

ZH_OBERGERICHT LY210035 vom 15. Februar 2022

ZH Obergericht, 2022-02-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY210035

FR: ZH_OBERGERICHT LY210035 du 15 février 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LY210035 del 15 febbraio 2022

Erwägungen

E. 1

Zwischen der Klägerin und Berufungsklägerin (ehemals Beklagte und Wider- klägerin; fortan Berufungsklägerin) und dem Beklagten und Berufungsbeklagten (ehemals Kläger und Widerbeklagter; fortan Berufungsbeklagter) ist seit Dezem- ber 2017 ein strittiges Scheidungsverfahren beim Einzelgericht (2. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) hängig (act. 6/1). Am 29. März 2019 verpflichtete sich der Berufungsbeklagte im Gegenzug für die Übertragung des Miteigentumsanteils der Berufungsklägerin an der ehelichen Liegenschaft zu einer güterrechtlichen Ausgleichszahlung von Fr. 217'000.–. Die genaue Tilgungsart der Schuld (Auszahlung, Verrechnung bis zu einem gewissen Grad) ist zwischen den Parteien, im Gegensatz zur Tilgung selbst, umstritten. Unstreitig und belegt ist jedoch, dass von den vereinbarten Fr. 217'000.– ein Betrag von Fr. 118'000.– auf das ZKB Konto-Nr. 1 der Berufungsklägerin sowie ein Betrag von Fr. 70'000.– auf ihr damaliges, zwischenzeitlich saldiertes UBS Konto-Nr. 2 überwiesen wurde, zusammengezählt also ein Betrag von Fr. 188'000.–. Während die Berufungsklä- gerin behauptet, darüber hinaus zufolge Verrechnungen keine Auszahlungen er- halten zu haben, stellt sich der Berufungsbeklagte auf den Standpunkt, dass der komplette Betrag von Fr. 217'000.– ausbezahlt worden sei. Belege hierfür hat er allerdings keine eingereicht (zum Ganzen act. 6/53/1–2; act. 6/108 Rz 16; act. 6/137/17 S. 24; act. 6/137/18; Prot. Vi S. 44 und S. 49).

E. 2

Mit Eingabe vom 30. April 2020 beantragte die Berufungsklägerin als vorsorg- liche Massnahme die Abänderung der im Eheschutzverfahren getroffenen Tren-

- 5 - nungsvereinbarung und stellte zugleich den Antrag auf Verpflichtung des Beru- fungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von einstweilen Fr. 6'000.– bzw. eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/101 S. 2). Mit Verfügung vom 23. November 2020 wies die Vorinstanz die Anträge vollumfänglich ab (act. 6/132 S. 17). Hinsichtlich des beantragten Pro- zesskostenvorschusses bzw. der beantragten unentgeltlichen Rechtspflege kam sie zum Ergebnis, dass die Mittellosigkeit der Berufungsklägerin nicht überwie- gend wahrscheinlich erscheine, da der geltend gemachte Vermögensverzehr der erwähnten Fr. 188'000.– (mit Ausnahme einer belegten Schuldtilgung von Fr. 10'000.–) nicht nachvollziehbar sei (act. 6/132 E. IV. 6.).

E. 2.1

Es ist zwar zutreffend, dass ein Anspruch auf Beurteilung eines erneuten Ge- suchs betreffend unentgeltliche Rechtspflege gemäss bundesgerichtlicher Recht- sprechung nur unter der Voraussetzung besteht, dass veränderte Verhältnisse (echte Noven) geltend gemacht oder unechte Noven vorgebracht werden, die der gesuchstellenden Partei im

früheren Verfahren nicht bekannt waren, die schon damals geltend zu machen für sie rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder für deren damalige Geltendmachung noch keine Veranlassung bestand. Im ersten Fall liegt ein zulässiges neues Gesuch vor, im letzteren ein Wiedererwägungsgesuch, auf dessen Beurteilung unter den erwähnten Voraussetzungen ausnahmsweise ein Anspruch besteht. Davon abgesehen genügt es aus verfassungsrechtlicher Sicht, wenn die betroffene Partei im Rahmen desselben Zivilprozesses einmal die Gelegenheit erhält, die unentgeltliche Rechtspflege zu erlangen (zum Ganzen ausführlich BGer 5D_112/2015 vom 28. September 2015, E. 4.4.2).

E. 2.2

Anders verhält es sich hingegen bei einem erneuten Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss. Während es sich beim Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege um eine prozessleitende Verfügung mit prozessuellem Inhalt handelt, stellt die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses à Konto Güterrecht eine vorsorgliche Massnahme dar, welche ihre

- 8 - Grundlage im materiellen Recht hat (Art. 163 ZGB). Ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nach Abweisung eines früheren Gesuchs mit einer veränderten, um neue Tatsachen und Beweismittel ergänzten Begründung (für die Zukunft) erneut eingereicht werden. Es spielt dabei keine Rolle, aus welchen Gründen diese Noven bis anhin noch nicht vorgebracht wurden, weshalb auch unechte Noven voraussetzungslos zulässig sind. Einem neuen Gesuch steht gemäss Bundesgericht nur dann der Einwand der "res iudicata" entgegen, wenn es auf dem völlig gleichen Sachverhalt beruht wie das frühere (BGE 138 III 382 E. 3.2.2 f.; BGE 141 III 376 E. 3.3.4). Grund für das Nichteintreten ist in einem solchen Fall gemäss Praxis der Kammer dann aber weniger die "Rechtskraftwirkung" des älteren Entscheids (vorsorgliche Massnahmen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft im eigentlichen Sinne), als vielmehr die Unzulässigkeit mutwilliger Prozessführung bzw. das fehlende (schützenswerte) Rechtsschutzinteresse (OGer ZH PS200252 vom 2. März 2021, E. III./1.2.; OGer ZH PS160037 vom 31. März 2016, E. II./3.2.; OGer ZH PS140080 vom 29. April 2014, E. 2.3).

E. 3

Die Berufungsklägerin bestreitet die Feststellung der Vorinstanz, im erneuten Gesuch die Begründung nur leicht ergänzt zu haben. Vielmehr habe sie in diesem (nun) im Einzelnen dargetan, dass die Voraussetzungen der Mittellosigkeit heute bzw. im Zeitpunkt des neuen Gesuchs gegeben seien. Eine gewisse Überschneidung mit der Begründung des ersten Gesuchs und einzelner bereits damals eingereichter Belege liege dabei auf der Hand und dürfe nicht dazu führen, dass sich die Vorinstanz mit dem Gesuch, insbesondere mit den zum Nachweis der Mittellosigkeit neu eingereichten detaillierten Kontoauszügen, nicht auseinandersetze (act. 2 Rz 12). Der Berufungsbeklagte bestreitet hingegen das Vorliegen massgebender neuer Beweismittel und Tatsachenbehauptungen (act. 12 Rz 15 f.).

E. 4

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage je eines Doppels von act. 8–9 und 12–14, sowie an das Einzelgericht (2. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie ins Geschäft PC210031 und an die Obergerichtskasse. Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 4.1

Die Berufungsklägerin begründete den Vermögensverzehr hinsichtlich der güterrechtlichen Ausgleichszahlung in ihren beiden Gesuchen um Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zusammengefasst damit, dass sie nach der Trennung mangels hinreichendem Einkommen (Unter-

- 9 - halt und Erwerbseinkommen) diverse Schulden habe eingehen müssen und die güterrechtliche Ausgleichszahlung sodann insbesondere zur Tilgung dieser Schulden und zur Bestreitung ihres laufenden Lebensunterhalts und desjenigen ihres Sohnes verwendet habe (zum Ganzen act. 6/101 I. Rz 5; act. 6/106 Rz 14 f.; act. 6/136 Rz 55 ff.; act. 6/149 Rz 117 ff.; Prot. VI S. 44).

E. 4.2

Während die Berufungsklägerin zusammen mit ihrem ersten Gesuch bezüglich der beiden Konten, auf welche die fraglichen Überweisungen getätigt wurden, nur einen Kontoauszug für die Dauer vom 27. bis 28. April 2020 (ZKB-Konto) bzw. eine Saldierungsbescheinigung vom 1. November 2019 (UBS-Konto) einreichte (act. 6/102/5; act. 6/102/8), legte sie ihrem zweiten Gesuch Kontoauszüge vom 1. März 2019 bis 7. Januar 2021 (ZKB-Konto) bzw. vom 11. bis 31. März 2019, des gesamten Monats Juli 2019 und des gesamten Monats Oktober 2019 (jeweils UBS-Konto) bei (act. 6/137/17–18). Damit ist nun einerseits der Zufluss der Fr. 118'000.– vom 29. März 2019 auf das ZKB-Konto sowie der Zufluss der Fr. 70'000.– vom 29. März 2019 auf das UBS-Konto ersichtlich.

Andererseits sind anhand dieser Belege nun aber vor allem sämtliche Abflüsse ersichtlich. Während diese beim ZKB-Konto über einen längeren Zeitraum hinweg stattfanden, wurde das UBS-Konto nur in den erwähnten Monaten Juli und Oktober 2019 belastet (dreimal mit einem Bargeldbezug von je Fr. 20'000.–, einmal mit einer Dienstleistungsgebühr von Fr. 2.– und sodann anlässlich der Kontosaldierung mit Fr. 9'998.–).

E. 4.3

In ihrem zweiten Gesuch stützte die Berufungsklägerin ihre Behauptungen denn auch, im Gegensatz zu ihrem ersten Gesuch, auf diese Kontoauszüge, indem sie einerseits ausführte, dem eingereichten ZKB-Kontoauszug könne entnommen werden, dass die auf dieses Konto überwiesenen Fr. 118'000.– für Schuldtilgungen und zur Deckung des laufenden Lebensunterhalts verwendet worden seien, und andererseits erläuterte, wofür die drei vom UBS-Konto getätigten Bargeldbezüge von je Fr. 20'000.– verwendet worden seien. So führte sie bezüglich der Bargeldbezüge aus, dass zwei dieser Abhebungen zur Rückzahlung eines Darlehens ihrer Schwester und eine Abhebung zur Tilgung diverser kleinerer Schuldbeträge verwendet worden seien (act. 136 Rz 55 ff.).

- 10 -

E. 4.4

Damit liegt hinsichtlich des zweiten Gesuchs eine um neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ergänzte Begründung vor, während von einer mutwilligen Prozessführung oder einem fehlenden (schutzwürdigen) Rechtsschutzinteresse jedenfalls nicht schon die Rede sein kann, wenn wie vorliegend wesentliche Unterlagen neu eingereicht werden und sodann gestützt darauf argumentiert wird. Die Vorinstanz hätte demnach auf das Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss eintreten und dieses inhaltlich beurteilen müssen. Die

Berufung ist in- sofern gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben. Da sich die Vorinstanz bisher inhaltlich nicht mit der Sache beschäftigt hat, ist diese zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an sie zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO), zumal den Parteien ansonsten eine Instanz verloren ginge. Das parallel laufende Beschwerdeverfahren ist bei diesem Verfahrensausgang (hinsichtlich der Beschwerde selbst) als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Art. 242 ZPO), da infolge Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids die Vorinstanz, sollte sie das Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss abweisen, auch erneut über das eventualiter gestellte Gesuch betreffend unentgeltliche Rechtspflege zu befinden hätte.

E. 4.5

Auf die weiteren Vorbringen der Berufungsklägerin, insbesondere auf die Behauptung, ihr zweites Gesuch beruhe entgegen der Annahme der Vorinstanz auf veränderten Verhältnissen im Sinne echter Noven (act. 2 Rz 14 ff.), braucht bei diesem Ergebnis nicht eingegangen zu werden. Entsprechendes gilt für die Streitigkeiten des Berufungsbeklagten. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren 1. Bezüglich der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen wurde im vorinstanzlichen Entscheid keine Regelung getroffen (act. 5 S. 4 f.). Die Vorinstanz wird über ihre Prozesskosten für die Behandlung des Gesuchs betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege spätestens im Endentscheid des Scheidungsverfahrens zu befinden haben (Art. 104 ZPO).

- 11 - 2. Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Höhe der Entscheidgebühr nach § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls sowie aufgrund des summarischen Verfahrens erscheint nach den erwähnten Bestimmungen eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.– für das Berufungsverfahren angemessen. Ausgangsgemäss ist die Entscheidgebühr dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dieser ist ferner zu verpflichten, der obsiegenden Berufungsklägerin für das Rechtsmittelverfahren eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die Höhe der Parteientschädigung bemisst sich nach § 13 Abs. 1 i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 9 AnwGebV. Unter Berücksichtigung der Verantwortung und des Zeitaufwands der Rechtsbeiständin der Berufungsklägerin und der Schwierigkeit des Falls sowie aufgrund des summarischen Verfahrens erscheint nach den erwähnten Bestimmungen eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. MwSt.) für das Berufungsverfahren angemessen. 3. Die Berufungsklägerin verlangt für das Rechtsmittelverfahren (Berufung und Beschwerde) einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen mindestens Fr. 2'000.– (act. 2 S. 3 und Rz 24). Mangels anderweitiger Ausführungen darf davon ausgegangen werden, dass dieser Minimalbetrag die effektiven Kosten der Rechtsverteidigung (gemäss vereinbartem Stundenhonorar) solange zu decken vermag, wie neben der Rechtsmittelschrift selbst nicht zusätzliche Eingaben an die Kammer notwendig werden sollten. Da solche Eingaben weder im Berufungs- noch im Beschwerdeverfahren erfolgt sind, entfällt mit der Zusprechung einer Parteientschädigung in gleicher und damit kostendeckender Höhe das Rechtsschutzinteresse der Berufungsklägerin am Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss. Ebenso verhält es sich bezüglich des eventualiter gestellten Gesuchs betreffend unentgeltliche Rechtspflege.

Diese beiden Gesuche sind demnach als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Dasselbe gilt auch im parallel laufenden Beschwerdeverfahren.

- 12 - Es wird beschlossen: 1. Die Gesuche der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts (2. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Juli 2021 aufgehoben und die Sache zu allfälliger Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt. 3. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.■ (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

E. 5

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).

- 13 - Dies ist ein Vor- bzw. Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. D. Siegwart versandt am:

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