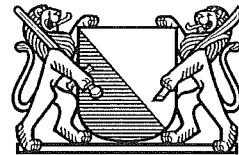


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF140031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

Beschluss und Urteil vom 17. Juni 2014

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge, B._____, diese vertreten durch
Amt für Jugend und Berufsberatung, C._____,

gegen

D._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend **Sicherstellung**
Unterhaltsforderung / superprovisorische Massnahmen

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. Mai 2014 (EF140006)

Erwägungen:

1.

1.1. Am 20. Mai 2014 wandte sich die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur (fortan Vorinstanz). Sie beantragte, der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagter) sei gemäss Art. 292 ZGB zu verpflichten, für Unterhaltsbeiträge insgesamt Fr. 74'284.– sicherzustellen (act. 6/1 S. 2 Ziff. 1). Weiter beantragte sie, die Vorsorgestiftung des Berufungsbeklagten sei anzuweisen, das durch Auszahlungsantrag des Berufungsbeklagten zur Auszahlung fällig werdende Pensionskassenguthaben bis zum Betrag von Fr. 74'284.– auf ein für die Klägerin zu errichtendes Sperrkonto zur Auszahlung der monatlich fällig werdenden Unterhaltsbeiträge zu überweisen (Ziff. 2). Für die Prozessdauer verlangte die Berufungsklägerin sodann den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, wonach die Vorsorgestiftung anzuweisen sei, das Pensionskassenguthaben des Berufungsbeklagten bis zum rechtskräftigen Entscheid über die gestellten Anträge nicht auszubezahlen (Ziff. 3). Sie beantragte den superprovisorischen Erlass dieser Massnahme, d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei (Ziff. 4).

Mit Verfügung vom 21. Mai 2014 entschied die Vorinstanz nicht bloss über die Frage, ob Massnahmen superprovisorisch anzuordnen seien, sondern sogleich über die vorsorglichen Massnahmen an sich, wobei sie das Begehren abwies (act. 3 = 5 = 6/5 S. 5, Disp. Ziff. 1).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 3. Juni 2014 fristgerecht "Beschwerde" (act. 2). Sie beantragt die Aufhebung von Dispositiv Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheides, womit ihr Begehren um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen abgewiesen wurde. Weiter verlangt sie den Erlass der bereits vor Vorinstanz beantragten superprovisorischen Massnahme durch die Rechtsmittelinstanz.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-8). In Anwendung von Art. 312 ZPO kann auf die Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 ZPO). Dies gilt sowohl für vorsorgliche Massnahmen, die vor der Anhängigmachung der eigentlichen Klage beantragt werden, als auch für solche im Rahmen eines hängigen Prozesses. Vorliegend beträgt der Streitwert Fr. 74'284.–. Entsprechend ist die Eingabe als Berufung und nicht als Beschwerde entgegenzunehmen. Dass die Vorinstanz die Beschwerde anstelle Berufung als Rechtsmittel belehrt hat und die Berufungsklägerin entsprechend Beschwerde erhoben hat, ändert daran nichts. Praxisgemäss behandelt das Obergericht ein Rechtsmittel ungeachtet der Bezeichnung nach den anwendbaren Vorschriften.

2.2. Mit Berufung können gemäss Art. 310 ZPO (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Dabei muss die Berufungsklägerin im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Neue Behauptungen und neue Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten, und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 ZPO).

3.

3.1. Vorab ist zur Klärung zu erwähnen, dass die Vorinstanz – wie unter Ziff. 1.1. angemerkt – sogleich über die beantragte vorsorgliche Massnahme (Ziffer 3 des Rechtbegehrens) entschied, ohne zunächst separat über das superprovisorische Begehren zu befinden. Dies ist in Anwendung von Art. 253 ZPO möglich, wonach eine Stellungnahme nur dann einzuholen ist, wenn das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Sodann wäre der Entscheid

über superprovisorische Massnahmen – im Unterschied zum Entscheid über vorsorgliche Massnahmen – nicht anfechtbar (BGE 137 III 417, E. 1.3).

3.2. Die Vorinstanz erwog, die Sicherstellung bezwecke die Absicherung der Leistung künftig geschuldeter Unterhaltsbeiträge. Die Verpflichtung zur Sicherstellung müsse ausdrücklich festgestellt werden. Die Sicherheit könne durch Barhinterlage bei der kantonalen Depositenstelle oder durch gleichwertige Sicherheit erfolgen. Im Falle der Barhinterlegung werde die Sicherstellungspflicht durch Betreuung auf Sicherheitsleistung vollstreckt. Jedenfalls könne im Rahmen der Sicherstellung nur der Unterhaltsschuldner, nicht aber ein Dritter verpflichtet werden. Die Vollstreckung einer Sicherheitsleistung in Geld durch eine Anweisung gebe es nicht. Hierfür komme nur der Arrest in Frage. Dies stimme auch mit Art. 335 ZPO überein, wonach ein Entscheid, der auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung laute, nach den Bestimmungen des SchKG zu vollstrecken sei. Ebenso weise der Vorbehalt von Art. 269 lit. a ZPO darauf hin. Entsprechend falle die beantragte vorsorgliche Massnahme ausser Betracht. Daran ändere nichts, dass mit vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich auch Dritte zur Unterlassung bestimmter Handlungen angewiesen werden könnten (act. 3 = 5 = 6/5 S. 3 f.).

3.3. Anhand der Rügen der Berufungsklägerin ist dieser Entscheid im Folgenden zu überprüfen.

3.3.1. Die Berufungsklägerin macht im Rahmen ihrer Rechtsmittelbegründung zunächst Ausführungen zur örtlichen Zuständigkeit (act. 2 S. 2). Da die Vorinstanz ihre örtliche Zuständigkeit nicht verneint hat, ist auf die diesbezüglichen Vorbringen der Berufungsklägerin nicht näher einzugehen. Es kann festgehalten werden, dass die örtliche Zuständigkeit sowohl für die Hauptsache als auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist (vgl. Art. 79 IPRG, Art. 13 und 26 ZPO).

3.3.2. Sodann bringt die Berufungsklägerin vor, die Vorinstanz habe wohl übersehen, dass sie neben der Sicherstellung gemäss Art. 292 ZGB auch eine Schuldneranweisung gemäss Art. 291 ZGB beantragt habe (act. 2 S. 2).

Art. 291 ZGB sieht vor, dass das Gericht *einen Schuldner des Unterhaltsschuldners anweisen* kann, die Zahlungen ganz oder zum Teil an den gesetzlichen Vertreter des Kindes zu leisten, wenn der Unterhaltsschuldner seine Zahlungspflicht vernachlässigt. Diese Regelung bezieht sich auf laufende fällige Alimente, also nicht auf die gesamte künftige Forderung (vgl. CHK-Roelli/Meuli-Lehni, 2. Aufl., Art. 1-456 ZGB, Art. 291 N 2). Nach Art. 292 ZGB hingegen kann das Gericht *den Unterhaltsschuldner* verpflichten, für die künftigen Unterhaltsbeiträge angemessene *Sicherheit* zu leisten, wenn dieser beharrlich die Erfüllung seiner Pflicht vernachlässigt oder anzunehmen ist, dass er Anstalten zur Flucht trifft oder sein Vermögen verschleudert oder beiseite schafft.

Das Begehren der Berufungsklägerin um Schuldner*anweisung* lautet dahingehend, dass die Pensionskasse anzuweisen sei, vom Guthaben des Berufungsbeklagten den Betrag von Fr. 74'284.– auf ein Sperrkonto bei der ZKB zu überweisen sei. Sodann sei die ZKB zu ermächtigen, von diesem Sperrkonto die monatlich fällig werdenden Unterhaltsbeiträge für die Berufungsklägerin an die Gläubigerin auszuzahlen (act. 6/1 S. 2 Ziff. 2). Es geht somit um die Anweisung eines Schuldners des Unterhaltsschuldners, nämlich seiner Pensionskasse, jedoch nicht betreffend laufender fälliger Alimente, sondern der Summe der sicherzustellenden künftigen Unterhaltsbeiträge. Damit verlangt die Berufungsklägerin eine Kombination von Art. 291 und Art. 292 ZGB. Es stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Kombination dieser beiden Möglichkeiten.

Eine Kombination ist nur dahingehend möglich, dass der Richter im Entscheid, mit dem er die Sicherstellung verfügt, *die Depositenstelle* bereits anweist, nur noch an den Unterhaltsgläubiger zu bezahlen, mit dem Risiko, dass der Unterhaltsschuldner eine andere Sicherheit stellt – was dann der Fall sein kann, wenn der Richter die Form der Sicherstellung nicht bestimmt – und dadurch die Depositenstelle nie sein Schuldner wird, die Anweisung damit ins Leere stösst. Hingegen kann der Richter die Sicherstellung *nicht* durch Anweisung an einen Schuldner des Unterhaltsschuldner vollstrecken. Diese Kombination ist somit unzulässig (GEISER, Die Anweisung an die Schuldner und die Sicherungsvollstreckung, ZVW 1991 S. 16 ff.). Zu diesem Schluss gelangte auch das Bundesgericht in seinem

Entscheid 5A_95/2008 vom 20. August 2008, E. 3.3.1 (zur Frage der Einschlägigkeit dieses Entscheides siehe Ziff. 3.3.4).

Zu unterscheiden sind die aufgezeigten Kombinationen von Sicherstellung und Schuldneranweisung (in Bezug auf die Sicherstellung) von der objektiven Klagenhäufung, d.h. wenn zugleich eine Schuldneranweisung für laufende Unterhaltszahlungen und eine Sicherstellung für künftige Unterhaltszahlungen im gleichen Verfahren verlangt wird. Letzteres ist ohne Weiteres im gleichen Prozess möglich, besteht doch ein sachlicher Zusammenhang und ist bei beiden Verfahren der Unterhaltsschuldner die Gegenpartei (vgl. Art. 15 Abs. 2 ZPO). Bei der objektiven Klagenhäufung wird die Schuldneranweisung für die laufenden, und nicht für die sicherzustellenden Beträge verlangt, und der Dritte wird auch nur diesbezüglich angewiesen. Die Verpflichtung auf Sicherstellung erfolgt lediglich gegenüber dem Unterhaltsschuldner.

Die Vorinstanz hat somit die Schuldneranweisung nicht übersehen, sondern ist zum zutreffenden Schluss gelangt, dass eine Sicherstellung nicht mit Schuldneranweisung vollstreckt werden kann, und zwar weder als vorsorgliche Massnahme noch im Endentscheid.

3.3.3. Die Berufungsklägerin rügt sodann die Rechtsauffassung der Vorinstanz, eine Verfügungssperre gehöre nicht zum Katalog der zulässigen vorsorglichen Massnahmen. Dies sei nicht zutreffend. Zudem spiele hier Art. 269 lit. a ZPO (Vorbehalt des SchKG) keine Rolle, da Art. 262 lit. e ZPO ausdrücklich die Fälle ausnehme, in welchem das Privatrecht die Sicherung der Geldforderung regle, wie dies in Art. 292 ZGB geschehe (act. 2 S. 2).

Die Vorinstanz behauptet nicht, Verfügungssperren seien im Rahmen vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich ausgeschlossen. Sie gelangt vielmehr zum Schluss, dass eine solche in der vorliegenden Konstellation ausgeschlossen sei, gehe es doch um die Vollstreckung der Sicherstellung von Geld und gelange hierfür ausschliesslich das SchKG zur Anwendung. Dies ergebe sich aus Art. 269 lit. a ZPO (act. 3 = 5 = 6/5 S. 4).

Gemäss Art. 269 lit. a ZPO sind die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen vorbehalten. Zwar sieht Art. 262 lit. e ZPO vor, die Leistung einer Geldzahlung könne in den vom Gesetz bestimmten Fällen Inhalt einer vorsorglichen Massnahme sein. Jedoch ist diese Regelung vorliegend nicht anwendbar. Die Anwendung von Art. 262 lit. e ZPO bezieht sich nämlich auf Fälle der vorläufigen *Zahlung*, die zudem explizit im Gesetz vorgesehen sein müssen (z.B. Art. 303 Abs. 1 ZPO "vorläufig zu zahlen"), nicht jedoch auf die vorsorgliche *Sicherung* streitiger Geldforderungen. Art. 292 ZGB fällt somit – im Unterschied zu Art. 291 ZGB (vgl. ZK ZPO-HUBER, 2. Aufl., Art. 262 N 22) – nicht unter Art. 262 lit. e ZPO, sondern untersteht den Normen und Massnahmen des SchKG (BSK ZPO-Sprecher, 2. Aufl., Art. 262 N 31; BK ZPO, Art. 262 N 48). Art. 292 ZGB ist somit nicht von Art. 262 lit. e ZPO erfasst. Es gilt der Vorbehalt der Anwendung des SchKG gemäss Art. 269 lit. a ZPO.

3.3.4. Die Berufungsklägerin bringt weiter vor, im von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid 5A_95/2008 sei es darum gegangen, dass das Gericht in Luzern sich für die vorsorglichen Massnahmen als örtlich unzuständig erachtet habe, weil bereits ein Scheidungsprozess an einem anderen Ort hängig gewesen und der Wahlgerichtsort gemäss Art. 33a GestG nicht in Frage gekommen sei. Dies bedeute aber nicht, dass eine Schuldneranweisung am Hauptgerichtsort ausgeschlossen sei. Vorliegend handle es sich um den Hauptgerichtsort, weshalb die Zuständigkeit nach Art. 13 lit. a ZPO gegeben sei (act. 2 S. 2).

Zwar ist zutreffend, dass es im genannten Bundesgerichtsentscheid um die Frage der Verletzung der Vorschrift über die örtliche Zuständigkeit am Vollstreckungsort (wo für vorsorgliche Massnahmen eine örtliche Zuständigkeit besteht, Art. 33 aGestG bzw. neu Art. 13 ZPO) ging. Jedoch war hierfür zu klären, ob die Hinterlegung des Geldbetrags zur Sicherung der Sicherstellungspflicht überhaupt als vorsorgliche Massnahme verlangt werden kann. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass aufgrund der abschliessenden bundesrechtlichen Regelung zur künftigen Vollstreckung einer Geldforderung nur der Arrest in Frage komme, eine vorsorgliche Massnahme hingegen ausgeschlossen sei. Aus diesem Grund, so

das Bundesgericht, gehe der Vorwurf der Verletzung der Zuständigkeitsvorschrift für vorsorgliche Massnahmen ins Leere. Kommt eine vorsorgliche Massnahme nach der ZPO für die Sicherung nicht in Frage, gilt dies nicht nur für die Zuständigkeit am Vollstreckungsort, sondern auch für die Zuständigkeit am Ort der Hauptsache. Somit ist der Bundesgerichtsentscheid 5A_95/2008 vom 20. August 2008 auch in der vorliegenden Konstellation einschlägig.

Damit ist es nicht die örtliche Zuständigkeit, die dem Erlass der Massnahme entgegen steht – die Vorinstanz ist grundsätzlich für vorsorgliche Massnahmen nach Art. 13 lit. a ZPO örtlich zuständig –, sondern der Umstand, dass die von der Berufungsklägerin beantragte Massnahme nicht erlassen werden kann, da für die Sicherung des Sicherstellungsanspruchs gegenüber dem Unterhaltsschuldner ausschliesslich das SchKG zur Anwendung gelangt.

3.3.5. Weiter führt die Berufungsklägerin aus, der von der Vorinstanz vorgebrachte Art. 335 ZPO beziehe sich auf die Vollstreckung von Entscheiden, es liege vorliegend jedoch noch kein Entscheid vor, weder bezüglich Sicherstellung noch bezüglich Schuldneranweisung (act. 2 S. 2).

Die Vorinstanz bringt Art. 335 ZPO lediglich als zusätzliches Argument vor, indem sie aufzeigt, dass auch der Endentscheid auf dem Weg des SchKG zu vollstrecken wäre. Somit verfängt der Einwand der Berufungsklägerin nicht. Gemäss Art. 262 ZPO kann eine vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Zweck der vorsorglichen Massnahmen ist die Sicherung des Zustandes, der mit dem Entscheid in der Hauptsache herbeigeführt werden soll. Die Massnahme hat sich deshalb daran zu orientieren, was Inhalt des Endentscheides sein kann. Eine inhaltlich über den Endentscheid hinausgehende Massnahme ist nicht zulässig, leitet sich der Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen doch aus dem Hauptanspruch ab (vgl. BSK ZPO-SPRECHER, 2. Aufl., Art. 262 N 43). Eine solche Massnahme wäre denn auch nicht zielführend: Vorsorgliche Massnahmen fallen mit dem Endentscheid dahin. Wird die angeordnete Massnahme nicht in irgend einer Weise vom Hauptentscheid erfasst, kann sie von diesem auch nicht abgelöst werden, sondern sie würde ohne Weiteres entfallen.

Kann der Richter im Falle der Gutheissung des Sicherstellungsgesuches die Pensionskasse des Unterhaltsschuldners nicht anweisen, die zurückbehaltene Summe auf ein Sperrkonto zu überweisen (siehe Ziff. 3.3.2), fällt auch die vorsorgliche Anweisung zur Rückbehaltung des Pensionkassenguthabens ausser Betracht. Eine solche Anweisung wäre – wie aufgezeigt – im Endeffekt sinnlos, da sie mit dem Entscheid in der Sache dahinfallen würde, ohne dass sie durch eine anderweitige Regelung ersetzt würde. Würde die beantragte Massnahme erlassen, hätte die Unterhaltsgläubigerin nach Erhalt des Entscheides einen Arrest zu verlangen. In der Zeit zwischen dem Dahinfallen der Massnahme aufgrund der Eröffnung des Entscheides und dem Arrest bestünde hingegen wiederum keine Sicherung, womit sich die Massnahme als sinnlos erweist.

Der (End-)Entscheid über die Sicherstellung in Geld ist auf dem betreibungsrechtlichen Weg zu vollstrecken. Entsprechend hat auch die vorsorgliche Sicherstellung auf dem Weg des Arrestes erfolgen (BK ZGB-Hegnauer, Art. 292 N 11; BGer 5A_95/2008 vom 20. August 2008, E. 3.3.2).

3.3.6. Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Bestimmungen von Art. 291 und 292 ZGB stünden nicht in Konkurrenz zum Betreibungsrecht, sondern diese stünden alternativ zur Verfügung. Sogar wenn theoretisch ein Arrest möglich wäre, wäre doch alternativ die Schuldneranweisung und Sicherstellung möglich (act. 2 S. 2).

In der Tat stehen die genannten Bestimmungen neben den Möglichkeiten des SchKG zur Verfügung. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass im Rahmen vorsorglicher Massnahmen etwas angeordnet werden kann, das von der Regelung nach Art. 292 ZGB nicht erfasst ist. Wie aufgezeigt, gibt es für die von der Berufungsklägerin beantragte Kombination keine Rechtsgrundlage. Die von der Berufungsklägerin verlangte Sperrung kann somit nur mit Mitteln des SchKG erreicht werden.

3.3.7. Die Berufungsklägerin zitiert sodann den Basler Kommentar zu Art. 292 ZGB, wonach beispielsweise Verfügungsbeschränkungen, Sperre von Bankkonten und -depots sowie Errichtungen von Schuldbriefen als geeignete Massnah-

men in Betracht kommen würden. Sei eine Sperre von Bankkonten möglich, so die Berufungsklägerin, dann müsse auch die Auszahlungsbeschränkung gegenüber einer Pensionskasse zulässig sein (act. 2 S. 2).

Die zitierte Stelle bezieht sich auf die Sicherstellung an sich und nicht auf diesbezügliche vorsorgliche Massnahmen ("geeignete Massnahmen zur Sicherstellung"). Der Richter kann entscheiden, auf welche Weise die Sicherheit zu erbringen ist (E. HOLLENWEGER, Fragen der Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs, ZVW 1990, S. 83); er kann dies aber auch offen lassen (P. BREITSCHMID, Sicherstellung künftiger Unterhaltsbeiträge, ZVW 1990, S. 4; BGE 102 II 396 S. 402). In diesem Zusammenhang ist die Sperrung eines Bankkontos zu sehen: Der Richter könnte im Endentscheid anordnen, dass die Sicherstellung durch Kontosperrung zu erfolgen hat. In einem solchen Fall wäre auch der Erlass einer entsprechenden vorsorglichen Massnahme denkbar. In Anbetracht dessen drängt sich sehr wohl eine Unterscheidung zur Verpflichtung der Pensionskasse zur Rückbehaltung von Freizügigkeitsguthaben auf: Die Pensionskasse kann (im Endentscheid) nicht verpflichtet werden, das Guthaben bis auf Weiteres zurückzubehalten und zugunsten des Unterhaltsschuldners als Sicherheit der Unterhaltsgläubigerin zu verwalten, schliesslich wurde das Guthaben bereits abgerufen und es handelt sich bei der Pensionskasse nicht um eine Bank. Sie verwaltet Gelder lediglich zum Zwecke der beruflichen Vorsorge. Im Übrigen verlangt auch die Berufungsklägerin im Hauptantrag nicht die Rückbehaltung des Sicherungssubstrats durch die Pensionskasse als Sicherungsmassnahme (sondern die Überweisung des Guthabens auf ein Sperrkonto, was – wie gesehen, Ziff. 3.3.2 – keine zulässige Anordnung des Endentscheids darstellt).

Sodann ist auch der von der Berufungsklägerin zitierte Autor der Ansicht, dass Freizügigkeitsansprüche *verarrestiert* werden müssen (BSK ZGB-BREITSCHMID, 4. Aufl., Art. 292 N 3 f.).

3.3.8. Soweit die Berufungsklägerin die Prozessökonomie ins Feld führt und moniert, dass nach der Lösung der Vorinstanz mit dem Arrestgesuch ein zweites gerichtliches Verfahren einzuleiten wäre (act. 2 S. 2), vermag dies dem Gesagten nicht entgegen zu stehen. Es entspricht dem Willen des Gesetzgebers, dass bei

der Vollstreckung von Geldforderungen das SchKG für sichernde Massnahmen anzuwenden ist (Art. 269 lit. a ZPO). Dass hierfür ein separates Verfahren anzuhängen ist, ist in Kauf zu nehmen.

3.3.9. Die Behauptung der Berufungsklägerin, es sei bisher ständige Praxis der Gerichte gewesen, dass eine Schuldneranweisung und eine Sicherstellung kombiniert werden könnten und ihre Vertreterin noch nie erlebt habe, dass eine vorsorgliche Sperre der Guthaben abgewiesen worden sei (act. 2 S. 4), ist unbehelflich. Zum einen zitiert die Berufungsklägerin keine entsprechenden Entscheide, weshalb offen bleibt, ob solche Entscheide in der gleichen Konstellation erfolgt sind und von welchen Instanzen diese erlassen wurden. Zum anderen kann selbst aus einem abweichenden Entscheid nichts abgeleitet werden, zumindest solange es sich nicht um einen Entscheid des Bundesgerichts handelt.

3.4. Zusammengefasst ist die beantragte vorsorgliche Massnahme nicht zulässig, da hierfür ausschliesslich das SchKG zur Anwendung gelangt, namentlich das Institut des Arrestes. Entsprechend ist die Berufung abzuweisen.

Es bleibt der Berufungsklägerin der Arrest auf Sicherheitsleistung, wobei sie hierfür beim zuständigen Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG darzutun hat. Dieser Arrest kann nach Art. 271 Abs. 2 SchKG auch für eine nicht verfallene Forderungen verlangt werden (vgl. hierzu ZR 89/1990 Nr. 113, S. 281 ff.).

4.

4.1. Die Berufungsklägerin stellt für das obergerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 1).

Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die

Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Partei, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 138 III 217 [ausdrücklich zur neuen ZPO], 133 III 614 E. 5 S. 616 [unter verfassungsrechtlichem Aspekt]).

Die Berufung muss als aussichtslos bezeichnet werden, wenn die Gewinnaussichten doch beträchtlich kleiner als die Verlustgefahren, nachdem die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die herrschende Lehre davon ausgehen, dass in dieser Konstellation lediglich der Arrest als Sicherungsmittel zur Verfügung steht.

4.2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Dem Berufungsbeklagten ist keine Prozessentschädigung zuzusprechen, weil er sich nicht äussern musste.

Der Streitwert beträgt Fr. 74'284.–. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 4 und 8 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf Fr. 500.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Beilage der vorinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, bzw. an den Berufungsbeklagten auf dem Rechtshilfeweg.
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 74'284.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: