

# ZH\_OBERGERICHT LY180008 vom 3. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY180008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY180008)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY180008 du 3 octobre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LY180008 del 3 ottobre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Januar 2016. c) Grundlagen der Unterhaltsberechnung Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde: - Erwerbseinkommen Ehefrau: CHF 250.– netto; - Angenommenes Erwerbseinkommen Ehemann: CHF 9'000.– netto; - Bedarf Ehemann; CHF 4'900.– (ohne laufende Steuern, inkl. Privatschule C.\_\_\_\_); - Bedarf Ehefrau mit dem Sohn C.\_\_\_\_; CHF 4'200.– (ohne laufende Steuern). d) ... e) ..."

- 5 -

### E. 2

Mit seiner Scheidungsklage vom 22. September 2017 stellte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) gleichzeitig ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen. In Abänderung des Eheschutzentscheides vom 11. Januar 2016 verlangte der Kläger die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) per Datum Einreichung der Scheidungsklage (Urk. 6/1 S. 3). Am 16. Januar 2018 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen, zunächst unbegründeten Entscheid (Urk. 6/29). Die begründete Fassung des Entscheides vom 16. Januar 2018 (Urk. 6/37) wurde dem Kläger am 13. Februar 2018 zugestellt (vgl. Urk. 6/38/1).

#### E. 2.1

Der Kläger moniert, mit dieser Begründung stelle die Vorinstanz den Sachverhalt nicht nur unzutreffend fest, vielmehr würdige sie die Beweismittel willkürlich und verletze sein rechtliches Gehör, als sie völlig unzureichend und nicht nachvollziehbar seine fehlende Mittellosigkeit begründe. Zum einen stütze sie sich auf Akten aus einem Strafverfahren, ohne dass diese Strafakten im vorliegenden Scheidungsverfahren beigezogen worden seien. Es sei für ihn unklar, welche Akten beigezogen worden seien und inwiefern darauf abgestützt worden sei. Es sei ihm im Zuge des Verfahrens um einen Prozesskostenvorschuss denn auch nie das rechtliche Gehör gewährt und Gelegenheit geboten worden, sich zu diesen nicht beigezogenen Strafakten zu äussern. Dies insbesondere zu den Darstellungen der Vorinstanz, wonach er im Strafverfahren Ungereimtheiten zu seinen Finanzen nicht habe ausräumen können. Offenbar zitiere die Vorinstanz ein Verhandlungsprotokoll sowie Protokolle der Voruntersuchung ohne diese jedoch zu den Akten zu nehmen und ihm das rechtliche Gehör zu gewähren. Zum anderen blende die Vorinstanz in ihrer Begründung aus, dass er mit Eingabe vom 10. November 2017 und mit diversen Beilagen eine ausführliche Stellungnahme zu seinen finanziellen Verhältnissen abgegeben habe. Insbesondere sei mithilfe von Bankunterlagen, Quittungen und übersetzten Verträgen dargelegt worden, dass und warum sich sein Vermögen seit November 2015 drastisch verringert habe und nicht mehr vorhanden sei. So hätten

insbesondere Fehlinvestitionen, diverse Zahlungen mit hohen Beträgen an Dritte sowie die hohen Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und den Sohn den Grund gebildet. Die Vorinstanz gehe – obwohl sie ihn mit Verfügung vom 3. Oktober 2017 aufgefordert habe, detaillierte Angaben zur Entwicklung seiner Guthaben zu machen – in ihrer Begründung mit keinem Wort auf diese Erklärungen und Unterlagen ein und komme nur zum Schluss, er

- 16 - verfüge über ausreichendes Vermögen. In welchem Umfang und gestützt auf welche Bankauszüge sie zu dieser Folgerung komme, begründe die Vorinstanz jedoch nicht. So sei vor allem unklar, von welchem Vermögen sie aktuell ausgehe. Aus den eingereichten Kontoauszügen gehe hervor, dass er über kein nennenswertes Vermögen verfüge, woraus er der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss leisten könnte, weshalb der Antrag der Beklagten auf Leistung eines solchen abzuweisen sei. Mittlerweile sei im Übrigen auch der bei ihm verbleibende Stammanteil an der D. \_\_\_\_\_ GmbH gepfändet worden, weshalb er ganz offensichtlich zahlungsunfähig sei (Urk. 1 S. 9 f.; Urk. 18 S. 5).

## **E. 2.2**

Die Beklagte setzt dem entgegen, die strafrelevanten Unterlagen seien in den Verfahrensakten enthalten bzw. könnten durch die Vorinstanz aufgrund der Untersuchungsmaxime berücksichtigt und beigezogen werden. Nicht nachvollziehbar sei, dass der Kläger zum Zeitpunkt, als er mit seinen Unterhaltspflichten mit ca. Fr. 50'000.– im Rückstand gewesen sei, Dritten in der Türkei Geld für Investitionen zur Verfügung gestellt und dabei die gesamte Investition verloren haben soll. Es habe nie irgendwelche Gründe des sonst sehr kleinkrämerischen Klägers für die behaupteten Transaktionen gegeben. Bei einem Grossteil der vom Kläger eingereichten Quittungen handle es sich offensichtlich um Geschäftsaufwände. Im Jahresabschluss des Arbeitgebers bzw. des Geschäftes des Klägers (D. \_\_\_\_\_ GmbH) seien Aufwände für Reise- und Akquisitionsspesen in der Höhe von Fr. 5'152.48 aufgeführt. Der Kläger mache also Ausgaben geltend, welche er durch seine Arbeitgeberin entschädigt bekomme. Ferner habe der Kläger auch in der Vergangenheit offenbar Wertschriftenkonten nicht in seiner Steuererklärung angegeben. Auch habe der Kläger in der Einvernahme vom 23. März 2017 angegeben, kein Vermögen zu besitzen, obwohl er wenige Monate später mehrere zehntausend Franken in türkische Geschäfte investiert haben soll. Ob der Kläger die Fr. 236'725.– bzw. Euro 230'000 in seiner Steuerrechnung von 2016 und 2017 angegeben habe, sei nicht bekannt, was eine weitere Ungereimtheit darstelle (Urk. 7 S. 2; Urk. 13 S. 4 f. und 7).

## **E. 3**

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.4; 5A\_111/2016 vom

### **E. 3.1**

Ein Ehegatte hat im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren Anspruch auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses, so-

- 17 - fern er auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zur Bezahlung eines Vorschusses in der Lage ist. Die Entrichtung eines Prozesskostenvorschusses setzt damit einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus und andererseits muss der angesprochene Ehegatte in der Lage sein, nebst seinen eigenen Prozesskosten auch diejenigen des Ehegatten zu übernehmen (vgl. BGer 5A\_455/2010 vom 16. August 2010, E. 2.2; 5P.441/2005 vom

### **E. 3.2**

Das Institut des Prozesskostenvorschusses ist eng mit dem sog. prozessualen Armenrecht verknüpft. Soweit eine Vorschusspflicht besteht, geht sie dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (vgl. statt vieler BGE 142 III 36 E. 2.3 m.w.Hinw.). Während der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verfahrensrechtlicher Natur ist und sich in erster Linie gegen den Staat richtet, ist der auf eherechtliche Pflichten (je nach dogmatischer Begründung Art. 159 Abs. 3 ZGB oder Art. 163 ZGB) gründende Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegen den anderen Ehegatten gerichtet. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt ein entsprechendes Gesuch voraus, es gilt die Dispositionsmaxime. Das Verfahren ist summarisch und es gelangt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO; vgl. OGer ZH PC170014 vom 15.09.2017, E.III.4.1 f. m.w.Hinw.). Letztere umfasst vor allem eine gesteigerte gerichtliche Fragepflicht. Die Parteien werden vom Gericht bei der Sammlung des Prozessstoffs durch geeignete Fragen unterstützt. Grundgedanke ist die Unterstützung der schwächeren Partei. Daraus folgt, dass sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat: Auch unter Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken. Es trifft sie insofern eine Behauptungs- und Beweislast (vgl. OGer ZH LY170042 vom 25.01.2018, E. III.1.2; OGer ZH PC170014 vom 15.09.2017, E. III.4.1, siehe zum Ganzen auch BGE 141 III 569 E. 2.3 m.w.Hinw. = Pra 105 (2016) Nr. 99).

- 18 -

### **E. 3.3**

Es ist festzuhalten, dass sowohl die im angefochtenen Entscheid aufgeführten Kontoauszüge des Klägers (Urk. 6/5/3/5/1 und 6/5/3/5/3-4) als auch das Protokoll der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme des Klägers vom 23. März 2017 (Urk. 6/5/3/4), auf welches sich der Vorderrichter sinngemäss bezieht, Bestandteile der vom Vorderrichter formell beigezogenen Eheschutzakten (Geschäfts-Nr. EE170174-L; Urk. 6/5) bilden. Im Übrigen wurde bereits in der (vorinstanzlichen) Verfügung vom 3. Oktober 2017 (Urk. 6/7) ausdrücklich auf diese in den beigezogenen Eheschutzakten enthaltenen Untersuchungsakten Bezug genommen und dem Kläger zudem die Gelegenheit eingeräumt, sich zu seinen Vermögenswerten und deren Verbleib zu äussern. Diese Gelegenheit hat der Kläger mit seiner Stellungnahme vom 10. November 2017 (Urk. 6/12) in der Folge auch wahrgenommen. Die entsprechenden Rügen des Klägers in seiner Berufung zielen somit ins Leere.

### **E. 3.4**

Nicht zu beanstanden ist weiter auch das vorinstanzliche Fazit, es sei nicht ersichtlich, weshalb und wie sich das Vermögen des Klägers in der Zeit von Ende 2015 bis heute um

rund Fr. 450'000.– hätte verringern sollen bzw. können und der Kläger habe diese Ungereimtheiten sowohl im gegen ihn hängigen Strafverfahren als auch im Rahmen der Einigungsverhandlung bzw. Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 16. Januar 2018 auch nicht erklären können, weshalb nach wie vor davon auszugehen sei, dass er über ausreichend Vermögen verfüge, um der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen. Widersprüchlich und nicht glaubhaft ist nämlich zunächst die klägerische Darstellung zu seinem Immobilienkauf in der Türkei. In der Stellungnahme vom 10. November 2017 liess der Kläger ausführen, er habe am 5. Januar 2016 Euro 215'000 seiner Schwester überwiesen und sie damit betraut, den überwiesenen Betrag bar an den Immobilienhändler G.\_\_\_\_\_ weiterzugehen (Urk. 6/12 S. 1 f.). G.\_\_\_\_\_ bestätigt in seinen im Recht liegenden übersetzten Schreiben aber am 21. Februar 2017 Euro 230'000 vom Kläger erhalten zu haben (Urk. 6/13/28). Auf die zeitliche Inkongruenz angesprochen, sagte der Kläger in der Befragung anlässlich der Verhandlung vom 16. Januar 2018 aus, als er das Geld seiner Schwester überwiesen habe, sei der Kauf der Wohnungen noch kein Thema gewesen, er habe diese erst später gekauft. Die Schwester habe das Geld nach Istanbul gebracht und ihm in Istanbul übergeben (Prot. I. S. 9 f.). Der Kläger hat überdies weder behauptet noch belegt, dass für diesen Immobilienkauf ein schriftlicher Kaufvertrag existiert bzw. er irgendwelche Sicherheiten erhalten hat, was – insbesondere in Anbetracht der investierten Summe – als nicht plausibel erscheint. Auch in Bezug auf die Überweisungen an die H.\_\_\_\_\_ beschränkte sich der Kläger darauf, ein (übersetztes) Schreiben von I.\_\_\_\_\_ einzureichen, wonach dieser die vom Kläger überwiesenen Gelder infolge Konkurs der Firma nicht zurückerzahlen könne (Urk. 6/13/29). Weder machte der Kläger – in seiner Stellungnahme vom 10. November 2017 (Urk. 6/12 S. 2) oder seiner Befragung anlässlich der Verhandlung vom 16. Januar 2018 (Prot. I. S. 11 f.) – Ausführungen dazu, weshalb er in diese türkische Firma investiert haben soll bzw. für welche Projekte Gelder überwiesen worden sein sollen, noch legte er dar, wann und aus welchen Gründen diese Firma Konkurs gegangen sein soll. Hierzu wurden im Übrigen auch keinerlei Belege, wie insbesondere ein Handelsregisterauszug der entsprechenden Firma, ins Recht gelegt.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger die von ihm behauptete Vermögensentäusserung nicht glaubhaft machen konnte, weshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass der Kläger nach wie vor über ausreichend Vermögen verfügt, um der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– zu bezahlen. Die Berufung ist somit auch in diesem Punkt abzuweisen. IV. 1. Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. 2. Für das vorliegende Berufungsverfahren rechtfertigt sich eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 1 ZPO; § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 und 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Diese ist vollumfänglich dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 95 ZPO). Ferner ist der Kläger zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten

- 20 - für ihre Aufwendungen eine Parteientschädigung von Fr. 2'750.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 2 ZPO; § 6 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 5 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Es wird beschlossen: 1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten, soweit der Kläger damit die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem gemeinsamen Kind C.\_\_\_\_\_ im Sinne einer vorsorglichen Massnahme per

Datum Einreichung der Scheidungsklage beantragt. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts o.V. des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 16. Januar 2018 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'750.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

- 21 - 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 3. Oktober 2018  
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. N.A. Gerber versandt am: am

## E. 6

September 2016, E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Auf die Ausführungen des Klägers ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als es für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

- 7 - III. A) Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahme 1. Die Vorinstanz hielt fest, mit Urteil vom 11. Januar 2016 sei die Trennungsvereinbarung der Parteien vom 11. Januar 2016, wonach sich der Kläger u.a. zu Kinderunterhaltsbeiträgen für seinen Sohn C.\_\_\_\_\_ von Fr. 1'000.– sowie zu Ehegattenunterhaltsbeiträgen an die Beklagte persönlich von Fr. 3'200.– monatlich verpflichtet habe, genehmigt worden. Die Parteien hätten in Ziffer 3 ihrer Trennungsvereinbarung die massgeblichen finanziellen Grundlagen ihrer Abmachungen festgehalten und u.a. ein Erwerbseinkommen des Klägers von Fr. 9'000.– netto angenommen. Der Kläger selbst sei demnach zum damaligen Zeitpunkt davon ausgegangen, dass es ihm möglich sei, Fr. 9'000.– netto pro Monat zu verdienen. Da im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens ein Abänderungsgrund namentlich dann gegeben sei, wenn sich die Verhältnisse nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils wesentlich und dauernd geändert haben, habe der Kläger darzutun, inwiefern sich die Verhältnisse seit Februar 2016 geändert haben, insbesondere weshalb es ihm heute trotz aller Anstrengungen nicht (mehr) möglich sei, ein Einkommen in der genannten Höhe zu erzielen. Der Kläger begründe sein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen dahingehend, dass er in finanzieller Hinsicht nicht in der Lage sei, Unterhaltsbeiträge an die Beklagte zu entrichten. So verdiene er aktuell als Angestellter bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH in einem 100%-Pensum lediglich Fr. 2'665.– netto pro Monat. Rechne man noch die Jahresdividende von Fr. 6'000.– hinzu, welche ihm im Jahr 2016 ausgeschüttet worden sei, da er 10% Stammanteile der D.\_\_\_\_\_ GmbH halte, ergebe dies ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'165.–. Demgegenüber stehe ein monatlicher Bedarf von Fr.

3'800.05. Im Jahr 2017 habe die D. \_\_\_\_\_ GmbH zudem einen Verlust von Fr. 38'400.– aufgewiesen. Des Weiteren verfüge er auch über kein nennenswertes Vermögen mehr, um den Unterhalt zu bestreiten. Mit diesen Ausführungen, so die Vorinstanz, bringe der Kläger jedoch keinen relevanten Abänderungsgrund vor. Unerheblich sei, respektive stelle es keine Veränderung der Verhältnisse dar, wenn der Kläger, wie von ihm geltend gemacht, aktuell nur Fr. 3'165.– netto pro Monat verdiene. So hätten die anwaltlich vertretenen Parteien

- 8 - am 11. Januar 2016 eine Trennungsvereinbarung abgeschlossen, wonach es dem Kläger möglich sei, Fr. 9'000.– netto pro Monat zu verdienen, obwohl er sich auch dazumal auf den Standpunkt gestellt habe, durch seine Anstellung bei der D. \_\_\_\_\_ GmbH in den Jahren 2013 bis 2015 durchschnittlich bloss Fr. 3'528.– netto pro Monat verdient zu haben. Dass der Kläger alle zumutbaren Anstrengungen unternommen habe, um das dem vereinbarten Unterhaltsbeitrag zugrunde gelegte angenommene Einkommen zu erzielen, habe er jedoch nicht behauptet bzw. glaubhaft gemacht. Folglich liege kein Abänderungsgrund vor. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Kläger geltend machen würde, dass sein Einkommen mit Fr. 9'000.– netto pro Monat im damaligen Verfahren per se zu hoch angesetzt worden sei und sich die Annahme dieses hypothetischen Einkommens im Nachhinein als nicht gerechtfertigt herausstelle. Dies sei vom Kläger aber weder substantiiert behauptet worden noch ergebe sich dies aus den eingebrachten bzw. beigezogenen Unterlagen. So habe der Kläger beispielsweise im Jahr 2006 ein steuerbares Einkommen von rund Fr. 136'000.– ausgewiesen. Insofern könne nicht gesagt werden, dass es per se klar sei, dass der Kläger nicht Fr. 9'000.– netto pro Monat verdienen konnte bzw. könne, wenn er sich denn entsprechend bemühen würde. Der Kläger habe die wesentliche und dauernde Veränderung der der Trennungsvereinbarung vom 11. Januar 2016 zugrunde liegenden finanziellen Verhältnisse somit nicht dargetan, weshalb kein Abänderungsgrund vorliege. Entsprechend sei sein Antrag betreffend vorsorgliche Massnahmen abzuweisen (Urk. 2 E. II.4 f.).

## **E. 9**

Februar 2006, E. 1.2; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 N 135).

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