

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ100087-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie der Gerichtsschreiber
lic. iur. R. Kokotek

Beschluss vom 9. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Rekurrent

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Prozesskostenvorschuss), Ernennung
Gutachter**

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 4. November 2010 (FE100063)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren.
2. Mit Verfügung vom 4. November 2010 verpflichtete die Vorderrichterin den Gesuchsteller, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 1) und ernannte einen Gutachter für die Verkehrswertschätzung der ehelichen Liegenschaft (Dispositiv-Ziffer 2; Urk. 3 S. 6).
3. Mit Eingabe vom 20. November 2010 erhob der Gesuchsteller Rekurs gegen diese Verfügung (Urk. 2).
4. Am 24. November 2010 verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung (Urk. 5).
5. Am 8. Dezember 2010 erstattete die Gesuchstellerin die Rekursantwort (Urk. 7).

II.

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für Rechtsmittelverfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, ist das bisherige Recht weiterhin anwendbar (Art. 404 ZPO). Das Rekursverfahren untersteht daher den bisherigen Verfahrensvorschriften der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (nachfolgend: ZPO/ZH).

III.

1. Der Gesuchsteller beantragte rekursweise die Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (Urk. 2). Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und

andererseits Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus, wobei Mittellosigkeit gleich zu beurteilen ist wie bei der unentgeltlichen Prozessführung (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zu Art. 159-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998, N 135 zu Art. 159 ZGB).

2. Die Vorderrichterin führte zur Begründung aus, dass aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen (Vi Urk. 11/1-15) sowie anhand ihrer Aussagen (Vi Prot. S. 9 ff.) ersichtlich sei, dass die Gesuchstellerin nicht in der Lage sei, neben ihrem Lebensunterhalt für Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen (Urk. 3 S. 3).

Der Gesuchsteller demgegenüber sei Eigentümer einer Liegenschaft in C._____, welche nach dem von ihm eingereichten Gutachten auf einen Verkehrswert von Fr. 470'000.– geschätzt worden sei (Vi Urk. 26/1). Auf dieses Gutachten könne für die Beurteilung des Gesuchs um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege abgestellt werden (Urk. 3 S. 3). Die Liegenschaft des Gesuchstellers sei mit einer Hypothek in Höhe von Fr. 230'000.– belastet (Vi Urk. 14/5 und 16/6), weshalb Fr. 240'000.– davon Vermögen des Gesuchstellers darstellten (Urk. 3 S. 3 f.). Der Gesuchsteller habe jedoch ein Schreiben der Bank D._____ vom 16. September 2010 ins Recht gereicht, in welchem diese ausführe, dem Erhöhungsgesuch des Gesuchstellers könne nicht entsprochen werden. Es dürfe davon ausgegangen werden, dass es bei der Anfrage um die Erhöhung der Hypothekarbelastung der Liegenschaft gegangen sei. Am 31. August 2010 habe der Gesuchsteller sodann über ein Barvermögen von Fr. 5'759.83 auf seinem Bankkonto bei der D._____ verfügt. Der Bedarf des Gesuchstellers belaufe sich auf Fr. 1'899.50, und von der Krankentaggeldversicherung erhalte er durchschnittlich Fr. 5'578.20 im Monat, welches ihm bis Ende Jahr zu 100% ausbezahlt werde. Damit verfüge der Gesuchsteller, nach Abzug der vereinbarten ehelichen Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 1'000.–, über einen monatlichen Freibetrag von monatlich Fr. 2'678.70.

Zusammengefasst verfüge der Gesuchsteller einerseits über ein namhaftes Vermögen – welches zwar zurzeit nicht frei verfügbar sei – und andererseits über einen nicht unerheblichen monatlichen Freibetrag. Er sei also in der Lage,

seine eheliche Unterstützungspflicht wahrzunehmen und der Gesuchstellerin in-
nert nützlicher Frist einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu leisten.
Anzumerken bleibe, dass es dem Gesuchsteller längerfristig zuzumuten sei, das
Grundstück zu verkaufen oder bei einem anderen Finanzinstitut um Erhöhung der
Belastung zu ersuchen (Urk. 3 S. 4).

3. a) In der Rekurschrift behauptete der Gesuchsteller, er erhalte ab Ende
des Jahres 2010 nur noch 50% der bisherigen Leistungen der Taggeldversiche-
rung (Urk. 2 S. 1). Diese Behauptung ist nicht belegt.

b) Des Weiteren führte der Gesuchsteller rekursweise aus, die Gesuch-
stellerin habe „vor knapp zwei Jahren“ eine Erbschaft von Fr. 39'000.– erhalten
und habe sich einen Betrag von ca. Fr. 10'000.– aus ihrer Pensionskasse auszah-
len lassen (Urk. 2 S. 1). Die Gesuchstellerin anerkannte in der Rekursantwort den
Erhalt von Fr. 39'000.– (Erbschaft) bzw. Fr. 9'049.20 (Pensionskassenguthaben;
Urk. 7 S. 3), liess aber dazu ausführen, dieses Geld habe sie für das von der ver-
storbenen Mutter übernommene (und aufgrund der Jahre etwas verstaubte) Coif-
feurgeschäft, für ihren Lebensunterhalt (unter anderem Jahresabos für öffentliche
Verkehrsmittel für Gesuchstellerin und Tochter) und die Abzahlung von Schulden
verwendet (Urk. 7 S. 3). Als Beleg für das Vorbringen der Gesuchstellerin findet
sich bei den Akten die vor Vorinstanz eingereichte Bilanz und Erfolgsrechnung
des Coiffeursalons, welche für das Jahr 2009 einen Verlust von Fr. 6'422.50 aus-
weisen (Vi Urk. 11/1), und ihre Angaben in der persönlichen Befragung, wonach
sie keine Vermögenswerte oder Anwartschaften habe (Vi Prot. S. 9 ff.). Der Ge-
suchsteller konnte nicht belegen, dass die Gesuchstellerin noch über ein Gutha-
ben verfügt.

c) Es ist nicht belegt, dass der Coiffeursalon der Gesuchstellerin mittler-
weile rentiert, wie das der Gesuchsteller in seiner Rekurschrift andeutete (Urk. 2
S. 1). Die Gesuchstellerin bestritt in der Rekursantwort, dass sie – wie der Ge-
suchsteller in der Rekurschrift behauptete – „immer in die Ferien konnte“ und sie
für die Tochter ein Auto gekauft habe (Urk. 7 S. 3). Die Tochter habe sich das Au-
to selber gekauft, damit sie sich auf die Fahrprüfung vorbereiten könne (Urk. 7
S. 3).

d) Die Gesuchstellerin liess in der Rekurschrift ausführen, dass der Wohnungsumzug nach E._____ an den Geschäftssitz des Coiffeursalons zwecks Verringerung der Lebensunterhaltskosten (Verringerung der Billettkosten und Kosten für auswärtige Verpflegung) erfolgt (Urk. 7 S. 3). Aus diesem Umzug lässt sich nicht schliessen, dass die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin besser sind als von ihr dargestellt (vgl. dazu das Vorbringen des Gesuchstellers in Urk. 2 S. 1).

e) Die in der Rekurschrift gegen die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses erhobenen Einwände erweisen sich insgesamt als unbegründet. Die Begründung der Vorderrichterin ist zutreffend, weswegen auf dieselbe verwiesen werden kann.

5. a) Die Vorderrichterin qualifizierte das vom Gesuchsteller eingereichte Gutachten über den Verkehrswert der Liegenschaft als reine Parteibehauptung (Urk. 3 S. 5). Als Begründung führte sie an, aus den vom Gesuchsteller eingesandten Unterlagen gehe hervor, dass er das von ihm eingereichte Gutachten bereits im Februar 2010 in Auftrag gegeben habe (Urk. 3 S. 5). Somit müsse davon ausgegangen werden, dass er nicht erst durch die Ausführungen der Vorsitzenden anlässlich der Hauptverhandlung zum Gutachterauftrag veranlasst worden sei. Im Übrigen habe er die F._____ Architekten mit der Verkehrswertschätzung beauftragt, und nicht die D._____ Bank, wie von ihm ausgeführt worden sei (Urk. 3 S. 5). Von den F._____ Architekten sei jedoch anlässlich der Hauptverhandlung nie die Rede gewesen, weshalb die Gesuchstellerin keine Möglichkeit gehabt habe, sich zum potenziellen Gutachter zu äussern. Wie es sich verhielte, wenn der Gesuchsteller nach der Hauptverhandlung die D._____ Bank beauftragt hätte, könne an dieser Stelle offen gelassen werden (Urk. 3 S. 5).

b) Der Gesuchsteller führte in der Rekurschrift zur Ernennung des Gutachters in Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids Folgendes aus (Urk. 2 S. 2): „Zum 2. Punkt möchte ich nur erläuternd sagen, dass ich bei der ersten Verhandlung vom Gericht angewiesen wurde, das Haus neu schätzen zu lassen und das auch sofort in Auftrag gab. Leider unterschlich sich bei der Rechnung der Schätzung beim Datum der Auftragserteilung ein Fehler.“

c) Die Rechnung für das vom Gesuchsteller eingereichte Gutachten liegt als Vi Urk. 26/9 bei den Akten. Sie weist als Datum der Erteilung des Auftrags den Februar 2010 aus, was der Gesuchsteller in der Rekurschrift als Fehler bezeichnet (vgl. dazu auch Vi Urk. 35). Wie aus der Begründung der Vorderrichterin hervorgeht, qualifizierte sie das vom Gesuchsteller eingereichte Gutachten (Vi Urk. 26/1) nicht nur aufgrund des Datums, an welchem das Gutachten (angeblich) in Auftrag gegeben worden war (Februar 2010), als Parteibehauptung, sondern stützte sich insbesondere auf die Tatsache, dass die Gutachter, die F._____ Architekten, anlässlich der Hauptverhandlung unerwähnt blieben und die Gesuchstellerin keine Möglichkeit hatte, sich zum potenziellen Gutachter zu äussern, wie das § 172 Abs. 2 ZPO/ZH verlangt.

Wie aus der Prozessgeschichte hervorgeht, hatte die Gesuchstellerin tatsächlich keine Möglichkeit, sich vorgängig zum Gutachter der vom Gesuchstellerin eingereichten Verkehrswertschätzung der ehelichen Liegenschaft zu äussern: Am 17. August 2010 fand die Hauptverhandlung statt, an welcher der Gesuchsteller erklärte, er werde die Liegenschaft von der D._____ Bank schätzen lassen (Vi Prot. S. 6). Mit Eingabe vom 18. August 2010 beantragte die Gesuchstellerin, das Gutachten sei von Seiten des Gerichts in Auftrag zu geben (Vi Urk. 17 S. 2). Mit Verfügung vom 2. September 2010 wurde den Parteien G._____ (Architekt HTL, ..., C._____) als Gutachter für die Verkehrswertschätzung der ehelichen Liegenschaft vorgeschlagen und eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um Einwendungen gegen den Vorgeschlagenen zu erheben und zu begründen (Vi Urk. 20). Der Gesuchsteller reichte innert Frist das Gutachten über die Verkehrswertschätzung ein und unterliess es, sich zum vorgeschlagenen Gutachtern zu äussern (Vi Urk. 25; Vi Urk. 26/1). Mit Eingabe vom 20. Oktober 2010 erklärte die Gesuchstellerin, dass sie mit dem mit Verfügung vom 2. September 2010 vorgeschlagenen Gutachter einverstanden sei, nicht aber mit der vom Gesuchsteller eingereichten Gutachten (Vi Urk. 29).

Damit erweist sich die Begründung der Vorderrichterin als zutreffend. Selbst wenn das vom Gesuchsteller eingereichte Gutachten nicht im Februar 2010, sondern – wie von ihm geltend gemacht – nach der Hauptverhandlung vom

17. August 2010 in Auftrag gegeben wurde, ändert das nichts an der Qualifikation des von ihm eingereichten Gutachtens als Parteibehauptung. Aus dem Vorbringen des Gesuchstellers in der Rekurschrift kann somit nichts abgeleitet werden. Im Übrigen erhob der Gesuchsteller keine Einwände gegen den von der Vorinstanz ernannten Gutachter.

6. Da sich die Vorbringen des Gesuchstellers in der Rekurschrift insgesamt als unbegründet erweisen, ist der Rekurs abzuweisen.

IV.

Da der Gesuchsteller mit seinem Rekurs unterliegt, wird er kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH; § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). In Anwendung von § 68 Abs. 1 ZPO/ZH ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– zuzüglich Fr. 114.– (7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 25 AnwGebV; § 3 Abs. 1 und 2, § 7 und § 12 Abs. 1 und 3 aAnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs des Gesuchstellers wird abgewiesen und die Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 4. November 2010 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'614.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Kokotek

versandt am:
ss