

ZH_OBERGERICHT LE170012 vom 26. Juni 2017

ZH Obergericht, 2017-06-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170012

FR: ZH_OBERGERICHT LE170012 du 26 juin 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170012 del 26 giugno 2017

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Parteien stehen sich seit dem 4. Oktober 2016 in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 1, Datum des Poststempels). Nachdem am 16. Dezember 2016 eine Verhandlung stattgefunden hatte, stellte die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 21. Februar 2017 die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 5/39 S. 2 f.).

E. 1.2

Mit Verfügung vom 22. Februar 2017 wies die Vorinstanz das (superprovisorische) Gesuch der Gesuchsgegnerin um Anordnung einer Verfügungsbeschränkung sowie das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages und das Eventualgesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab, soweit sie darauf eintrat (Urk. 2, Dispositivziffern 1 und 2). Im Weiteren hielt sie fest, dass über die Auskunfts- und Editionsbegehren der Gesuchsgegnerin nach einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden sei (Urk. 2 E. 4).

E. 1.3

Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom

E. 6

März 2017 fristgerecht Berufung und Beschwerde und stellte für das zweitinstanzliche Verfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1). Für das Beschwerdeverfahren wurde ein separates Verfahren angelegt (RE170007-O). Mit Verfügung vom 8. März 2013 [recte: 2017] sistierte die Vorinstanz das Eheschutzverfahren bis zum Entscheid der Kammer über die Berufung der Gesuchsgegnerin (Urk. 5/45). Die Berufungsantwort des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchsteller) datiert vom 31. März 2017 und wurde der Gesuchsgegnerin am 7. April 2017 zugestellt. Mit Eingabe vom 7. April 2017 verzichtete die Gesuchsgegnerin auf eine Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 15). Nachdem die Gesuchsgegnerin hinsichtlich der Vermögenssperre um einen zeitnahen Entscheid ersucht hatte (vgl. Urk. 11, 14 und 15), wurde mit Teilurteil vom 20. April 2017 die Berufung der Gesuchsgegnerin gegen Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids abgewiesen. Darüber hinaus wurde den Parteien unter Androhung einer Ordnungsbusse im Säumnisfalle eine Frist angesetzt, um der Kammer ihre aktuellen Adressen bekanntzugeben

- 7 - (Urk. 16 S. 14); dem kamen beide nach, wobei die Eingabe der Gesuchsgegnerin jedoch um einen Tag verspätet erfolgte (vgl. Urk. 16 und 18B). Mit Verfügung vom

E. 6.1

Die Gesuchsgegnerin weist in ihrer Berufungsschrift darauf hin, dass das vorliegende Verfahren bereits seit Oktober 2016 bei der Vorinstanz anhängig sei. Es sei auf anwaltlicher Seite mit erheblichem Aufwand verbunden. Weder ihr noch ihrer Rechtsbeiständin könne zugemutet werden, betreffend Finanzierung der

- 11 - Anwalts- und Prozesskosten derart lange im Ungewissen zu sein. Deshalb habe beantragt werden müssen, dass der Antrag um Prozesskostenbeitrag, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege "vorab", also nicht erst im Endentscheid, behandelt werde. Das "vorab" habe sich auf den Hauptantrag beziehen müssen, denn über ein Eventualbegehren könne nicht für sich alleine entschieden werden. Ausserdem sei davon auszugehen, dass wenn das "vorab" nur auf den Eventualantrag um unentgeltliche Rechtspflege bezogen worden wäre, auf diesen nicht eingetreten worden wäre, da die Gewährung des prozessualen Armenrechts nur in Frage komme, wenn die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden könne. Die unentgeltliche Rechtspflege werde daher nur unter der Bedingung gewährt, dass ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages gestellt werde (mit Verweis auf OGer ZH LE130048 vom 21.10.2013, E. 5). Würde der Argumentation der Vorinstanz strikt gefolgt, könnte über die Finanzierung der Anwalts- und Gerichtskosten im Eheschutzverfahren nie vorab entschieden werden. Dies widerspreche jedoch der Rechtsprechung des Bundesgerichts, gemäss welcher ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege umgehend beurteilt werden müsse, wenn nach der Gesuchseinreichung weitere Verfahrensschritte vorzunehmen seien.

E. 6.2

Die Gesuchsgegnerin macht damit zusammengefasst geltend, dass hinsichtlich eines Antrages um Prozesskostenbeitrag – analog zum Armenrecht – ein Anspruch auf einen Vorabentscheid im Sinne eines Teilurteils bestehen müsse. Dem ist zu widersprechen. Ob das Gericht über einen Teil des Verfahrens im Rahmen eines Teilurteils befindet oder nicht, steht in seinem Ermessen (vgl. Art. 124 Abs. 1 i.V.m. Art. 125 Abs. 1 lit. a ZPO). So erscheint ein Teilentscheid betreffend einen Antrag auf Prozesskostenbeitrag dann wenig sinnvoll, wenn – wie vorliegend – die finanziellen Verhältnisse der Parteien auch im restlichen Verfahren strittig sind und allenfalls gar von den weiteren Rechtsbegehren abhängen. Hinzu kommt, dass bei einem Antrag auf Prozesskostenbeitrag das rechtliche Gehör der Gegenpartei zu wahren ist, dies im Gegensatz zu einem Armenrechtsgesuch (Art. 119 Abs. 3 ZPO; vgl. hinsichtlich nichtbestehender Parteistellung der Gegenpartei beim Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch BGE 139 III 334 E. 4.2), das heisst, dass es trotz Beschränkung des Verfahrens auf dieses

- 12 - Rechtsbegehren zu mehreren Eingaben der Parteien kommen und damit über den Antrag allenfalls nicht ohne weitere Rechtsschriften entschieden werden kann. Ein Teilentscheid hinsichtlich des Antrages auf Prozesskostenbeitrag erscheint in solchen Fällen daher nicht geeignet, um der Ungewissheit hinsichtlich der Prozesskosten zeitnah zu begegnen. Für Fälle, in welchen ein Vorabentscheid betreffend den Prozesskostenbeitrag nicht sinnvoll erscheint, steht vielmehr das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO zur Verfügung. Über ein entsprechendes Gesuch ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel zu entscheiden, bevor die gesuchstellende Partei weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte unternehmen muss (vgl. zum Ganzen BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.2). Für die

Frage, ob die gesuchstellende Partei mittellos ist, sind grundsätzlich die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 4). Zwar ist der Gesuchsgegnerin insofern zuzustimmen, als dass im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit u.a. zu prüfen ist, ob die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Bestandspflicht zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden kann. Da die Gegenpartei in einem Eheschutzverfahren jedoch aus rechtlichen Gründen nicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden kann, sondern bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen lediglich zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid, könnte die Mittellosigkeit bei Gesuchseinreichung nicht bloss aufgrund eines allenfalls bestehenden Anspruches auf diesen Prozesskostenbeitrag im Endentscheid verneint werden. Dies widerspräche dem Effektivitätsgrundsatz (vgl. ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 5). Vielmehr wäre die Mittellosigkeit, sofern der gesuchstellenden Partei im Zeitpunkt der Gesuchstellung keine Mittel zur Verfügung stehen, um neben der Deckung ihres Grundbedarfs für sich und ihre Familie die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten zu bezahlen (BGE 135 I 221 E. 5.1 = Pra 2010 Nr. 25), diesfalls zu bejahen. Folglich hätte die Gesuchsgegnerin vorliegend neben ihrem Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid ohne Weiteres ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung für die Dauer des Verfahrens stellen können. Nach dem Gesagten kann der Ansicht der Gesuchsgegnerin, wonach davon auszugehen sei, dass auf ihren Antrag um Ge-

- 13 - währung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht eingetreten worden wäre, wenn sich das "vorab" nur auf den Eventualantrag um unentgeltliche Rechtspflege bezogen hätte, da die Gewährung des prozessualen Armenrechts nur in Frage komme, wenn die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden könne (vgl. Urk. 1 Ziff. 20), nicht gefolgt werden. Zutreffend ist, dass die um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchende Partei entweder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses (beispielsweise in einem Scheidungsverfahren) bzw. -beitrages (im Eheschutzverfahren) zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darzulegen hat, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages verzichtet werden kann. Fehlt ein entsprechender Antrag oder eine entsprechende Begründung, kann das Gesuch ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016 E. 2.1; BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2; OGer ZH LE160002 vom 14.04.2016, E. 3.c; OGer ZH PC150067 vom 22.02.2016, E. II/2.3.1). Wurde in einem Eheschutzverfahren ein Antrag auf Prozesskostenbeitrag im Endentscheid sowie für die Dauer des Verfahrens ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt und sind die Voraussetzungen gemäss Art. 117 ff. ZPO im Zeitpunkt der Gesuchstellung gegeben, ist die unentgeltliche Rechtspflege – wie bereits dargelegt – zu bewilligen und bei Bewilligung des Antrages auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid sodann rückwirkend (d.h. mit Wirkung ex tunc) wieder zu widerrufen (vgl. OGer ZH LE130048 vom 21.10.2013, E. 5) bzw. kann die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von der Abtretung eines allfälligen Prozesskostenbeitrages bis zur Höhe der auf die gesuchstellende Partei entfallenden Gerichtskosten und der Kosten der anwaltlichen Vertretung abhängig gemacht werden (vgl. zum Ganzen BGE 142 III 131 E. 2 bis 4). Jedenfalls ist aber auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege einzutreten und darüber zu befinden. Damit dringt die Gesuchsgegnerin mit ihrer Kritik, die Argumentation der Vorinstanz führe dazu, dass über die Finanzierung der Anwalts- und

Gerichtskosten im Eheschutzverfahren nie vorab entschieden werden könne, nicht durch.

- 14 - 7. Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages 7.1 Wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte, setzen sowohl die Zusprennung eines Prozesskostenbeitrages als auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die Bedürftigkeit der ansprechenden Partei voraus. Auf die entsprechenden Ausführungen kann verwiesen werden (vgl. Urk. 2 E. 3.d). 7.2 Die Gesuchsgegnerin begründete ihre Mittellosigkeit vor Vorinstanz damit, über kein Einkommen zu verfügen, da der Gesuchsteller sich weigere, seinen Unterhaltspflichten hinreichend nachzukommen. Sodann fehle es ihr an Barmitteln und sie sei hoch verschuldet. So schulde sie Herrn D._____ gesamthaft Fr. 1'277'314.-. Als Sicherheit habe sie jeweils ihr Grundstück in Trinidad angegeben, welches einen Wert von Fr. 1'000'000.- aufweise. Selbst bei einem Verkauf dieses Grundstückes verbliebe im Hinblick auf die genannten Schulden kein Überschuss, schliesslich sei die Rückzahlung der Schulden seit dem 31. Dezember 2016 fällig. Auch ihre Wohnung am E._____-Weg ... in ... Zürich sei mit diversen Schuldbriefen in der Höhe von gesamthaft Fr. 1'380'000.- belastet, weshalb bei deren Verkauf wiederum mit keinem Erlös gerechnet werden könne. Sodann bestünden zwei weitere Darlehensverträge, in denen sie das Grundstück am E._____-Weg ... in Zürich als Sicherheit angegeben habe. Mit diesen Darlehen habe sie diverse offene Rechnungen der Familie begleichen müssen. Ausserdem habe sie mit diesem Geld zunächst die Anwaltskosten finanziert. Die Darlehen seien inzwischen jedoch aufgebraucht und sie habe keine Möglichkeiten mehr, an finanzielle Mittel zu kommen (Urk. 5/39 Ziff. 34 ff.). 7.3 Die Vorinstanz verneinte die Bedürftigkeit der Gesuchsgegnerin. Sie ist der Ansicht, dass bei einem Verkauf des Grundstückes in Trinidad und Tobago ein Erlös von rund Fr. 1 Mio. erzielt werden kann. Aus den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Darlehensverträgen (Urk. 5/40/7-9) ergebe sich nicht, dass das Grundstück als Sicherheit angegeben worden sei (Urk. 2 E. 3.e). Zudem verfüge die Gesuchsgegnerin über eine (nicht selbstbewohnte) Stockwerkeigentumswohnung im Zürcher Stadtkreis ..., welche sie für 1.65 Mio. erworben habe. Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung des Gesuchstellers habe die Wohnung inkl. Umbauten sogar rund Fr. 2 Mio. gekostet. Für das Grundstück seien Grund-

- 15 - pfandrechte über insgesamt Fr. 1.38 Mio. zur Eintragung angemeldet worden. Zwar mache die Gesuchsgegnerin geltend, das Grundstück sei für zwei weitere Darlehensverträge über Fr. 309'611.86 und Trinidad-und-Tobago-Dollar 400'000.- (entsprechend Fr. 60'000.-) als Sicherheit angegeben worden; dass entsprechende Pfandrechte aber auch tatsächlich errichtet worden seien, ergebe sich aus den eingereichten Unterlagen nicht und werde von der Gesuchsgegnerin auch gar nicht behauptet. Bei einem Verkauf der Liegenschaft liesse sich damit ein Nettoerlös von rund Fr. 620'000.- erzielen. Dem aus dem Verkauf der zwei Liegenschaften zu erwartenden Nettoerlös von Fr. 1.6 Mio. stünden (nicht pfandgesicherte) Schulden in der Höhe von insgesamt ebenfalls rund Fr. 1.6 Mio. gegenüber. Dass diese tatsächlich bedient würden, mache die Gesuchsgegnerin aber nicht geltend. Gegenüber D._____ seien seit dem 31. Dezember 2016 Verbindlichkeiten in der Höhe von rund Fr. 1.3 Mio. zur Rückzahlung fällig. Eine (auch nur teilweise) Abzahlung sei seither offenbar nicht erfolgt. Es sei noch nicht einmal glaubhaft, dass die Beträge (auch bei einem Verkauf der Liegenschaften) tatsächlich eingefordert würden. Hinzu komme, dass die massive Verschuldung der Gesuchsgegnerin zugegebenermassen zur Finanzierung einer komfortablen Lebenshaltung gedient habe (mit Verweis auf Urk. 5/21 S. 17 f.). Die Gesuchsgegnerin mache im vorliegenden Verfahren "minimale Fixkosten" – ohne Steuern

– für sich und die beiden ehelichen Kindern von knapp Fr. 21'000.– pro Monat geltend. Allein die Wohnungsmiete betrage monatlich Fr. 10'000.–, womit aber noch lange nicht alle Kosten aufgelistet seien. Die Gesuchsgegnerin erwähne u.a. ihre Mitgliedschaft im Fitness-Center ... für Fr. 5'000.– pro Jahr. Die Parteien hätten sodann zusammen über einen (geleaste) Fuhrpark mit einem VW Sharan (für die Nanny), einem Range Rover, einem Audi S3 und einem Bentley verfügt. Diesen Ausgaben stehe ein Nettoerwerbseinkommen des Gesuchstellers von monatlich knapp Fr. 17'000.– gegenüber, mit welchem diese komfortable Lebenshaltung selbst während des Zusammenlebens offensichtlich nicht habe gedeckt werden können. Die Gesuchsgegnerin sei dazu vielmehr auf die regelmässige Darlehensgewährung seitens D.____s angewiesen gewesen. Vor diesem Hintergrund könne sie sich weder gegenüber dem Gesuchsteller noch gegenüber

- 16 - dem Staat auf ihre massiven Schulden berufen, weshalb sie nicht bedürftig sei (Urk. 2 E. 3.f f.). 7.4 Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass bei einem Verkauf ihrer Liegenschaften nach Begleichung ihrer Schulden ein für die Deckung der Anwalts- und Gerichtskosten verbleibender Erlös resultieren würde. Die Rückzahlung der Darlehen sei fällig (Urk. 1 Ziff. 22 bis 30). Zu berücksichtigen sei im Weiteren, dass sowohl die Liegenschaft in Zürich als auch jene in Trinidad und Tobago nicht von heute auf morgen zu einem vernünftigen Preis verkauft werden könnten. In solchen Fällen wäre der gesuchstellenden Partei eine Frist anzusetzen und bis zum Verkauf die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Urk. 1 Ziff. 31). Schliesslich betont die Gesuchsgegnerin, dass nicht nur sie, sondern auch der Gesuchsteller zur Schuldensituation beigetragen habe. Mindestens gegenüber ihm könne sie sich somit auf ihre Schulden berufen. Dies könne sie aber auch gegenüber dem Staat. Die Vorinstanz gehe selber davon aus, dass Mittellosigkeit seitens der Gesuchsgegnerin vorliege, erachte diese jedoch als selbstverschuldet. Selbstverschuldete Mittellosigkeit schliesse aber die unentgeltliche Rechtspflege nicht aus. Dies wäre nur der Fall, wenn Rechtsmissbrauch vorliegen würde, was von der Vorinstanz korrekterweise nicht geltend gemacht worden sei (Urk. 1 Ziff. 34). 7.5 Der Gesuchsteller bestreitet die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin. Diese zeichne mit Absicht ein unvollständiges Bild ihrer finanziellen Lage. Neben den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz sei zu beachten, dass es sich bei der Liegenschaft am E.____-Weg ... in Zürich um eine luxuriöse Zweizimmerwohnung handle, welche die Gesuchsgegnerin im Juni 2015 gekauft habe. Die Gesuchsgegnerin bewohne die Wohnung nicht selbst und könnte diese entsprechend vermieten und Mietzinserträge generieren. Sodann habe die Gesuchsgegnerin mit Pfandvertrag vom 26. Januar 2017 bei F.____ ein Darlehen über Fr. 70'000.– aufgenommen. Es sei davon auszugehen, dass das Darlehen erst mit der Errichtung des Schuldbriefs gewährt worden sei. Dieses Darlehen könne nicht für den Kauf der Wohnung verwendet worden sein, sei der Restkaufpreis doch mit der Eigentumsübertragung im November/anfangs Dezember 2016 fällig geworden (mit Verweis auf act. 5/40/13). Entsprechend sei davon auszugehen,

- 17 - dass der Gesuchsgegnerin genügend Barmittel zur Verfügung stünden, um ihre Anwaltskosten zu decken. Zudem werde bestritten, dass die Gesuchsgegnerin mit den Darlehen diverse offene Forderungen der Familie beglichen habe (Urk. 7 Ziff. 21 bis 25). Auch bestreite er den von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Bedarf. Davon abgesehen würden der Gesuchsgegnerin mit den Unterhaltsbeiträgen, den von ihm geleisteten Zahlungen und den aufgenommenen Darlehen genügend Mittel zur Verfügung stehen, um ihren Bedarf und denjenigen der Kinder zu bestreiten. Im Übrigen lasse die

Gesuchsgegnerin geflissentlich weg, dass sie vom Vater ihrer zwei älteren Töchter monatliche Unterhaltszahlungen in der Höhe von je Fr. 2'197.50 und rückwirkend für die Periode vom 1. Juli 2015 bis 31. Dezember 2016 monatliche Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 2'792.50 erhalte. Zwar handle es sich dabei um Kindesunterhalt für die beiden ausserehelichen Kinder, doch würden diese Zahlungen auch Wohnungs- und andere Kosten decken, welche für alle Familienmitglieder gemeinsam anfallen würden. Zudem seien diese Unterhaltszahlungen relevant, da die Gesuchsgegnerin die Schulen ihrer beiden (ausserehelichen) Töchter und die Behinderung einer dieser Töchter als Grund für die kostspielige Wohnung in Zürich anführe (Urk. 7 Ziff. 21 ff.). 7.6 Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden (vgl. OGer ZH LE130025 vom 19.08.2013, E. II/C. 4.4.; OGer ZH LE120025 vom 12.06.2012, E. IV.2). Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei leistungsfähig ist. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheides (ZR 90/1991 Nr. 57 S. 196). Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen. Wie bereits dargelegt, stellt der Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages einen materiell-rechtlichen Anspruch dar. Dabei liegt es im Rahmen des Eheschutzverfahrens an der um einen solchen Prozesskostenbeitrag ersuchenden Partei, ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen. Zwar gilt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz und ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (vgl. Art. 272 ZPO), dies entbindet die Parteien jedoch nicht davon, bei

- 18 - der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Die Parteien tragen wie unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und wenn nötig zu substantiieren (vgl. zum Ganzen OGer ZH LE150023, E. II/4.2; BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 64 mit Hinweisen). 7.7.1 Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass sich die Gesuchsgegnerin nicht auf ihre massiven Schulden berufen könne, da diese auf ihre komfortable Lebenshaltung zurückzuführen seien (vgl. Urk. 2 E. 3.g). Die Frage, ob die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Schulden bei der Prüfung ihrer Vermögensarmut zu berücksichtigen sind, stellt sich nur dann, wenn die Gesuchsgegnerin überhaupt über liquides Vermögen verfügt, welchem die Schulden gegenübergestellt werden können. Die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang aufgeführten möglichen Verkaufserlöse der Liegenschaften stellen jedoch kein liquides Vermögen dar. Die Verneinung der Mittellosigkeit aufgrund illiquiden Vermögens ohne Fristansetzung zum Verkauf der entsprechenden Vermögenswerte kommt aber einer Anrechnung von hypothetischem Vermögen gleich, welche unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch unzulässig ist (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 4; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 24; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 9; Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO, in: FamPra 2014, S. 635, 644). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann der Gesuchsgegnerin vorliegend nicht vorgeworfen werden. Folglich hätte der Gesuchsgegnerin jedoch zumindest eine Frist zur Veräusserung des nicht liquiden Vermögens angesetzt werden müssen. Die entsprechende Rüge der Gesuchsgegnerin ist berechtigt. Die Frage, ob fällige Schulden, welche unbestrittenmassen auf einen sehr hohen Lebensstandard zurückzuführen sind, analog der Rechtsprechung hinsichtlich der Berechnung des Notbedarfs (vgl. BGer 4P.80/2006 vom 29. Mai 2006, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. die vorinstanzlichen Ausführungen in Urk. 2 E. 3.g) bei

der Prüfung der Vermögensarmut unberücksichtigt bleiben können, kann vor diesem Hintergrund offen gelassen werden.

- 19 - 7.7.2 Die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin ist vorliegend jedoch aus anderen Gründen zu verneinen: Die Gesuchsgegnerin hat im vorinstanzlichen Verfahren keine Notbedarfsberechnung vorgenommen. Aus den Akten ergibt sich lediglich ihre Bedarfsberechnung im Hinblick auf die beantragten Unterhaltsbeiträge. Diese orientiert sich jedoch am behaupteten Lebensstandard, welcher nicht dem im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit zu berücksichtigenden Bedarf entspricht. In ihrer Bedarfsrechnung machte die Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz monatliche "Grundkosten" von Fr. 20'046.25 geltend, führte jedoch aus, dass hierbei diverse Kosten noch nicht berücksichtigt worden seien (Urk. 5/21 Ziff. 55 ff.). Im Berufungsverfahren weist sie auf diese Bedarfsberechnung und erklärt, dass selbst dann, wenn die Kosten für das Kindermädchen und die Putzfrau weggelassen würden, sich ihr Bedarf auf monatlich über Fr. 10'000.– belaufe. Es handle sich dabei um Kosten wie Miete, Leasing etc., die effektiv anfallen würden und die sie kurzfristig nicht senken könne. Hinzu komme, dass sie von der Vermieterin der vormals bewohnten Liegenschaft betrieben worden sei, weshalb sie auf dem Wohnungsmarkt derzeit keine Chance habe, eine neue, allenfalls günstigere Wohnung zu finden (Urk. 1 Ziff. 37). Auf entsprechende Aufforderung hin hat die Gesuchsgegnerin zwischenzeitlich bekanntgegeben, neu im Hotel G._____ zu wohnen, wo ihr aufgrund von verbilligten Konditionen Kosten im Rahmen der vormaligen Mietkosten entstehen würden (vgl. Urk. 18B). Die Gesuchsgegnerin behauptet damit weiterhin, monatliche Kosten von über Fr. 20'000.– zu haben. Wie sie diese Kosten deckt, blieb völlig unklar, macht sie doch geltend, über kein Einkommen zu verfügen und vom Gesuchsteller monatlich lediglich rund Fr. 5'000.– ausbezahlt zu erhalten. Gemäss ihrer Darstellung hatte sie bereits im Februar 2017 die aufgenommenen Darlehen aufgebraucht und ist es ihr nicht möglich, weitere Darlehen aufzunehmen (vgl. Urk. 5/39 Ziff. 40). Die Gesuchsgegnerin erklärt in diesem Zusammenhang freilich, sie habe die Miete der vormaligen Wohnung nicht mehr bezahlen können (Urk. 5/21 Ziff. 27), wohnt mittlerweile aber in einem Fünfsternehotel in der Stadt Zürich, wodurch nach eigenen Angaben monatliche Kosten im Rahmen der bisherigen Mietzinse von rund Fr. 10'000.– entstehen. Wie sie diese Wohnkosten sowie ihren restlichen Bedarf finanziert, legt die Gesuchsgegnerin

- 20 - nicht offen. Zwar behauptet sie, mit den Darlehen im Umfang von Fr. 309'611.86 (Darlehensvertrag vom 9. September 2016 (Urk. 5/40/15) sowie jenem über TTS\$ 400'000.– (umgerechnet rund Fr. 60'000.–; Darlehensvertrag vom 15. Dezember 2016, Urk. 5/40/16) diverse offene Forderungen der Familie sowie Anwaltskosten beglichen und folglich beide Darlehen aufgebraucht zu haben (Urk. 5/39 Ziff. 40), belegt dies aber wiederum nicht. Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass sie über liquide Mittel verfügt, die sie nicht offenlegt. Auch fällt auf, dass die Gesuchsgegnerin in ihrer Berufungsschrift bezüglich der beantragten Vermögenssperre davon ausgeht, dass sie die gemeinsame Verpflichtung gegenüber dem Darlehensgeber im April 2017 begleichen muss und entsprechend einen Anspruch gegen den Gesuchsteller in der güterrechtlichen Auseinandersetzung haben wird (Urk. 1 Ziff. 12). Damit geht sie aber immerhin davon aus, für die Begleichung jener finanziellen Verpflichtung hinreichende Mittel zu haben bzw. beschaffen zu können. Ob die ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel aus Darlehen, Zahlungen des Paten der ausserehelichen Tochter H._____ (vgl. dazu Prot. I S. 23) oder anderweitigen Quellen stammen, ist unklar. Klar ist auf jeden Fall, dass die

Gesuchsgegnerin den von ihr geltend gemachten Bedarf mit den behaupteten finanziellen Mitteln nicht decken kann. Wird der von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Bedarf mit den vom Gesuchsteller bezahlten Unterhaltsbeiträgen verglichen, müsste ein monatliches Defizit von über Fr. 15'000.– resultieren, wobei zu berücksichtigen wäre, dass der Gesuchsteller zusätzlich gewisse Rechnungen direkt begleicht (welche jedoch nur teilweise Bedarfspositionen ihrer Bedarfsaufstellung darstellen, insbesondere die Leasingkosten [vgl. Urk. 9/3]). Eine entsprechende Verschuldung in den letzten Monaten wurde nicht behauptet, geschweige denn belegt. Auch wurden hinsichtlich des Vermögens lediglich Kontoübersichten ohne die einzelnen Kontobewegungen eingereicht (vgl. Urk. 5/40/4-6). Um die von ihr behauptete Mittellosigkeit glaubhaft zu machen, hätte die Gesuchsgegnerin ihre finanziellen Verhältnisse jedoch vollständig offenlegen müssen, nachdem ihre Mittellosigkeit vom Gesuchsteller bestritten worden war. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Gesuchsgegnerin – trotz der entsprechenden Behauptungen des Gesuchstellers (Urk. 7 Ziff. 23) – nicht erklärte, weshalb sie mit der Wohnung

- 21 - am E._____ -Weg ... in Zürich keine Mietzinseinnahmen erzielt. Da die Gesuchsgegnerin anwaltlich vertreten ist, ist ihr keine Frist zur Ergänzung ihrer Antragsbegründung bzw. zur Einreichung von weiteren Belegen anzusetzen. Die richterliche Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO dient nämlich insbesondere nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 4.5.2). Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei (BGer 4A_78/2014 vom 23. September 2014, E. 3.3.3). Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (BGE 142 III 462 E. 4.3; vgl. auch BGer 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014, E. 1.3.2; 4D_57/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2). Vorliegend ist ein Eingreifen jedenfalls nicht angezeigt. Folglich konnte die Gesuchsgegnerin ihre Mittellosigkeit nicht glaubhaft machen, dementsprechend hat die Vorinstanz die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin in ihrer Eventualbegründung zu Recht verneint und ist ihr Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages abzuweisen. 8. Beschwerdeverfahren Mit ihrer Beschwerde wehrt sich die Gesuchsgegnerin gegen die Abweisung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege durch die Vorinstanz. Auch im Zusammenhang mit ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin nach dem Gesagten zu verneinen. Es wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (vgl. E. 7.7.2). Zwar gilt auch bei der Prüfung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege der Untersuchungsgrundsatz, dieser ist aber durch die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei eingeschränkt (vgl. 119 Abs. 2 ZPO; vgl. zum Ganzen BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.1 mit weiteren Hinweisen). Indem die Gesuchsgegnerin ihre finanziellen Mittel nicht offenlegte, hat sie diese Mitwirkungspflicht verletzt. Dementsprechend hat die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Rechtspflege letztlich zu Recht abgewiesen und ist die Beschwerde abzuweisen.

- 22 -

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 9.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 4'500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten vollständig der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 9.2

Als Folge der Kostenverteilung hat die Gesuchsgegnerin den Gesuchsteller für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 und § 13 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV]) ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine volle Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzusatz von 8%, Fr. 80.–, geschuldet.

E. 9.3

Die Gesuchsgegnerin ersucht für das zweitinstanzliche Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 3). Wie bereits dargelegt, ist die Gesuchsgegnerin nicht mittellos. Es kann auf die obenstehenden Erwägungen verwiesen werden (vgl. E. 7.7.2 und E. 8). Dementsprechend ist ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch für das Rechtsmittelverfahren abzuweisen. Es wird beschlossen: 1. Das Beschwerdeverfahren RE170007-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und unter der Prozessnummer LE170012-O weitergeführt. 2. Das Beschwerdeverfahren RE170007-O wird als dadurch erledigt abgeschrieben. 3. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.

- 23 - 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Der Antrag der Gesuchsgegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen. 2. Die Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 22. Februar 2017 wird abgewiesen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. 5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 zweiter, das Verfahren abschliessender Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–.

- 24 - Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 26. Juni 2017 Obergericht des Kantons

Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Knoblauch versandt am: mc

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