

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ100062-O/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichter Dr. H. A. Müller sowie der Gerichtsschreiber lic. iur.
S. Clausen

Beschluss vom 28. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Prozesskostenvorschuss)**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 28. Juli 2010 (FE060241)**

Erwägungen:

I.

Zwischen den Parteien ist seit September 2006 vor dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen der Scheidungsprozess hängig.

Für die Dauer des Scheidungsverfahrens mussten die vom Gesuchsteller und Rekurrenten (nachfolgend Gesuchsteller) an den Unterhalt der Gesuchstellerin und Rekursgegnerin (nachfolgend Gesuchstellerin) zu leistenden Beiträge gerichtlich geregelt werden. Das entsprechende Massnahmeverfahren wurde vom Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) mit Beschluss vom 14. August 2009 rechtskräftig erledigt (vgl. Vi Urk. 75). Mit Eingabe vom 30. März 2010 ersuchte die in der Stadt W. _____ in Z. _____ lebende Gesuchstellerin im Hinblick auf die Fortsetzung des Scheidungsverfahrens um Entbindung von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen. Eventualiter beantragte sie, es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, ihr das Flugticket zu bezahlen (Vi Urk. 81 S. 3/4). Ohne formellen Entscheid erliess die Vorinstanz der Gesuchstellerin die Pflicht zum persönlichen Erscheinen nicht (vgl. Urk. 3 S. 2). Im Sinne des von der Gesuchstellerin gestellten Eventualbegehrens verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsteller demgegenüber, der Gesuchstellerin für die Flugkosten einen Prozesskostenvorschuss akonto Güterrecht in der Höhe von Fr. 2'000.– innert 10 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft auf ein von der Gesuchstellerin zu bezeichnendes Konto zu leisten (Urk. 3 S. 4 Dispositiv-Ziffer 3). Dagegen reichte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 30. August 2010 rechtzeitig Rekurs ein mit folgenden Anträgen (Urk. 2 S. 2):

"Dispositiv-Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 28. Juli 2010 (Geschäfts-Nr. FE060241) sei aufzuheben und es sei von der Verpflichtung des Rekurrenten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für die Flugkosten der Rekursgegnerin abzusehen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin."

Die Gesuchstellerin schloss in ihrer Rekursantwort vom 5. Oktober 2010 auf Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers. Gleichzeitig ersuchte die Gesuchstellerin für das Rekursverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 10 S. 2). Am 16. November 2010 ging eine weitere Rechtsschrift des Gesuchstellers hierorts ein, welche der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 18. November 2010 abschliessend zur Kenntnisnahme mitgeteilt wurde (Urk. 14 und Urk. 16). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zum Rekurs des Gesuchstellers verzichtet (Urk. 7).

II.

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Das vorliegende Rechtsmittelverfahren wurde vorher eingeleitet, sodass bis zu dessen Abschluss das bisherige Verfahrensrecht gilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Verfahren vor Obergericht gelangen daher die Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 135 bis 149 aZGB weiterhin zur Anwendung. Soweit im Rekursverfahren Rügen verfahrensrechtlicher Natur erhoben werden, ist zu deren Beurteilung ebenso das bisherige Prozessrecht heranzuziehen.

III.

1. Anlass des vorliegenden Rekursverfahrens bildet die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Gesuchstellerin. Ein Ehegatte hat im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren Anspruch auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses, sofern er für dessen Finanzierung auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zur Bezahlung eines Vorschusses in der Lage ist. Die Entrichtung eines Prozesskostenvorschusses setzt damit einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus (vgl. Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Zürich 1997, N 135 zu Art. 159 ZGB). Der Prozesskostenvorschuss soll von seiner Zwecksetzung her dem Vorschussempfänger, der selbst nicht über die nötigen Mittel verfügt, die Wahrung seiner Interessen vor Gericht ermöglichen (vgl. BGer vom 5. Juni 2009, 5A_826/2008 E. 2.1). Von diesem materiellrechtlichen Institut kann auch ein Vorschuss auf die notwendigen Reisekosten erfasst sein, falls zu einem Gerichtstermin das persönliche Erscheinen der bedürftigen Partei angeordnet wird. Die Pflicht eines Ehegatten, die Auslagen eines Rechtsstreits des anderen zu ersetzen, gründet nach konstanter Rechtsprechung der beschliessenden Kammer in der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB (ZR 85 [1986] Nr. 32;

vgl. dazu auch Frei, Prozesskostenvorschuss: eheliche Beistands- oder Unterhaltspflicht, in: Lieber/Rehberg/Walder/Wegmann [Hrsg.], Rechtsschutz, FS von Castelberg, Zürich 1997, S. 51 ff., S. 58).

2. Die Vorinstanz gelangte in ihrem Entscheid zur Auffassung, die Gesuchstellerin habe Anspruch auf Bevorschussung der ihr für die persönliche Teilnahme an der nächsten Verhandlung im Scheidungsprozess entstehenden Reisekosten. Zur Begründung stützte sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach diese zur Finanzierung der anfallenden Flugkosten nicht in der Lage sei. Alsdann wies die Vorinstanz auf den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. August 2009 hin, aus welchem sich ergebe, dass sich der Gesuchsteller auf Vorschlag des Obergerichts bereit erklärt habe, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss akonto Güterrecht zu leisten. Deshalb könne - fuhr die Vorinstanz fort - ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsteller im Umfang der auf Fr. 2'000.- geschätzten Flugkosten leistungsfähig sei. Dieser Prozesskostenvorschuss sei vom Gesuchsteller akonto Güterrecht zu leisten, weshalb ihm unabhängig davon, ob die Gesuchstellerin tatsächlich auf einen solchen Vorschuss angewiesen sei, kein Nachteil entstehe. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei - so das vorinstanzliche Fazit - aufgrund dieser Überlegungen gutzuheissen (Urk. 3 S. 3). Der Gesuchsteller kritisiert die angefochtene Verfügung und die dafür gegebene Begründung in mehrfacher Hinsicht und erhebt dabei sowohl prozessuale als auch materiellrechtliche Rügen.

3. Als Erstes macht der Gesuchsteller geltend, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör dadurch verletzt, dass sie ihn vor der Entscheidfällung weder mündlich noch schriftlich angehört habe (Urk. 2 S. 3). Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in einem Gerichtsverfahren Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, worin der prozessuale Fairnessgrundsatz zum Ausdruck kommt. Ein Aspekt dieses allgemeinen Grundsatzes ist der Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher den Parteien eine Reihe von Rechten auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung gewährleistet (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. auch § 56 Abs. 1 ZPO/ZH; BGE 127 III 578 E. 2c). Dazu zählt insbesondere das Recht einer Partei, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingrei-

fenden Entscheides zu allen wesentlichen Tatsachen zu äussern. Das streitbetreffende Begehren der Gesuchstellerin ging am 1. April 2010 bei der Vorinstanz ein (vgl. Vi Urk. 81). Den vorinstanzlichen Akten kann nicht entnommen werden, dass der Gesuchsteller sich je zu diesem Antrag hätte äussern können, bevor die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. Juli 2010 darüber befunden hat. Weder wurde eine entsprechende Verhandlung durchgeführt, noch wurde dem Gesuchsteller Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme eingeräumt (vgl. § 206 ZPO/ZH). Inwiefern vorliegend eine besondere sachliche oder zeitliche Dringlichkeit die Beschränkung des rechtlichen Gehörs des Gesuchstellers hätte rechtfertigen können, ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht begründet. Das Vorgehen der Vorinstanz ist demnach mit dem Anspruch des Gesuchstellers auf ein faires Verfahren und das rechtliche Gehör nicht vereinbar. Die Rüge der Gehörsverweigerung erweist sich als begründet. Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers (Urk. 2 S. 3) führt dieser prozessuale Mangel nicht zwingend zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Die Missachtung des rechtlichen Gehörs kann grundsätzlich durch die Äusserungsmöglichkeit im Rekursverfahren geheilt werden, da die Rekursinstanz sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (§ 279 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 zu § 279 ZPO/ZH; vgl. auch BGE 126 II 123 f. E. 6b/aa). In Anbetracht der zentralen Stellung der Mitwirkungsrechte der Parteien im Zivilprozess und des doch eigentlich als schwer zu wertenden Verfahrensverstosses der Vorinstanz ist zwar in der Tat diskutabel, ob eine Heilung der Gehörsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen sein müsste. Diese Problematik braucht jedoch nicht in abschliessender Weise erörtert zu werden, da die angefochtene Verfügung - wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergeben wird - aus anderen Gründen keinen Bestand haben kann.

4.1 Unter rechtlichen Gesichtspunkten bringt der Gesuchsteller gegen den vorinstanzlichen Entscheid vor, die von der Gesuchstellerin behauptete Angewiesenheit auf einen Prozesskostenvorschuss sei bis heute weder substantiiert noch mittels Belegen nachgewiesen und damit auch nicht glaubhaft gemacht worden (Urk. 2 S. 3 ff.). Dem Gesuchsteller kann vorab darin beigepflichtet werden, dass

derjenige Ehegatte, welcher vom anderen Unterstützung bei der Finanzierung der durch ein Gerichtsverfahren verursachten Kosten erwartet, sich primär über einen entsprechenden Bedarf auszuweisen hat. Dabei ist nicht so sehr von Belang, ob die Rechtsgrundlage des Prozesskostenvorschusses gemäss der vorne zitierten Rechtsprechung in der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 ZGB oder aber in der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB gesehen wird. Bereits aus dem Wortsinn der erstgenannten Gesetzesbestimmung erhellt einerseits, dass nur der bedürftige Ehegatte vom anderen Unterstützung bei der Aufbringung der mit der Führung eines Prozesses verbundenen Kosten beanspruchen kann. Als bedürftig gilt indessen nur, wer für solche Auslagen nicht aufkommen kann, ohne dass er diejenigen Mittel angreifen muss, die er zur Deckung der notwendigen Lebenshaltungskosten benötigt. Die Bevorschussung von Prozesskosten unter Ehegatten ist jedoch auch nach Massgabe der für die in Art. 163 ZGB statuierte eheliche Unterhaltspflicht zu beachtenden Kriterien keinesfalls Selbstzweck. Unterhaltsbeiträge an den anderen Ehegatten sind nur geschuldet, sofern dieser darauf angewiesen ist, sei das nun zur Sicherung des Existenzminimums oder zur Aufrechterhaltung der während der Ehe praktizierten Lebenshaltung. Wie es sich damit verhält und ob der Unterhalt verlangende Ehegatte für die Prozessfinanzierung darüber hinaus eines zusätzlichen Geldbeitrages bedarf, beurteilt sich nun aber ebenfalls in erster Linie nach dessen eigener wirtschaftlichen Lage. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung richtet sich die Entstehung des Anspruchs auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses wie auch dessen Bemessung nach einem konkret gegebenen und vom darum ersuchenden Ehegatten im Einzelnen darzulegenden Bedürfnis.

4.2 Den allgemeinen rechtlichen Ausführungen zufolge schien die Vorinstanz ihre Entscheidung auf keine andere rechtliche Basis stellen zu wollen (vgl. Urk. 3 S. 3). Weil sie diese letztlich als nicht relevant erachtete, hat die Vorinstanz in ihrer Verfügung keinerlei Feststellungen zu den finanziellen Verhältnissen der Gesuchstellerin getroffen. Damit hat sie sich jedoch nicht an die zuvor selber formulierten Vorgaben bezüglich der verschiedenen Anspruchsvoraussetzungen und deren Rangfolge untereinander gehalten. Nicht zu Unrecht erblickt der Gesuchsteller (vgl. Urk. 2 S. 4) darin auch insofern eine inkonsequente Haltung, als dass

die Vorinstanz sich die Behandlung des von der Gesuchstellerin deponierten Armenrechtsgesuchs mangels Vorliegens aktueller Einkommens- und Bedarfszahlen für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten hat (Urk. 3 S. 2), hingegen der Meinung war, das im Wesentlichen von ebendiesen finanziellen Verhältnissen abhängende Prozesskostenvorschussbegehren der Gesuchstellerin beurteilen zu können. Unter dem Eindruck der oben dargestellten und im vorinstanzlichen Entscheid durchaus korrekt wiedergegebenen Rechtslage ist denn auch nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin nicht näher abgeklärt hat. Sachverhaltsermittlungen in diese Richtung liessen sich namentlich nicht mit dem Bemerkten umgehen, dem Gesuchsteller würde kein Nachteil entstehen, da der zu leistende Prozesskostenvorschuss an die güterrechtlichen Ansprüche anzurechnen sei (Urk. 3 S. 3), denn mit der Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird unmittelbar in die finanziellen Interessen des Gesuchstellers eingegriffen. Durch eine solche Verpflichtung muss der Gesuchsteller eine aktuelle und nicht unerhebliche Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung hinnehmen. Daran würde sich selbst dann nichts ändern, wenn eine solche Zahlung dereinst mit den - allerdings erst noch festzustellenden und damit bis zu einem gewissen Grad unbestimmten - güterrechtlichen Forderungen der Gesuchstellerin verrechnet würde. Daher bleibt es dabei, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung des fraglichen Anspruchs auf Bevorschussung von Prozesskosten rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat, die von Gesetzes wegen hätten berücksichtigt werden müssen. Die angefochtene Verfügung erweist sich insofern als nicht bundesrechtskonform.

5.1 Zur festgestellten Bundesrechtsverletzung kommt eine fehlerhafte Anwendung zivilprozessualer Vorschriften durch die Vorinstanz hinzu. Das Verfahren über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsprozesses ist summarischer Natur. Das summarische Verfahren nach der zürcherischen Zivilprozessordnung zeichnet sich unter anderem durch geringere Anforderungen an die Beweisstrenge beziehungsweise die Beweisintensität aus (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 vor § 204 ff. ZPO/ZH; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 584 f.). Die entscheiderelevanten Tatsachen sind von den Parteien lediglich glaubhaft zu machen und nicht strikte

zu beweisen. Hierfür genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen spricht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 110 ZPO/ZH). Abgesehen davon, dass Glaubhaftmachung eine Reduktion des Beweismasses bedeutet, gelten dafür die gleichen Regeln wie für den Beweis (BSK ZGB I-Schmid, N 23 zu Art. 8 ZGB). Namentlich gilt im summarischen Verfahren analog zur Beweislast im ordentlichen Prozess eine Glaubhaftmachungslast. Wie der Gesuchsteller zutreffend hervorhebt (vgl. Urk. 2 S. 5; Urk. 14 S. 3) und von ihr auch nicht in Frage gestellt wird, obliegt es nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB der Gesuchstellerin, diejenigen Tatsachen glaubhaft zu machen, aus welchen sie ihren Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ableitet. Zwar auferlegt Art. 8 ZGB keine bundesrechtliche Behauptungslast, doch setzt diese Bestimmung entsprechende Behauptungen voraus. Ohne vorgängige Behauptung einer Tatsache kann kein Beweis darüber geführt werden (vgl. Göksu, in: Amstutz et. al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2007, N 9 zu Art. 8 ZGB). Mit der Glaubhaftmachungslast der Gesuchstellerin geht deshalb die Behauptungslast einher. Einen Teilgehalt der Behauptungslast ist die Substantiierungslast, welche insbesondere besagt, wie genau eine Tatsache zu behaupten ist, für die eine Partei die Behauptungs- und Beweislast trägt (vgl. Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, Kap. 10 Rz. 55; BSK ZGB I-Schmid, N 33 zu Art. 8 ZGB; vgl. auch BGE 108 II 341 E. 3).

5.2 Der summarische Charakter des Verfahrens führt nicht zu wesentlich anderen Anforderungen an die Begründung eines Begehrens. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Im Allgemeinen genügt es, wenn die Tatsachen so vorgetragen werden, dass die Subsumtion unter die Tatbestandselemente der anwendbaren Norm möglich ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 113 ZPO/ZH). Mit dem Begriff der Substantiierung wird betont, dass die Behauptungen inhaltlich nicht nur in pauschaler, sondern in umfassender und klarer Form zu erfolgen haben. Die Tatsachenvorbringen sind so konkret zu halten, dass aus Sicht der Gegenpartei ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder diese den Gegenbeweis antreten kann (vgl. BGE 117 II 113 E. 2; Guldener, a.a.O., S. 164). Die Gesuchstellerin hat ihren Antrag auf Zusprechung

eines Prozesskostenvorschusses nur rudimentär begründet und einzig vorgebracht, sie besitze keinerlei finanzielle Möglichkeiten, um einen Flug von W. _____ nach Zürich und zurück zu bezahlen, sondern habe im Gegenteil hohe Schulden, die sie zuerst zurückzahlen müsse (Vi Urk. 81 S. 3/4). Mehr oder anderes zu den massgeblichen Anspruchsvoraussetzungen hat die Gesuchstellerin nicht ausgeführt. Den Anforderungen an eine gehörige Behauptung und Substantiierung genügte der schriftliche Vortrag der Gesuchstellerin damit nicht. Ihre Vorbringen waren in keiner Art und Weise geeignet, einen bestimmten Anspruch auf Bevorschussung der Prozesskosten durch den Gesuchsteller zu begründen. Die Gesuchstellerin hat keine detaillierten Angaben zu ihrer finanziellen Situation präsentiert und sie hat auch keine Zahlenbeträge zu ihren regelmässigen und notwendigen Lebenskosten oder den angeblichen Schulden genannt. Zu derart unspezifischen Einlassungen wie "keinerlei finanzielle Mittel" oder "hohe Schulden" hätte der Gesuchsteller - selbst wenn er sich angemessen zur Sache hätte äussern können - nicht fundiert Stellung nehmen können und es mehrheitlich bei blossen Bestreitungen belassen müssen. Im Weiteren hat sich die Gesuchstellerin nicht dazu vernehmen lassen, in welcher Grössenordnung sich die verschiedenen im Zusammenhang mit der persönlichen Teilnahme an einer Verhandlung am Bezirksgericht Horgen anfallenden Auslagen bewegen würden. Auf die sich allenfalls in einem zweiten Schritt stellende Frage schliesslich, ob der Gesuchsteller im Rahmen eines Vorschusses die Finanzierung der Flugtickets überhaupt übernehmen könnte, wurde in der Eingabe vom 30. März 2010 an die Vorinstanz gar vollends nicht eingegangen.

5.3 Mit ihrem im vorangehend beschriebenen Sinne mangelhaften Tatsachenvortrag ist die Gesuchstellerin in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch auf Prozesskostenvorschuss ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen. Die Unterlassungen im Verfahren vor Vorinstanz kann die Gesuchstellerin nun nicht dadurch beheben, dass sie im Rekursverfahren unter Einreichung diverser Unterlagen ihre finanziellen Verhältnisse eingehend thematisiert und der Rekursinstanz dabei eine ausführliche Berechnung ihres monatlichen Bedarfs vorstellt (Urk. 10 S. 8 ff.; Urk. 12/1-26). Selbst wenn diese neuen Vorbringen novenrechtlich allesamt zulässig wären, könnten sie der Gesuchstellerin nicht

über die im Zuge des vorinstanzlichen Verfahrens ungenügend gebliebene Sachdarstellung hinweghelfen. Denn die Gesuchstellerin konzentriert sich hier wie dort darauf, die eigene Bedürftigkeit zu behaupten und zu belegen. Sie unterlässt es hingegen nach wie vor, sich auch nur ansatzweise mit den wirtschaftlichen Verhältnissen des Gesuchstellers zu befassen. Die für den Zuspruch eines Prozesskostenvorschusses vorausgesetzte Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers kann indessen weder als allgemein bekannt noch als gerichtskundig gelten. Berechtigterweise nimmt der Gesuchsteller im Rekursverfahren sodann daran Anstoss, dass die Vorinstanz ihn ohne weitere Abklärungen und alleine mit dem Hinweis auf einen früher bezahlten Prozesskostenvorschuss für leistungsfähig erklärt habe (Urk. 2 S. 3 und S. 5). Der Umstand, dass der Gesuchsteller sich im Verlauf eines rund ein Jahr zuvor geführten Rekursverfahrens zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtete, vermag das Behaupten des Leistungsvermögens hinsichtlich eines neuerlichen Prozesskostenvorschusses und noch viel weniger dessen Glaubhaftmachung ebenso wenig zu ersetzen wie die im Hauptsacheverfahren erfolgte Auseinandersetzung mit den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Gesuchstellers. Indem die Vorinstanz unbekümmert um die fehlenden Tatsachenbehauptungen annahm, der Gesuchsteller könne der Gesuchstellerin die zur Bezahlung der Flugreisen benötigten Mittel zur Verfügung stellen (vgl. Urk. 3 S. 3), hat sie grundlegenden Vorschriften über die Einbringung des Prozessstoffes keine Beachtung geschenkt. Der Anspruch auf Einräumung eines Prozesskostenvorschusses unterliegt nach der zürcherischen Zivilprozessordnung der Verhandlungsmaxime. Das Gericht darf seinem Verfahren deshalb nur behauptete Tatsachen zugrunde legen (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Gesuchstellerin hat indessen gerade nicht dargetan, dass und inwiefern der Gesuchsteller ihr die Flugtickets tatsächlich bezahlen könnte. Vielmehr hat die Vorinstanz den rechtswesentlichen Sachverhalt in diesem Kontext von Amtes wegen ergänzt. Dies ist in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren unzulässig. Eine allzu grosszügige Handhabung der Verhandlungsmaxime liegt auch darin, dass die Vorinstanz die von der Gesuchstellerin nicht bezifferten Preise für Flugreisen zwischen W._____ und der Schweiz von sich aus auf einen bestimmten Betrag geschätzt hat (vgl. Urk. 3 S. 3).

5.4 Für die Vorinstanz hat sich die Frage nach der richterlichen Aufklärungs- und Fragepflicht naturgemäss nicht gestellt. Aber auch im Abweisungsfall hätte sich die Gesuchstellerin über das Ausbleiben eines richterlichen Hinweises nicht beschweren dürfen. Aus der gesetzlichen Formulierung (vgl. § 55 ZPO/ZH: "Bleibt das Vorbringen ...") ergibt sich, dass die richterliche Fragepflicht die Parteien nicht von der Beachtung der prozessualen Obliegenheit entbindet, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht erfüllt mithin insbesondere nicht den Zweck, der betreffenden Partei zu ermöglichen, zwar entscheidungswesentliche, aber - aus welchen Gründen auch immer - in den Parteivorträgen nicht aufgestellte Behauptungen nachträglich noch in den Prozess einzuführen. Die Gerichte sind daher auch nicht gehalten, die Parteien zur Begründung von Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses aufzufordern. Die Fragepflicht greift vielmehr nur hinsichtlich des bereits Vorgebrachten, sofern dasselbe unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt. Damit überhaupt eine Fragepflicht zum lückenhaften Vortrag einer Partei einsetzt, wird vorausgesetzt, dass ein bestimmter Sachverhalt zumindest andeutungsweise behauptet wird und lediglich in gewissen Richtungen erkennbarerweise der Vervollständigung bedarf (vgl. Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 146 und S. 189 mit zahlreichen Nachweisen). Es ist dagegen nicht Sinn der richterlichen Fragepflicht, eine Partei inhaltlich darin zu instruieren, was zur Durchsetzung ihres Rechtsbegehrens vorgetragen werden muss (vgl. ZR 104 [2005] Nr. 9). Insofern ist das Institut der Aufklärungs- und Fragepflicht auch nicht dazu bestimmt, allfällige prozessuale Nachlässigkeiten einer rechtskundig vertretenen Partei auszugleichen oder auf allfällige prozessentscheidende Schwachstellen in ihrer Darstellung hinzuweisen (vgl. BGer vom 9. August 2010, 4A_330/2010 E. 2.2). Vor diesem rechtlichen Hintergrund konnte und kann keine Veranlassung bestehen, die Gesuchstellerin zur Geltendmachung derjenigen Tatsachen anzuhalten, die sie in Missachtung der sie treffenden Behauptungs- und Substantiierungslast vorzubringen unterlassen hat.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz dem Prozesskostenvorschussbegehren der Gesuchstellerin, so wie es begründet wurde, nicht hätte

stattgeben dürfen. Der Rekurs des Gesuchstellers ist gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 28. Juli 2010 ist aufzuheben. Der von der Gesuchstellerin gestellte Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für Flugkosten ist schliesslich zufolge Fehlens des erforderlichen Behauptungssubstrats sowie mangelnder Substantiierung abzuweisen.

IV.

1. Die Gesuchstellerin ersucht für das Rekursverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 10 S. 2). Die Vorinstanz hat der Gesuchstellerin in der angefochtenen Verfügung in der Person ihres Rechtsvertreters einstweilen für den nächsten Prozessschritt (Aufwendungen bis und mit der nächsten Verhandlung vor dem Bezirksgericht Horgen) einen unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellt (Urk. 3 S. 3 Dispositiv-Ziffer 1). Die einmal gewährte Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung gilt gemäss § 90 Abs. 2 ZPO/ZH grundsätzlich nicht nur für den vor der angerufenen Instanz hängigen Prozess, sondern auch für ein in dessen Verlauf angestrebtes Rechtsmittelverfahren, ohne dass es hierfür eines besonderen Antrags oder Entscheids bedürfte (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO/ZH). Von der für das vorinstanzliche Verfahren einstweilen bewilligten unentgeltlichen Rechtsvertretung sind damit auch die Aufwendungen des die Gesuchstellerin vertretenden Rechtsanwalts im vorliegenden Rekursverfahren erfasst. Die Rechtsmittelbehörde kann für ihr Verfahren jedoch einen selbständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO/ZH). Nach § 91 ZPO/ZH kann die Bewilligung des prozessualen Armenrechts insbesondere zurückgezogen werden, wenn dessen Voraussetzungen im Laufe des Prozesses dahinfallen. Beim Entzug der unentgeltlichen Rechtsvertretung ist dabei der Aspekt der Sicherstellung der Honorarforderung des Rechtsvertreters zu beachten. Der Rechtsvertreter darf - solange er vom Gericht als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt ist - von seiner Mandantin keine Kostenvorschüsse verlangen. Die Sicherstellung muss deshalb bis zum Zeitpunkt, in welchem das Gericht über den Entzug entscheidet, in jedem Fall gewährleistet bleiben. Ein rück-

wirkender Entzug der unentgeltlichen Rechtsvertretung ist demnach nicht möglich (ZR 96 [1997] Nr. 50).

2.1 Gemäss § 84 Abs. 1 ZPO/ZH ist einer Partei, welcher die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, wenn der Prozess nicht als aussichtslos erscheint. Bedarf sie zur gehörigen Führung des Prozesses auch der Rechtsvertretung, so ist ihr zudem ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben (§ 87 ZPO/ZH). Das Erfordernis der Mittellosigkeit ist dann erfüllt, wenn eine Partei die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt (BGE 127 I 205 E. 3b; BGE 125 IV 164 E. 4a). Gemäss der mit rechtskräftigem Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. August 2009 bezüglich des Kindesunterhalts genehmigten und im Übrigen vorgemerkten Vereinbarung hat der Gesuchsteller der Gesuchstellerin während des Scheidungsverfahrens Fr. 1'200.– monatlich an den Unterhalt des Kindes C._____ sowie Fr. 2'300.– an denjenigen der Gesuchstellerin persönlich zu bezahlen (Vi Urk. 75 S. 13). Der Gesuchsteller hat mit Eingabe vom 15. Juli 2010 vor Vorinstanz ein Abänderungsbegehren gestellt und die Reduktion der geschuldeten Unterhaltsbeiträge verlangt (vgl. Vi Urk. 83). Ein gerichtlicher Entscheid in dieser Angelegenheit steht noch aus, weshalb die Unterhaltsbeitragspflicht weiterhin im bisherigen Umfang besteht. Aus den Akten geht hervor, dass die Gesuchstellerin neben anderem für ausstehende Unterhaltsbeiträge Betreuung gegen den Gesuchsteller einleiten musste. In Betreuung gesetzt wurden überwiegend die vom Gesuchsteller gemäss Vereinbarung rückwirkend ab November 2006 zu leistenden Unterhaltsbeiträge (Urk. 2 S. 4; Urk. 10 S. 4; Urk. 12/2). Unbestritten ist dagegen, dass der Gesuchsteller der laufenden Unterhaltspflicht nachkommt (vgl. Urk. 10 S. 7). Die Unterhaltsbeiträge im Gesamtbetrag von Fr. 3'500.– pro Monat hat sich die Gesuchstellerin damit als für die Verfahrensfiananzierung einsetzbare Einkünfte anrechnen zu lassen.

2.2 Im Verfahren um die Erteilung des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege gilt eine (zumindest beschränkte) Officialmaxime und die einschlägigen Voraussetzungen sind grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen. Aufgrund des Untersu-

chungsgrundsatzes entfällt der Ausschluss von Noven und sind die von der Gesuchstellerin im Rekursverfahren erstmals erhobenen Behauptungen und vorgelegten Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation zu beachten. Den zu deckenden Bedarf beziffert die Gesuchstellerin auf monatlich rund Fr. 3'670.– (Grundbetrag Gesuchstellerin Fr. 625.–; Grundbetrag C. _____ Fr. 200.–; Miete Fr. 943.–; Kommunikationskosten Fr. 48.–; Krankenkasse Fr. 253.–; Versicherung für Mobilgar und Hausrat Fr. 20.–; Schulung des Kindes Fr. 1'356.–; Klavierstunden C. _____ Fr. 64.–; Steuern Fr. 160.– [Urk. 10 S. 11; Urk. 12/13]). Nach dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (publiziert in ZR 108 [2009] Nr. 62; nachfolgend Kreisschreiben) sind zunächst sämtliche Energiekosten im Grundbetrag enthalten und nicht gesondert im Existenzminimum aufzurechnen (vgl. Kreisschreiben Ziffer II). Zum Beleg der übrigen Wohnauslagen hat die Gesuchstellerin einen Mietvertrag sowie diverse Rechnungen für Mietzins und Wohnnebenkosten eingereicht (Urk. 10 S. 9 f.; Urk. 12/14-18). Die Gesuchstellerin ist nicht Partei des vorgelegten Mietvertrages (vgl. Urk. 12/14 S. 8 "El(los) deudor(es) solidario(s)"), und die Rechnung für die Administrationskosten sind ebenfalls nicht an die Gesuchstellerin adressiert (vgl. Urk. 12/15). Selbst wenn dennoch angenommen werden sollte, dass die Gesuchstellerin die Wohnkosten mit ihrem Partner zur Hälfte teilt, ergäben sich aufgrund der durch den Vertrag ausgewiesenen Miet- und Administrationskosten Mietauslagen für die Gesuchstellerin von insgesamt rund Fr. 780.– pro Monat (= die Hälfte von 3'241'000 Z. _____ Währung [Urk. 12/14 und Urk. 12/15] bei einem Umrechnungskurs von Fr. 1.– = 2'080.– Z. _____ Währung) sowie Kommunikationskosten von rund Fr. 45.– (= 87'387.50 Z. _____ Währung). Die von der Gesuchstellerin zu bezahlenden Krankenkassenprämien sind im Betrag von rund Fr. 245.– pro Monat ausgewiesen (2'017'773 Z. _____ Währung [= rund Fr. 980.–] für vier Monate [Urk. 12/20]). Dass die Gesuchstellerin eine Hausrat- oder Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat, wurde nicht belegt. Die dafür beanspruchten Auslagen (Urk. 10 S. 10; Urk. 12/13) sind bei der Bedürftigkeitsberechnung nicht zu berücksichtigen. Als bereits im Grundbetrag enthaltene Hobbykosten sind die behaupteten Ausgaben für den Klavierunterricht der Tochter C. _____ nicht in den Existenzbedarf der Gesuchstellerin zu übernehmen (vgl.

Kreisschreiben Ziffer II). Gleiches gilt für die laufende Steuerlast, da die Gesuchstellerin eine regelmässige Bezahlung von entsprechenden Raten nicht behauptet und auch nicht dokumentiert hat. Selbst wenn zusätzlich die von der Gesuchstellerin belegten Schulkosten (Gebühren und Versicherung) sowie die Hälfte der geltend gemachten Mehrauslagen für Schulkleidung von Fr. 1'185.– pro Monat hinzugerechnet würden, wäre höchstens von einem Gesamtnotbedarf der Gesuchstellerin in der Höhe von monatlich rund Fr. 3'100.– auszugehen.

3. Nach den vorstehenden Betrachtungen steht den auf Seiten der Gesuchstellerin verfügbaren Einkünften von Fr. 3'500.– pro Monat ein zu deckender Zwangsbedarf von nicht mehr als Fr. 3'100.– je Monat gegenüber. An frei verfügbaren Mitteln verbleibt der Gesuchstellerin ein monatlicher Betrag von Fr. 400.–. Unter den gegebenen Umständen ist es der Gesuchstellerin zumutbar, die ihr Existenzminimum übersteigenden Einkünfte für die Finanzierung des Prozesses, d.h. des Rekursverfahrens zu verwenden. Einerseits blieb die Gesuchstellerin einen aussagekräftigen Beleg über ihre tatsächliche finanzielle Beteiligung an den Mietkosten schuldig. Andererseits erscheint es zumindest fraglich, inwiefern es dem Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege entspricht, dem Kind einer Prozesspartei mittelbar zulasten der Allgemeinheit eine überdurchschnittliche Schulbildung zu ermöglichen. Immerhin hat die Kammer bereits in ihrem Beschluss vom 14. August 2009 festgehalten, dass mit einem monatlichen Betrag von Fr. 600.– eine angemessene Schulbildung der Tochter C._____ sichergestellt werden könne (Vi Urk. 75 S. 12). Schliesslich lassen sich die Gerichtskosten des vorliegenden Rekursverfahrens sowie die in dessen Nachgang noch entstehenden Anwaltskosten mit einem Überschuss von einigen Hundert Franken pro Monat in wenigen monatlichen Raten tilgen. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gesuchstellerin nicht als mittellos bezeichnet werden kann. Folglich ist das für das Rekursverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung abzuweisen und der Gesuchstellerin für das Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung mit Wirkung ab heutigem Datum zu entziehen.

V.

Ausgangsgemäss hat die unterliegende Gesuchstellerin für die Kosten des Rekursverfahrens aufzukommen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Ferner hat sie den anwaltlich vertretenen Gesuchsteller für dessen Aufwendungen im Rekursverfahren angemessen zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Mangels eines entsprechenden Antrags ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuerzusatz aufzurechnen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rekursverfahren wird abgewiesen.
2. Der Gesuchstellerin wird für das Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung mit Wirkung ab heutigem Datum entzogen.
3. Der Rekurs des Gesuchstellers wird gutgeheissen und Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 28. Juli 2010 wird aufgehoben.
4. Der Antrag der Gesuchstellerin, es sei der Gesuchsteller zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für Flugkosten zu verpflichten, wird abgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 450.–.
6. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 750.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

9. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 2'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Juli 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Clausen

versandt am:

ss