

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170044-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger (im Massnahmeverfahren: Gesuchsteller) und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte (im Massnahmeverfahren: Gesuchsgegnerin) und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / Scheidung auf Klage (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 3. Oktober 2017; Proz. FE160038

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Der Kläger, Gesuchsteller, Berufungskläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsteller) und die Beklagte, Gesuchsgegnerin und Berufungsbe-
klagte (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.

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 vorsorgli-
cher Massnahmen. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2017 (act. 6/56 = act. 4 = act. 5
[Aktenexemplar]) entschied die Vorinstanz über das Massnahmebegehren und
das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltli-
che Rechtsverbeiständung.

1.3 Am 16. Oktober 2017 erhob der Gesuchsteller in Bezug auf den Entscheid
der Vorinstanz rechtzeitig Berufung gegen den Massnahmenentscheid und Be-
schwerde 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). Da-
raufhin 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
5. Dezember 2017 (act. 11) wurden dem Gesuchsteller die Doppel der Beru-
fungsantwort (act. 9) und der entsprechenden Beilagen (act. 10/1-13) zugestellt,
unter Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Erklärung, von einer allgemei-
nen 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

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).

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 Rechtsverteidigung erweist sich als spruch-reif. 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 Ver-weis 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 angebrach-ten 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 un-entgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverteidigung mangels Mittellosigkeit ab. Dabei erwog sie namentlich, die Mutter des Gesuchstellers ha-be zwar mit E-Mail vom 4. September 2017 bestätigt, von ihrem Sohn das Darle-

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-

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 ungewiss, ob der Gesuchsteller von der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenvorschuss 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 darauf 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 abzuweisen.

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 zusammen 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 Beschwerdeverfahrens 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 unentgeltlicher Rechtsverteidigung für das Rechtsmittelverfahren ohne weiteres abzuweisen. 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 Leistungsfähigkeit bis 1. Oktober 2018 hätte zur Befreiung des Gesuchstellers von Unterhaltspflichten 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 Gesuchsgegnerin), mithin Fr. 33'390.– (Fr. 3'710.– x 9 Monate). Zudem verlangte er damit die Aufhebung der Verpflichtung, wonach er der Gesuchsgegnerin ausstehende Unterhaltsbeiträge von Fr. 12'240.58 zu bezahlen habe. Insgesamt ergibt dies einen Streitwert von Fr. 45'630.58. Daraus resultiert eine ordentliche Grundgebühr von Fr. 5'200.–. Namentlich unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichtes für die Vorbereitung sowie die Verschiebung und Abnahme der angesetzten 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.

3.4 Auch das Beschwerdeverfahren betreffend Verweigerung der unentgeltlichen 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 berücksichtigen ist aber insbesondere der erheblich geringere zeitliche Aufwand der Kammer, zumal mit der unentgeltlichen Rechtspflege nur ein Teilaspekt des Entscheides überprüft wurde. Diese Entscheidgebühr 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:

1. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Andelfingen, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
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).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: