

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV190006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 15. Oktober 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 6. Juni 2019 (EZ190001-G)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 14. Februar 2019 stellte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) vor Vorinstanz folgendes Vollstreckungsgesuch (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu befehlen, das Motorfahrzeug Jaguar X-Type 3.0 Exec. Estate, silbergrau, mit dem Kontrollschild ZH ... dem Gesuchsteller gemäss Verfügung und Urteil vom 26. November 2018 an jedem Dienstag und jedem Freitag sowie an jedem zweiten Samstag in ungeraden Kalenderwochen zur freien Verfügung zu überlassen.
2. Das Motorfahrzeug sei dem Gesuchsteller an seinem Wohnort zu überlassen, wobei der Zweitschlüssel in seinem Besitz verbleibt.
3. Es sei der Gesuchsgegnerin zu befehlen, den Kaschmirmantel gemäss Verfügung und Urteil vom 26. November 2018 herauszugeben.
4. Die Anordnung sei mit der Androhung zu verbinden, dass die zuständige Behörde im Unterlassungsfall mit der zwangsweisen Übergabe beauftragt wird, sowie mit der Androhung von Strafe wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB).
5. Das zuständige Gemeindeammannamt sei anzuweisen, die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin gemäss Ziff. 1, 2 und 3 nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils und auf Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei.
6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer seien der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen."

1.2. Nach Durchführung des Verfahrens entschied die Vorinstanz mit Verfügung und Urteil vom 6. Juni 2019 über das Vollstreckungsbegehren wie folgt (Urk. 26 S. 2 f.; Urk. 30 S. 6 f. = Urk. 33 S. 6 f.):

1. Mit Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 3 wird das Gesuch als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Mit Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 1, 2 und 4 bis 5 wird das Gesuch abgewiesen.
3. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf CHF 2'000.–.
4. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'650.– bezogen.
5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 2'400.– (7.7 % MwSt darin enthalten) zu bezahlen.
6. [Schriftliche Mitteilung.]

7. [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, kein Fristenstillstand.]

1.3. Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 18. Juli 2019 innert Frist (vgl. Urk. 31/2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 32 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 2 der Verfügung und Urteil des Bezirksgerichts Meilen EZ190001 vom 6. Juni 2019 aufzuheben und es sei festzustellen, dass Ziff. 1, 2, 4 und 5 des Rechtsbegehrens des Beschwerdeführers vollstreckbar sind.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Beschwerdeführer auf die Vollstreckung der in Ziff. 1 geforderten Herausgabe wegen zwischenzeitlich eingetretener Betriebsuntüchtigkeit des Fahrzeugs verzichtet.
3. Es sei Ziff. 4 der Verfügung und Urteil des Bezirksgerichts Meilen EZ190001 vom 6. Juni 2019 aufzuheben und es seien die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.
4. Es sei in Aufhebung von Ziff. 5 der Verfügung und Urteil des Bezirksgerichts Meilen EZ190001 vom 6. Juni 2019 die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.
5. Eventualiter seien die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.
6. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Prozessuale Anträge:

7. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Seite zu stellen.
8. Es seien die Akten des Eheschutzverfahrens, Bezirksgericht Meilen Geschäfts-Nr. EE180050 sowie die Akten des Vollstreckungsverfahrens, Bezirksgericht Meilen Geschäfts-Nr. EZ190001 zum Verfahren beizuziehen."

2. Feststellungsbegehren

2.1. Der Gesuchsteller verlangte vor Vorinstanz in Vollstreckung des gerichtlichen Vergleiches vom 26. November 2018 die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Herausgabe des Fahrzeugs Jaguar X-Type 3.0 Exec. Estate, unter Androhung von Zwangsvollstreckung. Dieses Begehren wies die Vorinstanz ab (vgl. hierzu vorstehende Ziffer).

2.2. Der Gesuchsteller verlangt beschwerdeweise zwar die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, soweit sein Gesuch um Verpflichtung der Gesuchstelle-

rin zur Herausgabe des Fahrzeugs abgewiesen worden ist. Er verzichtet jedoch ausdrücklich auf eine Herausgabe des Fahrzeugs (aufgrund Betriebsuntüchtigkeit) und beantragt nunmehr sinngemäss, es sei (allgemein) festzustellen, dass der gerichtliche Vergleich vom 26. November 2018 eine Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Herausgabe des Fahrzeugs enthalte und damit grundsätzlich unter Androhung von Zwangsmassnahmen vollstreckt werden könnte (siehe Urk. 32 Ziff. 3.1.). Damit stellt der Gesuchsteller ein im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren verändertes Rechtsbegehren, verlangt mithin etwas anderes als noch vor Vorinstanz. Es liegt somit eine Klageänderung vor.

2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Damit bleibt auch kein Raum für eine Klageänderung (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 227 N 30; vgl. auch Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 326 N 7 m.w.Hinw.). Entsprechend erweisen sich die Rechtsmittelanträge Ziffern 1 und 2 als unzulässig und auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten. Der Vollständigkeit halber sei noch angemerkt, dass eine Feststellungsklage ohnedies nur dann zulässig ist, wenn die klagende Partei an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat. Inwiefern dem Gesuchsteller ein solches vorliegend zukommen soll, hat er weder ausgeführt, noch ist dies ersichtlich, verzichtet er doch – wie erwähnt – explizit auf eine Herausgabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

3. (Erstinstanzliche) Kostenverteilung

3.1. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten dem Gesuchsteller und verpflichtete ihn zur Leistung einer (vollen) Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin. Dies begründete sie damit, dass der Gesuchsteller mit seinem Gesuch grossmehrheitlich unterlegen sei (Urk. 33 E. 5 und Disp. Ziff. 4-5).

3.2. Der Gesuchsteller bringt vor, er habe die Gesuchsgegnerin mehrfach aufgefordert, ihm das streitgegenständliche Fahrzeug gemäss dem geschlossenen Vergleich herauszugeben. Dies habe sie beharrlich verweigert. Sie habe somit

Anlass zum Vollstreckungsgesuch gegeben. Bei Gutheissung der Anträge unterliege die Gesuchsgegnerin, weshalb ihr nach Massgabe von Art. 106 ZPO die Prozesskosten aufzuerlegen seien. Im Weiteren schulde die unterliegende Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller eine angemessene Parteientschädigung für das Vollstreckungsverfahren in Höhe von Fr. 2'400.–. Eventualiter seien die Gerichtskosten aus Billigkeitsgründen dem Kanton aufzuerlegen, da das Gericht den Parteien einen nicht vollstreckbaren Vergleich vorgeschlagen habe, ohne auf das vollstreckungsrechtliche Problem aufmerksam zu machen. Dies widerspreche dem Handeln nach Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO. Die Parteientschädigungen seien diesfalls wettzuschlagen (Urk. 32 Ziff. 3.2. f.).

Der Gesuchsteller dringt mit seinen Anträgen im Beschwerdeverfahren nicht durch, womit es beim vorinstanzlichen Entscheid und damit auch beim grossmehrheitlichen Unterliegen des Gesuchstellers bleibt. Soweit der Gesuchsteller mit seinen Ausführungen eine von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO abweichende Auferlegung der Prozesskosten im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO geltend machen will, ist festzuhalten, dass der Umstand allein, dass die Gesuchsgegnerin die Herausgabe des Fahrzeugs verweigert hat und der Gesuchsteller sich dadurch zur Einleitung des Verfahrens veranlasst sah, eine solche nicht zu rechtfertigen vermag.

Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Ein Anspruch auf eine solche Auferlegung der Kosten an den Kanton besteht nicht (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 25). Eine Kostenauflage an den Kanton gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO kommt nur in Fällen regelrechter Justizpannen zur Anwendung. Vorausgesetzt ist eine krasse Fehlleistung der Erstinstanz, welche eine Kostenauflage an die Parteien als unbillig erscheinen lassen würde. Der blosser Umstand, dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind, welche weder einer Partei noch Dritten angelastet werden können, vermag mithin nicht zu genügen, da dies nach der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz regelmässig der Fall ist, ansonsten keine Kassation und Rückweisung erfolgte (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4; 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012, E. 4.4.2; 5A_61/2012 vom

23. März 2012, E. 4). Eine Justizpanne im vorerwähnten Sinne liegt nicht vor, und zwar selbst dann nicht, wenn Ziffer 3 der Trennungsvereinbarung vom 26. November 2018 tatsächlich – wie der Gesuchsteller geltend macht – dahingehend auszulegen wäre, dass die vereinbarte Nutzung "nach dem Gesetz der Logik" eine Herausgabeverpflichtung der Gesuchsgegnerin beinhalte (vgl. Urk. 32 Ziff. 3.1. S. 5). Weder die gerichtliche Trennungsvereinbarung vom 26. November 2018 noch der Eheschutzentscheid gleichen Datums (siehe Urk. 3/1-2) sind nämlich Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Daher fällt eine Auferlegung der Gerichtskosten an den Kanton ausser Betracht. Im Übrigen war der Gesuchsteller bereits im Eheschutzverfahren, in dessen Rahmen der Vergleich bezüglich der Benutzung des Fahrzeugs zwischen den Parteien geschlossen wurde, anwaltlich vertreten (siehe Urk. 3/1). Seine Rechtsvertreterin hätte ein allfällige Vollstreckungsproblematik erkennen sowie sich entsprechend zur Wehr setzen können und müssen, wenn die Vollstreckbarkeit für den Gesuchsteller wesentlich war.

Damit ist die Beschwerde in Bezug auf die vorinstanzliche Kostenverteilung abzuweisen.

4. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 900.– festzusetzen. Die Kosten sind dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegnerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

4.2. Der Gesuchsteller ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (Urk. 32 Ziffer 7 der Anträge).

4.2.1. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rech-

te notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte wirtschaftliche Situation, d.h. sowohl ihre Einkünfte als auch ihre Vermögensverhältnisse berücksichtigt werden. Prozessuale Bedürftigkeit setzt Einkommens- und Vermögensarmut voraus. Sie ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Mittel nicht in der Lage ist, neben dem notwendigen Lebensunterhalt auch den Prozess zu finanzieren. Es sind sämtliche beweglichen und unbeweglichen Vermögenswerte der gesuchstellenden Partei, die effektiv vorhanden und verfügbar oder zumindest realisierbar sind, bei der Beurteilung der Bedürftigkeit zu berücksichtigen. Zu belassen ist der gesuchstellenden Partei allerdings eine Notreserve für die laufenden und künftigen Auslagen, denn es soll vermieden werden, dass eine Person auch ihre letzten finanziellen Reserven verbrauchen muss (Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 182 f.).

4.2.2. Hinsichtlich seiner finanziellen Verhältnisse lässt der Gesuchsteller im Wesentlichen ausführen, seinen derzeitigen monatlichen Einkünften von Fr. 3'256.– (AHV-Rente von Fr. 2'256.– + Einkommen von Fr. 1'000.–) stehe ein Bedarf von Fr. 3'911.50 pro Monat gegenüber. Zudem habe er noch Schulden gegenüber der C._____ AG, die am 22. November 2018 rund Fr. 108'000.– betragen hätten. Sein Konto weise ein Guthaben von Fr. 2'000.– aus. Zwar habe er per Ende November 2018 über ein Aktiendepot mit einem Wert von rund Fr. 50'000.– verfügt. Dieses sei aber inzwischen teilweise liquidiert worden. Da sein Bedarf seine Einkünfte deutlich übersteige, müsse er dieses Vermögen laufend anzehren. Das Aktiendepot sei ihm deshalb als Notgroschen zu belassen (Urk. 32 Ziff. 4.1.).

4.2.3. Es erscheint glaubhaft, dass der Gesuchsteller Ende November 2018 über ein Wertschriftendepot in Höhe von Fr. 50'334.– verfügte (siehe Urk. 36/14). Zwar behauptet er, dass dieses in der Zwischenzeit teilweise liquidiert worden sei. Welchen Wert es zum Zeitpunkt der (zweitinstanzlichen) Gesuchseinreichung hatte, legte er jedoch nicht dar. Selbst wenn er dieses zur Deckung seines Bedarfs im

Umfang von rund Fr. 700.– pro Monat (Differenz zwischen geltend gemachten Einkünften und Bedarf) anzehren muss, dürfte der aktuelle Wert dennoch rund Fr. 40'000.– (Fr. 50'334.– abzüglich 12 x Fr. 700.–; November 2018 bis Oktober 2019) betragen. Unter diesen Umständen sollte es dem Gesuchsteller, auch unter Belassung eines angesichts der Umstände (Alter und Erwerbsaussichten des Gesuchstellers, Vermögensverzehr) grosszügig zu bemessenden Notgroschens in der Grössenordnung von Fr. 30'000.–, ohne Weiteres möglich sein, die ihm anfallenden Kosten des erst- sowie zweitinstanzlichen Verfahrens selbst zu finanzieren. Daran ändert nichts, dass der Gesuchsteller noch über Schulden bei der C._____ AG verfügen soll, behauptet er doch nicht einmal, dass er diese in tatsächlicher Hinsicht tilgt. Da es damit an der Bedürftigkeit des Gesuchstellers fehlt, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Im Übrigen wäre das Gesuch – wie vorstehende Erwägungen erhellen – auch infolge Aussichtslosigkeit der Rechtsmittelanträge abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Rechtsmittelanträge Ziffern 1 und 2 des Gesuchstellers wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Rechtsmittelanträge Ziffern 3, 4 und 5 des Gesuchstellers werden abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 32, 35 und 36/2-14, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 beträgt Fr. 24'600.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. Oktober 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
mc