

ZH_OBERGERICHT LY170044 vom 25. Januar 2018

ZH Obergericht, 2018-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY170044

FR: ZH_OBERGERICHT LY170044 du 25 janvier 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LY170044 del 25 gennaio 2018

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt / Prozessgeschichte

E. 1.1

Der Kläger, Gesuchsteller, Berufungskläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsteller) und die Beklagte, Gesuchsgegnerin und Berufungsklagte (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) heirateten am tt. März 1996 (act. 6/33) und haben drei gemeinsame Kinder: die volljährige Tochter C._____, geb. tt. mm.1996, den kürzlich volljährig gewordenen Sohn D._____, geb. tt. mm.1999, sowie die minderjährige Tochter E._____, geb. tt.mm.2003.

E. 1.2

Seit dem 17. Oktober 2016 ist die Scheidungsklage des Gesuchstellers vor dem Bezirksgericht Andelfingen (nachfolgend: Vorinstanz) hängig (act. 6/1). Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 (act. 6/42) stellte er den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2017 (act. 6/56 = act. 4 = act. 5 [Aktensexemplar]) entschied die Vorinstanz über das Massnahmebegehren und das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung.

E. 1.3

Am 16. Oktober 2017 erhob der Gesuchsteller in Bezug auf den Entscheid der Vorinstanz rechtzeitig Berufung gegen den Massnahmenentscheid und Beschwerde gegen die Abweisung seines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung bei der Kammer (vgl. act. 2 i.V.m. act. 6/57/1, Art. 314 Abs. 1 ZPO und Art. 121 i.V.m. Art. 321 Abs. 2 ZPO). Daraufhin wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 14. November 2017 (act. 7) Frist zur Berufungsantwort gesetzt, welche diese mit Eingabe vom 30. November 2017 (Poststempel, act. 9) samt Beilagen (act. 10/1-13) fristgerecht (vgl. act. 7 i.V.m. act. 8 i.V.m. act. 9) erstattete. Mit Verfügung vom

E. 1.4

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-57). Die Beschwerde des Gesuchstellers gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung erweist sich als spruchreif. Es wurde zwar eine Berufungsantwort, aber keine Beschwerdeantwort von der Gesuchsgegnerin eingeholt (vgl. act. 7), zumal ihre Rechte und Pflichten durch die Beschwerde nicht tangiert sind (vgl. BGE 139 III 334 ff., E. 4.2 mit Verweis auf BGer 5A_29/2013 vom 4. April 2013 E. 1.1 m.w.H.). Die dazu seitens der Gesuchsgegnerin unaufgefordert in der eingeholten Berufungsantwort angebrachten Ausführungen (vgl. act. 9 S. 12 f. Rz. 40 ff.) sind daher unbeachtlich und auch nicht zu entschädigen. 2. Beschwerde 2.1 Beschwerdethema ist der

Anspruch des Gesuchstellers auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverteidigung für das erstinstanzliche Verfahren. 2.2 Die Vorinstanz wies das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverteidigung mangels Mittellosigkeit ab. Dabei erwog sie namentlich, die Mutter des Gesuchstellers habe zwar mit E-Mail vom 4. September 2017 bestätigt, von ihrem Sohn das Darle-

- 4 - hen in der Höhe von Fr. 100'000.– nach der Veräusserung des Hauses in F._____ zurückerhalten zu haben. Ausserdem liege eine Bescheinigung der Mutter des Gesuchstellers vom 1. Juli 2016 vor, wonach der Gesuchsteller "zur Zahlung der Eigenleistung bei Kauf der Immobilien" am 16. Oktober 1996 DM 100'000.–, am 13. Januar 2006 Fr. 100'000.– und am 14. Januar 2011 € 30'000.– erhalten habe, deren Rückzahlung bei Veräusserung der Objekte vereinbart worden sei. Da jedoch weder im Schuldenverzeichnis zur Steuererklärung 2014 noch in jenem zur Steuererklärung 2015 Darlehen erwähnt seien und die Parteien beide übereinstimmend erklärt hätten, der Gesuchsteller habe die € 30'000.– 2011 für den Kauf eines Autos (und keiner Liegenschaft) verwendet, sei zumindest hinsichtlich der Fr. 100'000.– und der € 30'000.– nicht glaubhaft, dass es sich um Darlehen handle (vgl. act. 5 S. 24 E. VI. / Ziff. 1c). 2.3 Der Gesuchsteller hält dem entgegen, dass die Schulden nicht in der Steuererklärung aufgeführt seien, bedeute nicht, dass diese nicht bestünden. Da die Fr. 100'000.– von der Mutter nur für den Kauf eines Hauses gegeben worden seien, sei klar, dass sie dieses Geld beim Verkauf des Hauses wieder zurückfordere. Weiter räumt er ein, die € 30'000.– für den Kauf eines Autos verwendet zu haben. Dafür sei es von der Mutter auch gegeben worden. Dies schliesse jedoch nicht aus, dass es sich um ein Darlehen handle, welches rückzahlbar sei, wenn es ihm möglich sei. Es dürfe ihm nicht ohne triftige Anhaltspunkte vorgeworfen werden, dass er irgendwo über Vermögen verfüge, welches er nicht angebe (vgl. act. 2 S. 7). 2.4 Wer selbst nicht über ausreichend Mittel für die Kosten des Verfahrens verfügt, hat Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss von seinem Ehegatten, sofern dieser zu dessen Bezahlung in der Lage ist (vgl. BGE 142 III 36 E. 2.3 m.w.H.; BGE 138 III 672 E. 4.2.1 S. 674). Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege gegenüber familienrechtlichen Ansprüchen hat eine Partei, die ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt, entweder auch um Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu ersuchen oder aber darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, sodass das Gericht diese Auffassung vor-

- 5 - frageweise prüfen kann (vgl. BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 8 mit Verweis auf BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016 E. 2.1; BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (vgl. BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2 mit Verweis auf BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5). Denn solange Ungewissheit darüber besteht, ob die gesuchstellende Partei vom anderen Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss verlangen kann, gilt sie nicht als bedürftig (vgl. BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1; OGer ZH PC170029 vom 10. August 2017, E. 3.2.3 m.w.H.). 2.5 Der Gesuchsteller stellte vor Vorinstanz keinen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses und legte auch nicht dar, weshalb auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden könne (vgl. act. 6/42 und Prot. Vi. S. 16 ff.). Er gab zwar an, über kein Einkommen und kein Vermögen zu verfügen und

machte sinngemäss geltend, seine Anteile aus dem Verkauf der Liegenschaft in F._____ und der Wohnung in Deutschland habe er an seine Mutter zurückgezahlt bzw. werde dies noch tun, zumal es sich um Darlehen handle (vgl. act. 6/42 S. 3 i.V.m. act. 6/43/3). Zur finanziellen Situation der Gesuchsgegnerin machte er jedoch keinerlei Ausführungen. Somit bleibt un- gewiss, ob der Gesuchsteller von der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenvor- schuss hätte verlangen können. Die anwaltliche Vertretung der Gesuchsgegnerin hatte vor Vorinstanz explizit angemerkt, noch kein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt zu haben, weil die Gesuchsgegnerin noch zu viel Vermögen habe (vgl. Prot. Vi. S. 23). Umso mehr hätte sich der Gesuchsteller dazu äussern müssen, weshalb er keinen Prozesskostenvorschuss beantrage oder weshalb da- rauf verzichtet werden könne. Somit kann er zum vornherein nicht als bedürftig gelten. Die Vorinstanz hätte somit das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverteidigung bereits aus diesem Grund abweisen können. Im Ergebnis ist der Entscheid der Vorinstanz in diesem Punkt zu schützen und die Beschwerde dagegen abzuwei- sen.

- 6 - 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen 3.1 Mit dem Rückzug der Berufung wird auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen rechtskräftig, wonach die Vorinstanz erst zu- sammen mit der Hauptsache darüber entscheiden wird. Hingegen rechtfertigt es sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rechtsmittelverfahren bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis dahin zuzuwarten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). 3.2 Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Berufungs- und Beschwerde- verfahrens bzw. des Rechtsmittelverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Mangels eines Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren (vgl. act. 2), ist auch das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unent- geltlicher Rechtsverteidigung für das Rechtsmittelverfahren ohne weiteres ab- zuweisen. Zur Begründung kann auf die obigen Ausführungen zur Beschwerde verwiesen werden (vgl. oben E. 2.4 f.). 3.3 Der Gesuchsteller verlangte mit seiner Berufung anstelle der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 7'000.– pro Monat ab 1. Januar 2018 die Anrechnung eines solchen ab 1. Oktober 2018. Eine fehlende Leistungsfähig- keit bis 1. Oktober 2018 hätte zur Befreiung des Gesuchstellers von Unterhalts- pflichten in der Höhe von insgesamt Fr. 3'710.– pro Monat bis zu diesem Datum geführt (Fr. 1'738.– für D._____, Fr. 1'744.– für E._____ und Fr. 228.– für die Ge- suchsgegnerin), mithin Fr. 33'390.– (Fr. 3'710.– x 9 Monate). Zudem verlangte er damit die Aufhebung der Verpflichtung, wonach er der Gesuchsgegnerin ausste- hende Unterhaltsbeiträge von Fr. 12'240.58 zu bezahlen habe. Insgesamt ergibt dies einen Streitwert von Fr. 45'630.58. Daraus resultiert eine ordentliche Grund- gebühr von Fr. 5'200.–. Namentlich unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichtes für die Vorbereitung sowie die Verschiebung und Abnahme der an- gesetzten Verhandlung ist diese Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 i.V.m. § 4 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– herabzusetzen und dem Gesuchsteller aufzuerlegen.

- 7 - 3.4 Auch das Beschwerdeverfahren betreffend Verweigerung der unentgeltli- chen Rechtspflege ist kostenpflichtig (vgl. BGE 137 III 470 ff., E. 6). Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich nach denselben Regeln festzusetzen, wie für das Berufungsverfahren. Zu berücksichti- gen ist aber insbesondere der erheblich geringere zeitliche Aufwand der Kammer, zumal mit der unentgeltlichen Rechtspflege nur ein

Teilaspekt des Entscheides überprüft wurde. Diese Entscheidunggebühr ist daher auf Fr. 300.– festzusetzen und dem Gesuchsteller aufzuerlegen. 3.5 Die Grundgebühr zur Bemessung der Parteientschädigung bestimmt sich für das Berufungsverfahren danach, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 13 Abs. 1 AnwGebV). Neben dem Streitwert sind bei der Festsetzung der Entschädigung der notwendige Zeitaufwand, die Schwierigkeit des Falles und die Verantwortung des Rechtsanwalts zu berücksichtigen (§§ 2 und 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Bei einem Streitwert von rund Fr. 45'630.– beträgt die ordentliche Grundgebühr Fr. 6'607.–. Ausgehend davon und unter Berücksichtigung von § 9 und § 11 Abs. 4 AnwGebV ist die ermässigte Parteientschädigung auf Fr. 1'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen. Es wird beschlossen:

E. 5

Dezember 2017 (act. 11) wurden dem Gesuchsteller die Doppel der Berufungsantwort (act. 9) und der entsprechenden Beilagen (act. 10/1-13) zugestellt, unter Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Erklärung, von einer allgemeinen Bestreitung abgesehen zur Berufungsantwort keine weiteren Bemerkungen anbringen zu wollen, andernfalls zu einer Instruktionsverhandlung vorgeladen werde. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2017 (act. 13) liess der Gesuchsteller

- 3 - fristgerecht (vgl. act. 11 i.V.m. act. 12, bis 21. Dezember 2017) erklären, dass er eine Instruktionsverhandlung zwecks Wahrung seines Replikrechtes wünsche. Sodann wurde zur Verhandlung auf den 26. Januar 2018 vorgeladen (vgl. act. 14/1-2 und act. 15/1-2), die in der Folge auf den 25. Januar 2018 vorver- schoben werden musste (vgl. act. 16/1-2 und act. 17/1-2). Mit Eingabe vom 19. Januar 2018 (act. 18) zog der Gesuchsteller seine Berufung zurück und bat, bei der Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen, dass der Anlass für den Rückzug der Berufung auf einer neuen Tatsache beruhe. Er habe per 1. Februar 2018 eine Arbeitsstelle gefunden (vgl. act. 19) und werde nun versuchen, mit der Gesuchstellerin eine Gesamtlösung zu finden. Somit ist das Berufungsverfahren zufolge Rückzugs abzuschreiben (Art. 241 ZPO). Die Ladung wurde den Parteien abgenommen (vgl. act. 21/1-2).

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