

ZH_OBERGERICHT NE130007 vom 30. Juli 2013

ZH Obergericht, 2013-07-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE130007

FR: ZH_OBERGERICHT NE130007 du 30 juillet 2013

IT: ZH_OBERGERICHT NE130007 del 30 luglio 2013

Erwägungen

E. 1

Es sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung der Beklagten gegenüber dem Kläger in Höhe von Fr. 99'000.-- nebst Zins von 5% seit dem 03. September 2010, Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D._____ (Zahlungsbefehl vom

E. 1.3

Der Rechtsmittelbelehrung des Einzelgerichts (act. 4 Dispositiv-Ziffer 3) folgend führt der Kläger mit Eingabe vom 21. Juni 2013 fristgemäss "Beschwerde" mit folgenden Anträgen (act. 2): 1. Die angefochtene Verfügung vom 20. Juni 2013 sei aufzuheben, 2. Das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme vom 23. Mai 2013 sei gutzuheissen und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Betreuung während der Dauer des Prozesses einzustellen und keine Zahlungen gestützt auf die Pfändung Nr. ... gemäss Pfändungsurkunde vom 22. Januar 2013 an die Beklagte zu leisten. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

- 4 - Auch für das Rechtsmittelverfahren beantragte der Kläger die unentgeltliche Rechtspflege. Mit Beschluss vom 10. Juli 2013 wurde die Rechtsmitteleingabe des Klägers als Berufung entgegengenommen, dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 6). Das (am letzten Tag der Frist gestellte) Fristerstreckungsgesuch der Beklagten vom 22. Juli 2013 für die Einreichung der Berufungsantwort (act. 8) wurde mit Verfügung vom 23. Juli 2013 abgewiesen (act. 9). Eine Berufungsantwort blieb demzufolge aus. Die Sache ist spruchreif.

2.1 Das Einzelgericht wendete Art. 261 Abs. 1 ZPO an, wonach das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Mit der Beklagten machte das Einzelgericht dem Kläger zum Vorwurf, er habe sich in seiner Eingabe formell gar nicht zur Begründung des Begehrens um Erlass einer vorsorglichen Massnahme geäussert, sondern sich damit begnügt, das entsprechende Begehren zu stellen. Zwar mache der Kläger geltend, der Beklagten die in Betreuung gesetzten Unterhaltsbeiträge nicht zu schulden, woraus sich die behauptete Verletzung des Anspruchs ableiten lasse. Indes ergebe sich aus der Eingabe auch sinngemäss nicht, weshalb dem Kläger ohne der beantragten Massnahme ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe. Bei der Pfändung verbleibe dem Kläger das Existenzminimum, so dass die Pfändung in der Regel zumindest kurz- und mittelfristig nicht existenzbedrohend sei. Etwas anderes sei vorliegend nicht geltend gemacht worden. Zudem könne der ungerechtfertigt gepfändete Betrag zurückgefordert werden. Eine entsprechende Klage für die bisherigen gepfändeten Unterhaltsbeiträge habe der Kläger bereits eingereicht, was darauf hindeute, dass er grundsätzlich von der Liquidität der Beklagten auszugehen scheine. Zwar könne

vermutet werden, die finanzielle Situation der Beklagten erschwere eine Rückforderung, weshalb faktisch eine Vereitelung des Anspruchs des Klägers drohe. Entsprechende Überlegungen seien jedoch zum heutigen Zeitpunkt rein spekulativ. Es hätte dem Kläger obliegen, sein Gesuch entsprechend zu begründen und den erheblichen drohenden Nachteil glaubhaft zu machen. Sei weder begründet noch glaubhaft, dass dem

- 5 - Kläger durch den einstweiligen Fortgang der Betreuung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe, sei das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzuweisen (act. 4 E. 4 und 5, S. 2 f.) 2.2 Der Kläger rügt, die Mutmassung des Einzelgerichts, dass er von der Liquidität der Beklagten auszugehen scheine, sei weltfremd und schwer nachvollziehbar, nachdem die Beklagte sich bisher widersetzt habe, die Betreuung zurückzuziehen und ihr im Scheidungsprozess zudem ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden sei. Der Kläger habe den Beizug der Scheidungsakten verlangt, weshalb dem Einzelgericht bekannt sein müssen, dass die Beklagte mittellos sei. Dass dem Kläger ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe, wenn das Betreibungsamt weitere Zahlungen an die Beklagte ausrichte, erscheine evident. Vor allem aber habe das Einzelgericht übersehen, dass Art. 85a Abs. 2 SchKG eine Spezialvorschrift sei, die der allgemeinen Vorschrift von Art. 261 Abs. 1 ZPO vorgehe. Nach Art. 85a Abs. 2 SchKG stelle das Gericht die Betreuung vorläufig ein, wenn ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheine. Dies könne sogar von Amtes wegen geschehen. Nachdem der Kläger die geltend gemachten Zahlungen an die Beklagte im Betrag von Fr. 124'652.10 mit den eingereichten Urkunden belegt habe, hätte das Einzelgericht ohne Weiteres eine vorsorgliche Massnahme erlassen können. Sicherheits halber habe der Kläger noch ein entsprechendes Begehren gestellt. Die Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG könne nicht davon abhängig gemacht werden, dass dem Kläger ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohe, wenn die Massnahme unterbleibe (act. 2 S. 3 f.).

E. 03

September 2010 sowie Pfändung gemäss Pfändungsurkunde Nr. ... vom 17. Juni 2011 und Pfändung gemäss Pfändungsurkunde ... vom 22. Januar 2013) nicht oder nicht mehr besteht. 2. Es seien die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D.____ (Zahlungsbefehl vom 03. September 2010) sowie die zugunsten

- 3 - der Beklagten am 09. Mai 2011 und am 20. November 2012 vollzogenen Pfändungen (Pfändungsurkunde Nr. ... vom 17. Juni 2011 und Pfändungsurkunde ... vom 22. Januar 2013) aufzuheben und im Betreibungsregister zu löschen.

E. 3

Als vorsorgliche Massnahme wird sodann beantragt: Das Betreibungsamt D.____ sei anzuweisen, die Betreuung während der Dauer des Prozesses einzustellen und keine Zahlungen gestützt auf die Pfändung Nr. ... gemäss Pfändungsurkunde vom 22. Januar 2013 an die Beklagte zu leisten. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten. Ferner beantragte der Kläger die Vereinigung der Rückforderungsklage mit der negativen Feststellungsklage, und er ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 5/1 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 28. Mai 2013 bewilligte das Einzelgericht dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihm in der Person von Rechtsanwalt Dr. X.____ einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Gleichzeitig wies es den Antrag auf Vereinigung der beiden Verfahren ab (act. 5/6). Nach

Einholung einer schriftlichen Stellungnahme der Beklagten, mit der diese beantragte, auf den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen sei mangels Begründung nicht einzutreten (act. 5/8), wies das Einzelgericht mit Verfügung vom 20. Juni 2013 das Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreibung ab (act. 4).

E. 3.1

Im Rahmen der Regelung der vorsorglichen Massnahmen in der ZPO (Art. 261-269 ZPO) werden die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen vorbehalten (Art. 269 lit. a ZPO). Das SchKG regelt abschliessend die Sicherung von Geldforderungen. Zu den vorbehaltenen Bestimmungen gehört insbesondere auch die vorsorgliche Einstellung der Betreibung auf Begehren des Betriebenen nach Art. 85a Abs. 2 SchKG (vgl. ZK ZPO-Huber, 2. A. 2013, Art. 269 N 5). Die Rüge des Klägers, das Einzelgericht habe übersehen, dass sich die beantragte vorsorgliche Einstellung

- 6 - der Betreibung (ausschliesslich) nach Art. 85 Abs. 2 SchKG (und nicht nach Art. 261 ZPO) richte, ist daher begründet.

E. 3.2

Gemäss Art. 85a SchKG kann der Betriebene vom Gericht des Betreibungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht (mehr) besteht oder gestundet ist (negative Feststellungsklage). Bei Gutheissung der Klage hebt das Gericht die Betreibung auf oder stellt sie ein (Abs. 3). Die umgekehrten Parteirollen der negativen Feststellungsklage ändern an der im materiellen Recht begründeten Verteilung der Beweislast nichts. Obwohl die Gläubigerin die Beklagtenrolle innehat, trägt sie daher die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand ihrer Forderung, d.h. hinsichtlich der rechtsbegründenden Tatsachen. Der Kläger ist als Schuldner dagegen bezüglich der rechtshindernden bzw. rechtsaufhebenden Tatsachen beweispflichtig (BGer 4D_68/2008 vom 28. Juli 2008, E. 2.2; BSK SchKG I-Bodmer/ Bangert, 2. A. 2013, Art. 85a N 4). Das Gericht stellt die Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG vorläufig ein, wenn ihm die Klage aufgrund einer summarischen Prüfung der Vorbringen und angerufenen Beweismittel als sehr wahrscheinlich begründet erscheint. Die Nachteilsprognose geht nach dieser Bestimmung – anders als bei Art. 261 Abs. 1 ZPO – in der Hauptsachenprognose auf. Mit diesem Erfordernis ging der Gesetzgeber über das regelmässig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorgesehene Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit hinaus und führte eine neue Kategorie des Glaubhaftmachens ein. Nicht erforderlich ist dabei, dass die Begehren des Schuldners offensichtlich begründet sind. Andererseits genügt fehlende Aussichtslosigkeit der Klage ebenfalls nicht. Sehr wahrscheinlich begründet ist eine Klage dann, wenn die Prozesschancen des Klägers (Schuldners) deutlich besser erscheinen als jene der Beklagten (Gläubigerin). In der Betreibung auf Pfändung ist die vorläufige Einstellung nach Vollzug der Pfändung vor der Verwertung bzw. Verteilung zulässig (vgl. Art. 85a Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Die Massnahme soll nicht dazu führen, dass die im Interesse des Gläubigers erforderlichen Sicherheitsmassnahmen unterbleiben. Je nach Verfahrensstand kann ihre Wirkung daher entweder darin bestehen, die Verwertung bereits gepfändeter Vermögensgegenstände oder zumindest die Verteilung des dabei erzielten Erlöses zu verhindern (vgl. zum Ganzen BSK SchKG I-Bod-

- 7 - mer/Bangert, 2. A. 2013, Art. 85a N 19 ff.; BGer 4D_68/2008 vom 28. Juli 2008, E. 2).

E. 3.3

Zur Begründung der negativen Feststellungsklage führt der Kläger zu- nächst gestützt auf die zwischen den Parteien im Eheschutzverfahren geschlos- sene Vereinbarung vom 9. Juni 2001 an, dass die Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte von Fr. 1'652.-- (zuzüglich Kinderzula- gen) erstmals ab seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung gegolten habe. Die Parteien hätten indessen nach dem Eheschutzverfahren weiterhin zusammenge- lebt. Erst am 31. Oktober 2010 sei der Kläger zu seiner Schwester in E._____ ge- zogen. Vor diesem Zeitpunkt habe die Unterhaltsverpflichtung des Klägers gar nie rechtsgültig entstehen können. Im Weiteren macht der Kläger geltend, er könne mittels Urkunden sofort beweisen, dass er im für die in Betreuung gesetzten Un- terhaltsbeiträge relevanten Zeitraum, nämlich vom 1. September 2005 bis 1. September 2010 zugunsten der Beklagten und den Sohn C._____ Leistungen im Gesamtbetrag von Fr. 124'652.10 erbracht habe, nämlich Kreditkartenzahlun- gen und Bargeldbezüge der Beklagten (...-Card-Partnerkarte), Überweisungen auf das Jugendsparkonto von C._____, Bezahlung von Staats- und Gemeinde- steuern, Kranken- und Haushaltversicherungsprämien, Überweisungen auf das Konto der Beklagten, Bezahlung von Energie- und Telefonrechnungen, Fahr- zeugausgaben für das ausschliesslich von der Beklagten benützte Auto sowie Bezahlung einer Anwaltsrechnung für die Beklagte. Darüberhinaus habe er in die- sem Zeitraum an den Lebensunterhalt von C._____ in F._____ [Staat in Osteuro- pa] durchschnittlich Fr. 500.--- pro Monat bzw. Fr. 6'000.-- pro Jahr bzw. Fr. 30'000.-- in der genannten Zeitperiode, teils direkt an C._____, teils durch Be- gleichung entsprechender Rechnungen bezahlt. Es verstehe sich von selbst, dass diese Leistungen vollumfänglich an die Unterhaltsverpflichtung des Klägers ange- rechnet werden müssten, selbst wenn der Beweis für das Zusammenleben bis Ende Oktober 2010 nicht gelingen sollte. So oder so erscheine die Forderung der Beklagten rechtsmissbräuchlich, da es nicht angehen könne, Leistungen von weit über Fr. 125'000.-- in Anspruch zu nehmen und darüber hinaus für den gleichen Zeitraum noch Unterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 99'000.-- geltend zu machen (act. 5/1).

- 8 -

E. 3.4

Nach dem Wortlaut der Eheschutzvereinbarung waren die Unterhalts- beiträge erst ab dem Auszug des Klägers aus der ehelichen Wohnung geschuldet (act. 5/3/5 Ziff. 6 S. 3). Der Kläger verpflichtete sich in der Eheschutzvereinbarung zwar auch, die Wohnung spätestens bis 28. Februar 2001 zu verlassen (act. 5/3/5 S. 2 f.); wann er tatsächlich auszog, ist allerdings umstritten. Ob die Unterhalts- verpflichtung, wie der Kläger argumentiert, erst mit der Aufnahme des Getrenntle- bens wirksam wurde, und ob dem Kläger der Beweis gelingt, dass die Parteien in der fraglichen Zeitperiode zwischen September 2005 und September 2010 entge- gen der Eheschutzvereinbarung (weiterhin) zusammengelebt haben, ist offen. Es kann jedoch offen bleiben, da die Klage dessen ungeachtet als sehr wahrschein- lich begründet erscheint: Die vom Kläger geltend gemachten Überweisungen bzw. Zahlungen im Be- trag von insgesamt Fr. 124'652.10 sind mit den eingereichten Belegen (act. 5/3/11) ausgewiesen. Es handelt sich dabei offensichtlich um Leistungen an den (Lebens-)Unterhalt der Familie, welche in dem für die in Betreuung gesetzte Forderung relevanten Zeitraum vom 1. September 2005 bis 1. September 2010 erbracht wurden. Wohl können die Überweisungen des Klägers für Steuern der Jahre 2006-2008 (Fr. 31'769.80; vgl. act. 5/3/11/3), für die Haushaltversicherung 2006-2009, ...-Strasse ... in G._____ (Fr. 1'597.20; vgl. act. 5/3/11/7) und Strom- kosten 2005-2007 der (auch) von der Beklagten

bewohnten Wohnungen an der ...-Str. ... in E._____ (Fr. 348.75; vgl. act. 5/3/11/8) als Unterhaltsleistungen für die Beklagte nur jeweils zur Hälfte in Anschlag gebracht werden, da der Kläger diese Ausgaben (auch) für sich tätigte bzw. für sich selber nach seiner Darstellung keine entsprechenden Aufwendungen hatte. Hingegen scheinen die übrigen ausgewiesenen Zahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 90'936.35 ausschliesslich die Beklagte bzw. den Sohn C._____ zu betreffen. Das gilt für die Kreditkarten- und Bargeldbezüge der Beklagten zwischen September 2005 und August 2007 bzw. Dezember 2008 mit der ...-Card-Partnerkarte auf Rechnung des Klägers (Fr. 15'574.45 und Fr. 10'100.--; vgl. act. 5/3/11/1; act. 5/3/11/6), Überweisungen zwischen September/Okttober 2005 und August 2010 auf das Jugendsparkonto von C._____ (Fr. 37'554.--; vgl. act. 5/3/11/2) und auf das Konto der Beklagten (Fr. 6'250.--; vgl. act. 5/3/11/5), Krankenversicherungsprämien der H._____ Sep-

- 9 - tember 2005 bis August 2010 für die Beklagte und für C._____ (Fr. 17'203.--; vgl. act. 5/3/11/4), Bezahlung von Mobiltelefonrechnungen der Beklagten 2007-2008 (Fr. 419.85; vgl. act. 5/3/11/10), Fahrzeugausgaben für das Auto der Beklagten zwischen Oktober 2005 und August 2008 (Fr. 3'431.55; act. 5/3/11/9) sowie Bezahlung einer Anwaltsrechnung für die Beklagte vom 18. Juni 2006 (Fr. 403.50; act. 5/3/11/10 letzte Seite). Gleich wie bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen anzurechnen sind (KassGer ZH vom 10. Juni 2008, E. II.2.4. in FamPra.ch 2008, S. 891; FamKomm Scheidung-Vetterli, 2. A. Bern 2011, Art. 176 N 39), muss dies auch für tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen nach der Festlegung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge gelten. Dem Kläger ist darin zu folgen, dass die in der fraglichen Zeit erbrachten Leistungen an die im Eheschutzverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge anzurechnen sind, und zwar selbst dann, wenn die Parteien zu dieser Zeit nicht zusammengelebt hätten bzw. dem Kläger der Beweis des Zusammenlebens nicht gelänge. Anders zu entscheiden bedeutete, die Unterhaltsverpflichtung des Klägers im Ergebnis zu verdoppeln. Die von der Beklagten in Betreibung gesetzte Forderung für Unterhaltsbeiträge zwischen September 2005 und September 2010 im Betrag von Fr. 99'000.-- wird mit den belegten Zahlungen des Klägers für den Unterhalt der Beklagten und C._____ im nämlichen Zeitraum – zuzüglich der hälftigen Steuern, Versicherungsprämien und Stromkosten – überschritten. Die negative Feststellungsklage ist daher als sehr wahrscheinlich begründet zu erachten.

E. 3.5

In der Betreibung Nr. ... wurde die zweite Einkommenspfändung am 20. November 2012 vollzogen; sie dauert ein Jahr bis 20. November 2013 (Art. 93 Abs. 2 SchKG; act. 5/3/9). Gestützt auf Art. 85 Abs. 2 SchKG ist die Betreibung Nr. ... daher vorläufig in dem Sinne einzustellen, dass die Verwertung einstweilen ausgeschlossen ist und einstweilen keine Abschlagszahlungen gestützt auf die Pfändung Nr. ... (Pfändungsurkunde vom 22. Januar 2013) an die Beklagte erfolgen.

E. 4

Das Einzelgericht legte im angefochtenen Entscheid keine Prozesskosten fest (vgl. Art. 104 Abs. 3 ZPO). Über die Kosten- und Entschädigungsfolge

- 10 - des Berufungsverfahrens ist (unabhängig davon) bereits an dieser Stelle zu befinden. Der Kläger obsiegt hinsichtlich der vorläufigen Einstellung der Betreibung (im Grundsatz) und hinsichtlich der Anweisung an das Betreibungsamt, einstweilen keine Zahlungen an

die Beklagte zu entrichten. Das ist als vollständiges Ob-siegen zu werten. Die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren ist daher nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzuerlegen. Entsprechend hat die Beklagte dem Kläger eine (volle) Parteientschädigung zu bezahlen. Mit Blick auf den Streitwert von Fr. 99'000.-- sowie unter Berücksichtigung des auf die vorsorgliche Massnahme beschränkten Prozessthemas ist die Entscheidegebühr auf Fr. 2'900.-- festzusetzen (§ 2 und § 4 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 GebV OG). Die Beklagte hat den Kläger für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'500.-- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer (Fr. 200.--), total Fr. 2'700.--, zu entschädigen (§ 2 und § 4 in Verbindung mit § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 AnwGebV). Von der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung nach Art. 122 Abs. 2 ZPO ist nicht auszugehen, da die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten nicht feststeht, aus dem Scheidungsurteil vielmehr hervorgeht, dass das monatliche Renteneinkommen der Beklagten ihren Bedarf um ca. Fr. 400.-- pro Monat übersteigt (vgl. act. 5/5/2 S. 3), was ihr die Bezahlung der Prozesskosten in Raten ermöglicht. Es wird erkannt:

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