

ZH_OBERGERICHT LY120023 vom 3. September 2012

ZH Obergericht, 2012-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY120023

FR: ZH_OBERGERICHT LY120023 du 3 septembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LY120023 del 3 settembre 2012

Erwägungen

E. 5

Januar 2012, B. _____ (nachfolgend Klägerin) sei zu verpflichten, ihm einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 20'000.– zu leisten, eventualiter sei ihm die vollständige unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (act. 5/17). Der Beklagte präzisierte und dokumentierte das Begehren auf entsprechende Aufforderung der Vorinstanz am 17. Mai 2012 (act. 5/34), und auch die Klägerin nahm dazu Stellung (act. 5/32). Mit Verfügung vom 9. Juli 2012 wies die Vorinstanz das Begehren ab (act. 3). 1.2 Der Beklagte gelangte am 24. Juli 2012 rechtzeitig an das Obergericht. Mit der als Beschwerde bezeichneten Eingabe beantragt er, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Klägerin sei zu verpflichten, ihm einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 20'000.– zur Verfügung zu stellen; eventualiter sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. Zudem ersucht er für das Rechtsmittelverfahren um die analoge Mitwirkung der Klägerin bei der Prozessfinanzierung aus dem ehelichen Gesamtvermögen bzw. um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2, 7). 1.3 Das Obergericht zog die vorinstanzlichen Akten bei (act. 5). Es auflegte dem Beklagten keinen Kostenvorschuss und verzichtete auch auf eine Stellungnahme der Gegenpartei (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif. 2.1 Das Obergericht behandelt das Rechtsmittel ungeachtet der Bezeichnung nach den zutreffenden Vorschriften von Berufung oder Beschwerde (vgl. OGer ZH PF110004 vom 9. März 2011, E. 5.2). Angefochten ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen, nämlich die Abweisung des Antrags auf Verpflichtung der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, nur subsidiär geht es um die Ablehnung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Der Beklagte ging bereits vor Vorinstanz davon aus, dass die Parteien so

- 3 - vermögend seien, dass kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehe, und er lässt es offen, ob die Klägerin ihre eheliche Beistandspflicht in bar oder durch aktive Beteiligung an der Realisierung einer Liegenschaft erfülle (vgl. act. 5/17 S. 3; act. 2 S. 6). Entgegen der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid (act. 3 Dispositiv-Ziffer 4) ist die Sache daher berufungsfähig (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO) und steht die Beschwerde gegen die Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 121 ZPO nicht zur Verfügung. 2.2 Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung geht der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht nach. Die Beistandsbedürftigkeit nach Art. 159 Abs. 3 ZGB als Voraussetzung für die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den anderen Ehegatten ist gegeben, wenn der Gesuchsteller ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts innert Frist nicht über die Mittel rechtlich und tatsächlich verfügen kann, welche zur Prozessführung erforderlich sind. Ein Ehegatte bedarf hingegen keines Vorschusses, solange er den Prozess aus eigenen Mitteln finanzieren kann, ohne bedürftig

zu werden. Dies gilt selbst dann, wenn der andere Teil zu dessen Leistung in der Lage ist (vgl. Maier, Prozessuale Fragestellungen im Familienrecht anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2008, S. 577 f.; BGE 119 Ia 11, E. 3a, S. 12; BGE 103 Ia 99 E. 4, S. 100; ZR 90/1991 Nr. 82). Für die Beurteilung der Bedürftigkeit resp. Mittellosigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches zu betrachten. Die jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind dem Aufwand für den notwendigen Lebensaufwand gegenüberzustellen. Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt werden, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen werden. Ein allfälliger Überschuss ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen, dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei einfachen Prozessen innert eines Jahres, bei aufwendigen Prozessen innert zwei Jahren zu tilgen (vgl. zum Ganzen

- 4 - BGer 9C_432/2010 vom 8. Juli 2010; BGer 5P.218/2001 vom 3. September 2001). Sofern eine Mittellosigkeit des Gesuchstellers nicht bereits aufgrund seiner Einkommensverhältnisse verneint werden muss, sind auch seine Vermögensverhältnisse zu prüfen. Unbewegliches Vermögen ist bei der Beurteilung der Bedürftigkeit zu berücksichtigen, soweit als die darin gebundenen Mittel kurzfristig zur Prozessfinanzierung verfügbar gemacht werden können. So muss der Eigentümer einer Liegenschaft eine (zusätzliche) Hypothek aufnehmen, solange diese noch belastet werden kann. Ist die Aufnahme einer Hypothek nicht möglich, so ist die Immobilie zu veräussern, sofern die Veräusserung nach den gesamten Umständen zumutbar ist; das ist der Fall, wenn eine gewinnbringende Veräusserung innert angemessener Frist tatsächlich möglich ist (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO [online-Stand 16. April 2012], Art. 119 N 36, 40; BGE 119 Ia 11, E. 5, S. 12 f.; BGer 5P.458/2006 vom 6. Dezember 2006 E. 2.2; BGer 5A_294/2008 vom 18. August 2008, E. 3.4.1; BGer 4A_294/2010 vom 2. Juli 2010 E. 1.3). 2.3 Die Vorinstanz kam nach Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf des Beklagten zunächst zum Schluss, dieser verfüge über einen monatlichen Überschuss von Fr. 1'388.--. Gehe man im vorliegenden Fall von einem aufwändigen Prozess aus, so stünden dem Beklagten während der nächsten zwei Jahre rund Fr. 33'000.-- für die Prozessfinanzierung zur Verfügung. Damit könne er die Gerichts- und Anwaltskosten ebenso wie allfällige Vorschüsse ohne Weiteres innert nützlicher Frist bezahlen. Die Vorinstanz stellte im Weiteren fest, die Parteien seien Miteigentümer zu gleichen Teilen von vier Liegenschaften. Der Beklagte habe eine Erklärung der C.____ [Bank] beigebracht, wonach die Parteien einen Rahmenvertrag für die Kreditsumme von Fr. 880'000.-- abgeschlossen hätten, wobei die auf den Liegenschaften in D.____, E.____ (F.____) und G.____ (H.____) lastenden Grundpfandrechte als Sicherheiten dienten (act. 4/32). Die C.____ habe mitgeteilt, dass eine Erhöhung der Hypothek zur Finanzierung von Gerichts- respektive Verfahrenskosten nicht möglich sei (vgl. act. 5/35/5). Die I.____ AG [Bank], bei welcher zwei Hypotheken aufgenommen worden seien, für welche die Grundpfandrechte auf der Liegenschaft in J.____ hafteten, habe an-

- 5 - dererseits lediglich mitgeteilt, dass keine generellen Bestätigungen betreffend die Belehnbarkeit von Liegenschaften abgegeben würden (vgl. act. 5/35/6), weshalb im vorliegenden Falle nicht ausgeschlossen werden könne, dass eine zusätzliche hypothekarische Belastung möglich sei. Keine der Parteien habe im Übrigen substantiiert

dargelegt, weshalb ein Verkauf der einzelnen, in ihrem Miteigentum stehenden Liegenschaften, insbesondere der Ferienwohnungen unzumutbar sei oder weshalb mit einem Verlust zu rechnen sei. Der Beklagte habe sich konkret um eine Erhöhung der Hypothek bei der I. _____ AG bzw. um den Verkauf einer Liegenschaft zu bemühen, sofern sich seine Einkommenssituation oder sein Bedarf derart verändern sollten, dass der monatliche Überschuss allein nicht mehr zur Finanzierung des Prozesses ausreiche. Die Vorinstanz merkt an, dass durch eine Vermietung der leerstehenden Ferienwohnungen ein nicht unbeachtlicher Mietzins erzielbar werden könne. Die Mittellosigkeit des Beklagten sei daher nicht glaubhaft gemacht worden, weshalb sowohl das Gesuch um Prozesskostenvorschuss als auch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen sei. Abschliessend wies die Vorinstanz die Parteien darauf hin, dass sie ihre Möglichkeiten zur Finanzierung des Prozesses bisher längst nicht ausgeschöpft hätten und sich diesbezüglich nötigenfalls im Rahmen ihrer ehelichen Beistandspflicht (unter Anrechnung im Güterrecht) gegenseitig zu unterstützen hätten (act. 3 S. 4 ff.).

2.4 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz sei bei der Beurteilung des Antrages um Kostenvorschuss und unentgeltlicher Prozessführung von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Er weist darauf hin, dass sein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses zwei Fälle betreffe – den aktuellen Scheidungsprozess sowie den in den nächsten Wochen vom Beklagten einzuleitenden Prozess betreffend Austritt aus der einfachen Gesellschaft mit der Klägerin und deren Mutter. Nach Auffassung des Beklagten stehe dem von der Vorinstanz richtig bemessenen Einkommen von Fr. 7'083.-- ein Notbedarf von Fr. 6'790.--, nicht lediglich von Fr. 5'695.-- gegenüber, der Überschuss betrage daher nicht Fr. 1'388.-- pro Monat, wie im angefochtenen Entscheid ausgeführt werde; sondern lediglich Fr. 293.--. Die Vorinstanz habe lediglich die Hälfte der Liegenschaftskosten und im Gegensatz zum Eheschutzverfahren weniger als die Hälfte der Wohnkosten berücksichtigt, und sie habe die Pauschale für Berufskleider zu Unrecht für nicht

- 6 - glaubhaft erachtet. Allein beim Scheidungsprozess sei hinsichtlich der Prozesskosten mit einer fünfstelligen Zahl zu rechnen. Noch schwieriger werde die Leistung der Kostenvorschüsse des Prozesses betreffend Auflösung der einfachen Gesellschaft mit einem Streitwert von mutmasslich Fr. 100'000.--, da sich das Bezirksgericht Bülach dabei wohl nicht mit der Ratenzahlung von monatlich ein paar Hundert Franken zufrieden gebe. Das gleiche gelte für die Anwaltskosten. Selbst monatliche Raten von Fr. 1'000.-- seien einem Anwalt nicht zuzumuten. Bei der Frage der Realisierbarkeit der Liegenschaften gehe die Vorinstanz sodann von der falschen Prämisse aus, dass es dem Beklagten zumutbar sei, auf diesem Weg die nötigen Mittel für die Prozessführung zu beschaffen. Da er nur Miteigentümer sei, könne und werde die Klägerin das auf jeden Fall zu verhindern versuchen, indem sie die Zustimmung verweigere. Die Erwägungen der Vorinstanz liessen die Streitkultur der Parteien ausser Acht; der Beklagte könne sich gar nicht konkret um eine Erhöhung einer Hypothek bemühen, ohne dass die Klägerin zustimme. Da die Leistung von Vorschüssen dem Beklagten innert zumutbarer Frist nicht möglich sei, weder aus einem monatlichen Freibetrag noch aus Vermögen, habe der Beklagte Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, bis die Klägerin sich einem rechtskräftigen Entscheid über ihre eheliche Beistandspflicht gegenübersehe. Ob sie dieser Pflicht in bar ab dem nicht deklarierten K. _____ [Bank] Konto oder durch aktive Beteiligung an der Realisierung einer Liegenschaft der Parteien nachkomme, sei letztlich unerheblich (act. 2 S. 2, 3 ff.).

3.1 Vorab ist festzustellen, dass der Beklagte den Prozesskostenvorschuss vor Vorinstanz richtigerweise lediglich für das hängige Scheidungsverfahren forderte. Er führte aus, dass

er mit Bezug auf den weiteren Prozess betreffend Auflösung der einfachen Gesellschaft ein neues Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses werde einreichen müssen (act. 5/17 S. 3). Dem vor Obergericht erklärten Ansinnen des Beklagten, den Kostenvorschuss im Scheidungsverfahren für beide Prozesse zu verlangen (act. 2 S. 6 f.), ist kein Erfolg beschieden, da die Voraussetzungen der Beistandsbedürftigkeit wie auch der Prozessaussichten für jeden Prozess gesondert zu prüfen sind. Die Auflösungsklage ist zudem – wie der Beklagte selbst geltend macht (act. 2 S. 5) – nicht einmal rechtshängig.

- 7 - 3.2 Dem Beklagten ist darin zu folgen, dass die Vorinstanz auf die Liegenschaftskosten der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 7. Oktober 2010 (act. 5/7) abstellte und dabei ausser Acht liess, dass in seinem Bedarf damals, als er die Wohnung in J._____ mit seiner Partnerin bewohnte, die Hälfte der Liegenschaftskosten berücksichtigt wurde. Werden dem Beklagten heute die mit der Liegenschaft erzielten Mietzinseinnahmen als Einkommen angerechnet (vgl. act. 3 S. 4 f.), sind auch die gesamten Liegenschaftskosten mit einzubeziehen. Allerdings weist die Vorinstanz korrekt darauf hin, dass der Beklagte beim geltend gemachten Betrag von Fr. 645.-- "fiktiv/Vermeidung Unterdeckung" anmerkte (act. 5/18/2) und dass aufgrund der Kreditverträge mit der I._____ (act. 5/4/40-41) von Hypothekarzinsen zwischen Fr. 5'500.-- und Fr. 6'000.-- pro Jahr auszugehen ist. Nach den Ausführungen des Beklagten im Eheschutzverfahren betragen die Stockwerkeigentümerbeiträge Fr. 600.-- pro Monat (act. 5/7 Prot. S. 6 f.; act. 5/7/10 S. 9). Das ergibt Liegenschaftskosten von insgesamt Fr. 1'100.-- pro Monat, und es rechtfertigt sich, von diesem Betrag auszugehen. Handkehrum ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Beklagten für die von ihm mit seiner Partnerin und deren beiden Kindern bewohnte Wohnung mit einem Gesamtmietzins von Fr. 2'000.-- aufgrund der ungleichen Nutzung lediglich Fr. 800.-- anrechnete. Dass der Beklagte in eine grössere Wohnung umzog, weil die Klägerin die Raumknappheit bei der Ausübung des Besuchsrechts beanstandet habe, mag zutreffen oder nicht; es ändert jedenfalls nichts daran, dass die Wohnung weit mehr als vom Beklagten von seiner Lebenspartnerin und ihren Kindern beansprucht wird. Wenn nun entsprechend etwas weniger als die Hälfte des Gesamtmietzinses für Wohnkosten des Beklagten berücksichtigt wird, stellt das keine unbegründete Abweichung vom Eheschutzentscheid dar. Der Beklagte räumt im Weiteren ein, dass er die geltend gemachte Pauschale von Fr. 250.-- pro Monat für die Berufskleidung als Metzger nicht dokumentiert habe. Obschon notorisch sein dürfte, dass ein Metzger seine Arbeit nicht in Strassenbekleidung verrichtet, erscheint der geltend gemachten Betrag in der Höhe doch begründungsbedürftig. Auch im Rahmen der blossen Glaubhaftmachung kann das Gericht von behaupteten Tatsachen die Einreichung von sachdienlichen Unterlagen verlangen, wenn dies ohne Weiteres möglich ist, wie insbesondere bei Belegen für spezielle Aus-

- 8 - gaben (vgl. Beschluss des Kassationsgerichts, Geschäfts-Nr. AA100016, vom 21. März 2011, E. 2.5; Maier, op. cit., S. 579). Mangels Substantiierung der geltend gemachten Kosten und mangels Beleg sind zusätzliche Ausgaben für Berufskleidung nicht glaubhaft gemacht. Rechnet man dem Beklagten gegenüber dem angefochtenen Entscheid zusätzlich Liegenschaftskosten von Fr. 455.-- pro Monat an, verbleibt ihm ein Überschuss von Fr. 933.-- im Monat. Dem Beklagten stehen mithin während der nächsten zwei Jahre immer noch rund Fr. 22'400.-- für Prozesskosten zur Verfügung. Damit ist es ihm durchaus möglich, die im Scheidungsverfahren zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in absehbarer Zeit (mittels Ratenzahlung) zu tilgen. Die Vorinstanz hat sein Begehren um

Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege daher zu Recht abgewiesen. Die Berufung ist abzuweisen, und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen. 3.3 Zum nämlichen Ergebnis führen die von der Vorinstanz zutreffend angeführten Umstände (vgl. act. 3 S. 10 f.), dass es aufgrund des Schreibens der I. _____ vom 3. Mai 2012 (act. 5/35/6) nicht ausgeschlossen ist, die Hypothek auf der Liegenschaft in J. _____ zu erhöhen, dass eine gewinnbringende Veräusserung einer der Ferienwohnungen innert nützlicher Frist ohne Weiteres möglich und zumutbar erscheint und auch, dass durch eine Vermietung der Ferienwohnungen ein beachtlicher Mietzinsertrag erzielt werden kann. Der Beklagte bestreitet all dies nicht. Nach Auffassung des Beklagten zielten die Erwägungen der Vorinstanz dennoch daneben, denn damit werde übergangen, dass es ihm als Miteigentümer ohne Zustimmung der Klägerin gar nicht möglich sei, eine Liegenschaft (in welcher Form auch immer) zu realisieren. Dass der Beklagte ohne die Mitwirkung seiner Ehefrau nicht über das gemeinsame Eigentum verfügen kann, trifft zu. Mittellos ist er damit gleichwohl nicht. Denkbar wäre es, im Massnahmeverfahren gestützt auf Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 648 Abs. 2 ZGB von der Klägerin die Zustimmungserklärung zur Belastung oder zum Verkauf einer bestimmten Liegenschaft zu verlangen. Bei Rechtsgeschäften, welche die Zustimmung des anderen Ehegatten erfordern, kann die Zustimmung durch eine gerichtliche Er-

- 9 - mächtigung ersetzt werden. Da der Entscheid über das Begehren die entsprechende Erklärung ersetzt (vgl. Art. 344 Abs. 1 ZPO), muss die Willenserklärung im Entscheid und mithin auch im Begehren genau umschrieben sein (vgl. ZK ZPO-Staehelin, Art. 344 N 7). Es muss klar sein, was für eine Erklärung verlangt wird. Der Beklagte spricht sich nicht darüber aus, welche Liegenschaft seiner Meinung nach für die Prozessfinanzierung belastet oder verkauft werden solle resp. was für eine Mitwirkung er von der Klägerin im Hinblick auf das gemeinsame Vermögen verlangt. Vor Vorinstanz führte er aus, die Klägerin habe das nicht in der Steuerklärung erscheinende Konto bei der K. _____ offenzulegen (act. 5/34 S. 3). Weitere Ausführungen zu diesem Konto machte er jedoch nicht. Die Klägerin machte ihrerseits geltend, sie verfüge nicht über genügend liquide Mittel, um einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (act. 5/32 S. 2). Entgegen der Auffassung des Beklagten geht es nicht an, lediglich die "generelle Verpflichtung" der Klägerin anzurufen, an der Prozessfinanzierung aus dem ehelichen Gesamtvermögen mitzuwirken und dabei offen zu lassen, aus welchen (gemeinsamen) Mitteln der verlangte Prozesskostenvorschuss geleistet werden soll (vgl. act. 2 S. 7). (Auch) das führt zur Abweisung der Berufung. 4. Der Beklagte verlangt ebenfalls für das Rechtsmittelverfahren einen Prozesskostenvorschuss von der Klägerin bzw. ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inkl. Bestellung eines Rechtsbeistandes. Aus den vorstehenden Gründen ist auch dieses Gesuch abzuweisen. Dem Beklagten fehlt es nach dem Ausgeführten an der notwendigen Mittellosigkeit, und die Berufung erweist sich zudem als von vornherein unbegründet und mithin aussichtslos.

E. 5.1

Über die Kosten- und Entschädigungsfolge des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 und 3 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit nach Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO [online-Stand 16. April 2012], Art. 121 N 10; OGer ZH PC110052 vom

23. November 2011, publiziert unter <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide>), nicht bei den vorliegend beurteilten vorsorglichen Massnahmen gestützt auf die eheliche Beistandspflicht.

- 10 -

E. 5.2

In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren dem Beklagten aufzuerlegen. Mit Blick auf den Streitwert von Fr. 20'000.-- ist die Entscheidgebühr nach § 4 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 GebV OG und in Berücksichtigung des Reduktionsgrundes des summarischen Verfahrens nach § 8 Abs. 1 GebV OG (hälftige Kürzung) auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

E. 5.3

Mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. Es wird beschlossen:

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