt ..., Plan ..., Kat.-Nr. ..., ...strasse ..., D._____, lastende Pfand über Fr. 270'000.– zuzüglich Zins zu 10% wie eine Pfandforderung im Betrag von Fr. 122'003.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006, sowie Kosten des Betreibungsverfahrens gemäss Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 23. Januar 2015.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner, je unter solidarischer Haftung auf die volle Prozessentschädigung."

1.2 Mit Verfügung vom 10. April 2015 entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 41 S. 8 f. = Urk. 46 S. 8 f.):

1. Auf das Rechtsöffnungsgesuch in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2015, wird nicht eingetreten.

2. Auf die prozessualen Anträge der Gesuchsgegnerin 2 wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'000.–.
4. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
5. Die Gerichtskosten werden mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'000.– verrechnet.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin 2 eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– (8 % MWST in diesem Betrag eingeschlossen) zu bezahlen.
7. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Gesuchsgegner 1 keine Parteientschädigung verlangt hat.
8. (Schriftliche Mitteilung).
9. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf Art. 325 Abs. 1 ZPO [Rechtskraft] und fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 ZPO).

1.3 Hiergegen erhoben die Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner 1 und 2) mit Schreiben vom 1. Mai 2015 (Datum Poststempel 4. Mai 2015, eingegangen am 5. Mai 2015) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 45 S. 2):

- "1. Es sei dem Beschwerdegegner eine Gerichtsgebühr von **Fr. 2'400.00** aufzuerlegen und der von diesem geleistete Kostenvorschuss an diesem Betrag anzurechnen;
2. Es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten
 - a) der Beschwerdeführerin 2 eine Parteientschädigung so wie von der Vorinstanz in Aussicht gestellt von **Fr. 12'220.00**, eventualiter von mindestens **Fr. 7'600.00** (inkl. MwSt.),
 - b) dem Beschwerdeführer 1 eine angemessene durch die Beschwerdeinstanz festzusetzende, reduzierte Parteientschädigung (inkl. MwSt.) von mindestens **Fr. 1'000.00**zu bezahlen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten Beschwerdegegner."

2. Mit Schreiben vom 8. Mai 2015 stellten die Gesuchsgegner ein Gesuch um Sistierung des Verfahrens bis längstens 8. Juni 2015 (Urk. 54). Mit Schreiben vom 18. Mai 2015 teilte der Gesuchsteller mit, dass die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche gescheitert seien, weshalb eine Verfahrenssistierung hinfällig

sei (Urk. 55). Am 27. Mai 2015 (Datum Eingang) zogen die Gesuchsgegner das Sistierungsgesuch zurück (Urk. 57). Entsprechend ist dasselbe abzuschreiben.

3.1.1 Zunächst rügen die Gesuchsgegner die ihrer Ansicht nach falsch berechnete Gerichtsgebühr. Sie sind der Ansicht, dass diese – berechnet auf der Grundlage von § 1 GebV OG in Verbindung mit § 2 GebV OG, § 4 GebV OG und § 8 GebV OG – auf Fr. 2'400.– hätte festgesetzt werden müssen (Urk. 45 S. 2 f.).

3.1.2 Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Hierzu gehört unter anderem die Frage, ob die Partei, welche ein Rechtsmittel einlegt, durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Ohne Beschwerde hat sie kein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihres Rechtsmittels (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Mit Verfügung vom 10. April 2015 wurde die auf Fr. 1'000.– festgesetzte Gerichtsgebühr dem Gesuchsteller, nicht hingegen den Gesuchsgegnern auferlegt. Entsprechend wurden diese in Bezug auf die Gerichtsgebühr zu nichts verpflichtet, weshalb sie durch Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids in keiner Weise beschwert sind. Damit ist auf die diesbezügliche Beschwerde nicht einzutreten. Lediglich der Vollständigkeit halber sind die Gesuchsgegner darauf hinzuweisen, dass die diesbezügliche Beschwerde hätte abgewiesen werden müssen, wenn darauf einzutreten gewesen wäre, da sich die erstinstanzliche Gerichtsgebühr in Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 48 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG) berechnet und nicht nach der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich (ZR 110/2011 Nr. 28). Erstere sieht bei einem Streitwert von Fr. 122'003.85 eine Gerichtsgebühr von Fr. 70.– bis Fr. 1'000.– vor. Damit aber wäre die von der Vorinstanz festgesetzte Gebühr nicht – wie geltend gemacht – willkürlich, sondern rechtskonform festgelegt worden.

3.2.1 Die Gesuchsgegnerin 2 rügt sodann die Höhe der ihr zugesprochenen Parteienschädigung als zu tief (Urk. 45 S. 3 ff.). Sie macht geltend, dass die Vorinstanz einen zweifachen Schriftenwechsel angesetzt habe, um dann einen Nichteintretensentscheid zu erlassen. Dieser Entscheid aber wäre gemessen an seiner Begründung auch ohne jeden Schriftenwechsel möglich gewesen, zumal das Konkursamt D._____ mit Eingabe vom 23. Februar 2015 frühzeitig interve-

niert habe und sie ebenso in ihrer ersten Rechtsschrift vom 4. März 2015 auf Nichtigkeit bzw. Nichteintreten plädiert habe. Ein solches Vorgehen der Vorinstanz sei prozessual ungehörig. Die Gebührentabelle gemäss Gebührenverordnung ergebe bei einem Streitwert von Fr. 122'003.85 vor Zins als Grundgebühr für die Bemessung der Parteientschädigung den Betrag von Fr. 12'220.–. Entsprechend würde die Berechnung gemäss Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) unter Berücksichtigung, dass es sich um ein summarisches Verfahren handle, wie folgt lauten:

Streitwert:	Fr. 122'003.85
Grundbetrag laut Tabelle zur AnwGebV	Fr. 12'220.00
Nach Reduktion laut § 9 AnwGebV	Fr. 6'110.00 [1/2 von 1]
Zuschlag laut § 11 Abs. 2	Fr. 1'527.50 [1/4 von 1/2]
<hr/>	
Parteientschädigung minimal	Fr. 7'637.50

Diese Entschädigung sei – verglichen mit der in der Verfügung der Vorinstanz vom 18. Februar 2015 vorgegebenen Parteientschädigung von Fr. 13'000.– sowie mit früheren, von demselben Gericht erlassenen Entscheiden in Rechtsöffnungsverfahren zwischen den Parteien – jedenfalls angemessen und ausgewogen (Urk. 45 S. 5 mit Verweis auf frühere Entscheide zwischen den Parteien, namentlich CG090008, EZ110004-G, EB110332-G, EK120063-G). So falle auf, dass die Vorinstanz in früheren Entscheiden zugunsten des Gesuchstellers und zu Lasten des Gesuchsgegners 1 wesentlich grosszügiger verfahren sei als im vorliegenden Fall. Dies sei eine Bevorzugung einer der Parteien, was verpönt und zu rügen sei. So müsse mit der Parteientschädigung der von der entsprechenden Partei im Prozess zu betreibende Aufwand abgegolten sein. Aktenkundig sei vorliegend, dass die Gesuchsgegnerin 2 zwei Rechtsschriften einzureichen gehabt habe, nämlich eine erste vom 4. März 2015 à 20 Seiten und eine zweite vom 30. März 2015 à 5 Seiten mit insgesamt über 30 Beweisurkunden. Diese Rechtsschriften seien mit weiterem honorarberechtigtem Aufwand, Aktenbereitstellung, Prüfung von Rechtsfragen und anderem mehr verbunden gewesen. Es habe aufgrund der Aufforderung seitens der Vorinstanz ein erheblicher Aufwand betrieben werden müssen. Indem die Vorinstanz mehr als nur den Abzug aufgrund der summarischen Natur des Verfahrens vorgenommen habe, habe sie die Parteientschädigung willkürlich festgesetzt (Urk. 45 S. 3 ff.).

3.2.2 Die Argumentation der Gesuchsgegnerin 2 greift schon deshalb zu kurz, weil sie verkennt, dass sich die Entschädigung nach § 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) richtet, wonach Grundlage für die Bemessung der Gebühr (a) der Streitwert bzw. Interessenwert, (b) die Verantwortung des Anwalts oder der Anwältin, (c) der notwendige Zeitaufwand des Anwalts oder der Anwältin und (d) die Schwierigkeit des Falles sind. Die Gesuchsgegnerin 2 aber argumentiert allein mit dem Streitwert und dem ihr angefallenen Zeitaufwand. Zu dessen Notwendigkeit äussert sie sich nicht und die weiteren bemessungsrelevanten Kriterien der Verantwortung und der Schwierigkeit des Falles lässt sie ausser Acht. Auch mit dem Verweis auf weitere, zwischen den Parteien geführte Verfahren ist keine rechtsfehlerhafte Bemessung der Parteientschädigung dargetan. So wurden diese teils in einer anderen Verfahrensart (ordentlich, nicht summarisch) sowie unter der Herrschaft der alten, bis Ende 2010 geltenden AnwGebV geführt, weshalb die zugesprochene Parteientschädigung schon aus diesem Grund nicht vergleichbar ist (Urk. 49/4). Zum anderen liegen die Entscheide teils in unbegründeter Form vor (Urk. 49/5), so dass die Höhe der darin festgesetzten Parteientschädigung nicht nachvollzogen werden kann. Selbst der Umstand, dass es sich bei den (übrigen) Verfahren auch um summarische Verfahren gehandelt hat, ändert nichts; so wäre es von der Gesuchsgegnerin 2 aufzuzeigen gewesen, inwiefern die Parteientschädigungen mit Blick auf die vorgenannten Kriterien vergleichbar mit dem vorliegenden Verfahren gewesen wären. Mit dem blossen Hinweis auf weitere, zwischen den Parteien stattgefundene Verfahren und die Höhe der darin zugesprochenen Entschädigungen lässt sich der Nachweis eines Bemessungsfehlers jedenfalls nicht erbringen.

Schliesslich aber überzeugt die Darstellung der Gesuchsgegnerin 2 auch in der Sache nicht. Entgegen ihrer Ansicht existiert zum einen nicht nur der Reduktionsgrund gemäss § 9 AnwGebV, sondern eine weitere Reduktionsmöglichkeit nach § 4 Abs. 2 AnwGebV, wonach die Gebühr um bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden kann, wenn die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief sind. Zum anderen sieht § 9 AnwGebV für das summarische Verfahren nicht eine starre Ermässigung auf die Hälfte vor, sondern in der Regel eine solche auf zwei Drittel bis

auf einen Fünftel, wobei dem Sachrichter bei der konkreten Bemessung ein weiter Ermessensspielraum zukommt. Aus welchen Gründen vorliegend unter sachgemässer Gewichtung sämtlicher bemessungsrelevanter Kriterien (notwendiger Aufwand, Verantwortung des Anwalts, Schwierigkeit des Falles) exakt um die Hälfte zu ermässigen sein sollte, zeigt die Gesuchsgegnerin 2 nicht auf. So beträgt die Gebühr bei einem Streitwert von rund Fr. 122'000.-- in Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV in Verbindung mit § 9 AnwGebV zwischen Fr. 2'444.-- und Fr. 8'146.--, zuzüglich ein Zuschlag gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV. Allein die Tatsache, dass die Vorinstanz das Verfahren nicht so geführt hat, wie dies der Gesuchsgegnerin 2 vorgeschwebt hat, lässt die Festsetzung der Gebühr auf Fr. 3'500.-- inkl. 8% MwSt. und damit auf Fr. 3'240.75 ohne MwSt. nicht als rechtsverletzend im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO erscheinen, sondern im Rahmen des der Vorinstanz zustehenden Ermessensbereichs. Für eine Korrektur des Entscheids des Sachgerichts (Vorinstanz), welches die Anforderungen des Prozesses aus eigener unmittelbarer Anschauung kennt, besteht somit kein Anlass, insbesondere auch in Anbetracht der Zurückhaltung, die sich die Beschwerdeinstanz bei der Überprüfung derartiger Ermessensentscheide praxisgemäss auferlegt (vgl. ZR 111/2012 Nr. 53 E. 3). Diesbezüglich ist die Beschwerde unbegründet und abzuweisen.

3.3.1 Schliesslich rügt der Gesuchsgegner 1, dass er von der Vorinstanz nicht angehört und ihm in der Folge keine Parteienschädigung zugesprochen worden sei. Dies stelle eine krasse Rechtsverweigerung dar, zumal ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden habe. Es könne nicht behauptet werden, der Gesuchsgegner 1 habe keine Parteienschädigung beantragt, wenn ihm das rechtliche Gehör verweigert worden sei (Urk. 45 S. 7 f.).

3.3.2 Die Vorinstanz war hinsichtlich der gegen den Gesuchsgegner 1 angehobenen Betreibung davon ausgegangen, dass es sich bei dem in dieser Betreibung zu verwertenden Faustpfand um den Schuldbrief vom 12. April 1991 handelt. Diesen aber habe allein der Gesuchsgegner 1 errichten lassen; er allein sei als Schuldner auf dem Titel aufgeführt. Da nur der Gesuchsgegner 1 Vertragspartei der Verkaufsabmachung vom 11. April 1991 mit dem Gesuchsteller und dessen Ehefrau gewesen sei, mit welcher die Parteien übereingekommen

seien, die beiden Darlehen durch eben diesen Schuldbrief sicherzustellen, sei davon auszugehen, dass es ebenfalls einzig der Gesuchsgegner 1 gewesen sei, welcher dem Gesuchsteller den Schuldbrief nach dessen Errichtung zugestellt bzw. zu Faustpfand übergeben habe. Somit könne keine Rede davon sein, dass dieses Faustpfand von einem Dritten bestellt worden wäre. Da die der vorliegenden Betreuung zugrundeliegende Forderung schliesslich vor der Konkursöffnung über den Gesuchsgegner 1 entstanden sei, erweise sich die Betreuung als nichtig, da neue Betreibungen für Forderungen, welche vor dem Konkurs entstanden seien, während des Konkursverfahrens nicht eingeleitet werden können (Art. 206 Abs. 1 SchKG). Da eine nichtige Betreuung nicht fortgesetzt werden könne, sei mangels Rechtsschutzinteresse betreffend den Gesuchsgegner 1 auf das Rechtsöffnungsbegehren nicht einzutreten (Urk. 46 S. 6 f.).

3.3.3 Diese Ausführungen beanstandet der Gesuchsgegner 1 nicht. Gemäss Art. 253 ZPO gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen, wenn das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erscheint. Da die Vorinstanz die Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses in Bezug auf das gegen den Gesuchsgegner 1 angehobene Rechtsöffnungsbegehren verneint hatte, qualifizierte sie dieses als unzulässig. Deshalb stand es ihr in Anwendung von Art. 253 ZPO auch offen, ob sie dem Gesuchsgegner bzw. dessen bisherigem Rechtsbeistand (vgl. Urk. 43/1-3) Gelegenheit zur Stellungnahme ansetzte oder nicht. Entscheidend ist aber ohnehin allein, dass dem Gesuchsgegner 1 kein zu entschädigender Aufwand entstanden ist (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Deshalb wurde ihm für das erstinstanzliche Verfahren zu Recht keine Parteientschädigung zugesprochen. Damit ist der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis nicht zu beanstanden und die diesbezügliche Beschwerde ist ebenso abzuweisen.

3.4 Entsprechend erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

4.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 GebV SchKG in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss den Gesuchsgegnern je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Der Gesuchsteller hat keinen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung gestellt (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Entsprechend ist ihm daher keine solche zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Das Sistierungsgesuch der Gesuchsgegner wird abgeschrieben.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchsgegnern je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage eines Doppels von Urk. 45 sowie je einer Kopie der Urk. 48; Urk. 49/2-8, Urk. 50 und Urk. 51/Aa-Ac, an die Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 59, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
7. 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. 11'120.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. August 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js