

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110043-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, und
Dr. L. Hunziker Schnider, Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Beschluss und Urteil vom 2. Dezember 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Prozesskostenvorschuss/unentgeltliche Prozess-
führung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Ver-
fahren des Bezirkes Uster vom 6. September 2011; Proz. FE100324**

Erwägungen:

I.

1. Der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin stehen sich in einem Verfahren betreffend Ehescheidung vor dem Einzelgericht des Bezirkes Uster gegenüber (Prozess Nr. FE100324). In diesem Verfahren beantragte die Beschwerdegegnerin anlässlich der Verhandlung vom 13. Dezember 2010 die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Prot. I S. 6). An der Verhandlung vom 18. April 2011 stellte die Beschwerdegegnerin zudem den Antrag, es sei der Beschwerdeführer zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten (Prot. I S. 67). Mit Verfügung vom 6. September 2011 (act. 3 = act. 5 = act. 6/34) hiess der Einzelrichter das Begehren der Beschwerdegegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gut (Ziff. 1), verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin einen solchen in Höhe von Fr. 6'000.-- zu bezahlen (Ziff. 1), und schrieb das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Prozessführung als gegenstandslos geworden ab (Ziff. 2).

2. Hiegegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 16. September 2011 rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Er beantragt darin die Aufhebung von Ziff. 1 des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung.

3. Mit Schreiben vom 20. September 2011 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (act. 4 und act. 6) und es wurde mit Verfügung vom 7. Oktober 2011 der Beschwerdegegnerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde sowie der Vorinstanz die nämliche Frist zur Einreichung einer allfälligen Vernehmlassung angesetzt (act. 8). Während die Vorinstanz innert Frist auf eine Vernehmlassung verzichtete (act. 10), zeigte der Vertreter der Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 24. Oktober 2011 am letzten Tag der angesetzten Frist die Vertretung der Beschwerdegegnerin an, ersuchte um Erstreckung der Beschwerdeantwortfrist und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung (act. 11).

4. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2011 wurde das Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, um das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung zu begründen und zu belegen (act. 13). Dieser Aufforderung kam die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 7. November 2011 innert Frist nach (act. 15). Die Gegenpartei muss hierzu nicht angehört werden (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der angefochtene Entscheid erging nach dem 1. Januar 2011 und mithin nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich daher nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Kommt die schweizerische ZPO zur Anwendung, so sind auch die neuen kantonalen Ausführungsgesetze anzuwenden, wie zum Beispiel das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV). Der angefochtene Entscheid in der Sache selbst ist aber im Lichte der bisher geltenden Rechtsgrundlagen, insbesondere der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) zu prüfen.

2. Betreffend die notwendigen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach § 84 ZPO/ZH und für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nach Art. 159 Abs. 3 bzw. Art. 163 ZGB kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 5 S. 2 f. und S. 8 f.). Sie werden im Folgenden ergänzt, wo es einer Präzisierung bedarf.

III.

1. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid mit dem Umstand, dass der vorliegende Prozess für die Beschwerdegegnerin nicht aussichtslos erscheine und sie ihre Bedürftigkeit glaubhaft gemacht habe, indem sie dargelegt habe,

dass sie über keinen monatlichen Freibetrag verfüge und das allfällig vorhandene Vermögen nicht mehr als ein ihr ohnehin zu belassender Notgroschen betrage (act. 5 S. 4 f.). In Bezug auf das Vermögen berücksichtigte die Vorinstanz im Wesentlichen einen Anteil an einem 5'245 m² grossen Grundstück namens "... " in C._____ und erwog, die Beschwerdegegnerin habe es zusammen mit einem gewissen D._____ zu einem Kaufpreis von EUR 7'140.-- gekauft, wovon ihr aber lediglich ein Viertel gehöre, weshalb es kein zu berücksichtigendes namhaftes Vermögen darstelle. Diesbezüglich stützte sich die Vorinstanz auf vom Beschwerdeführer eingereichte Dokumente (act. 22/25-28). In Bezug auf das 10 Hektare grosse Landwirtschaftsland seien die Eigentumsverhältnisse zudem unklar und auch die landwirtschaftlichen Maschinen seien vermögensrechtlich nicht klar der Beschwerdegegnerin zurechenbar, weshalb beides nicht zu berücksichtigen sei (act. 5 S. 4 f.). Dagegen befinde sich der Beschwerdeführer in einer Vermögenslage, die es ihm erlaube die Verfahrenskosten zu decken (act. 5 S. 5 ff.). Auf Grund dieser ausgewiesenen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers sei er zu verpflichten der Beschwerdegegnerin in Anbetracht der mutmasslichen Höhe der Verfahrenskosten einen angemessenen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 6'000.-- zu bezahlen (act. 5 S. 9).

2.1 Der Beschwerdeführer stellt in seiner Beschwerdeschrift zunächst in Frage, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt rechtsverbindlich ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt hat. Er führt aus, die Beschwerdegegnerin sei vom vorinstanzlichen Richter zu diesem Gesuch gedrängt worden und sie habe dieses nicht willentlich gestellt, habe sie doch kurz zuvor noch ausdrücklich ausgeführt, sie verlange keinen Kostenvorschuss vom Beschwerdeführer, weil sie nichts mit ihm zu tun haben wolle (act. 2 S. 3 f.).

2.2 Aus dem Protokoll der vorinstanzlichen Verhandlung vom 18. April 2011 ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin zunächst auf einen Prozesskostenvorschuss verzichtete (Prot. I S. 67). Nachdem der vorinstanzliche Richter der Beschwerdegegnerin indes die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung erläutert hatte, änderte sie ihre Meinung und beantragte explizit einen Prozesskostenvorschuss (Prot. I S. 67).

2.3 Vorab ist wiederholend darauf hinzuweisen, dass der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zu Lasten der öffentlichen Hand (Art. 29 Abs. 3 BV, § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO/ZH) dem aus der privatrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht der Ehegatten (Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB) fließenden Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss nachgeht (BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2 m.H.; BGE 127 I 202 E. 3b).

2.4 Vor diesem Hintergrund bedeutet die Aussage der Beschwerdegegnerin, sie verzichte auf einen Prozesskostenvorschuss, in der Folge auch den Verzicht auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, ist diese doch nur subsidiär zu gewähren, d.h. wenn ein Prozesskostenvorschuss nicht erhältlich gemacht werden kann. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung stellte die Beschwerdegegnerin jedoch vorbehaltlos und eindeutig bereits anlässlich der Verhandlung vom 13. Dezember 2010. Der Verzicht auf einen Prozesskostenvorschuss steht somit im Widerspruch zu diesem Gesuch. Bleibt, wie diesfalls, das Vorbringen einer Partei und damit ihr Wille unklar, so ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung (§ 55 ZPO/ZH). Ebendieser Pflicht ist der vorinstanzliche Richter nachgekommen, indem er die nicht anwaltlich vertretene und juristisch nicht verteilte Beschwerdegegnerin über die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege, insbesondere ihrer Subsidiarität zum Prozesskostenvorschuss aus Familienrecht, aufklärte. In der Folge behob die Beschwerdegegnerin den entstandenen Widerspruch, indem sie schliesslich eindeutig und in klarer Art und Weise den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses formulierte. Demnach ist mit der Vorinstanz von einem gültig gestellten Antrag auszugehen. Fraglich bleibt indes, ob mit Blick auf die Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO) die Festsetzung der Höhe des zugesprochenen Prozesskostenvorschusses durch das Gericht rechtmässig erfolgte, zumal die Beschwerdegegnerin ihren Antrag in Bezug auf den Umfang nicht spezifizierte (vgl. BGer 5P.395/2001 vom 12. März 2002 E. 2.c). Das rügt der Beschwerdeführer aber nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

3.1 In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, er akzeptiere zwar die Feststellungen der Vorinstanz betreffend seine eigene Leistungsfähigkeit, die Vorinstanz habe die Mittellosigkeit der Beschwerdegegnerin aber aktenwidrig festgestellt. Er stellt sich unter Bezugnahme auf die bereits vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen (act. 6/11/12; act. 6/22/25-28) auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin besitze ein Viertel am Grundstück "... " in C._____, welches nicht bloss 5'245 m², sondern 7'141 m² umfasse. Der Wert dieses Landes betrage nach der von der Beschwerdegegnerin in Auftrag gegebenen und von ihm akzeptierten Schätzung EUR 285'640.-- (EUR 40.--/m²), was realistisch sei. Zudem könne der Anteil der Beschwerdegegnerin im Umfang von über EUR 70'000.-- veräussert oder zumindest belehnt werden, weshalb die Beschwerdegegnerin nicht mittellos sei (act. 2 S. 4 f.). Zudem würden keine Unklarheiten bezüglich der landwirtschaftlichen Maschinen bestehen, die die Beschwerdegegnerin habe hierzu selber Unterlagen eingereicht. Die Vorinstanz habe auch ausser Acht gelassen, dass die Beschwerdegegnerin Alleineigentümerin der E._____ GmbH sei, welcher Landwirtschaftsmaschinen und ein Traktor im Wert von mindestens Fr. 30'000.-- gehörten, und über die die Beschwerdegegnerin verfügen könne (act. 2 S. 6).

3.2 Bei den genannten Unterlagen, auf welche sich der Beschwerdeführer stützt, handelt es sich um die offizielle Übersetzung eines Berichtes über eine durchgeführte Beurteilung des Marktwertes vom 20. Juli 2010 (act. 6/11/12), zwei nicht in die deutsche Sprache übersetzte und damit dem Gericht unverständliche Dokumente (act. 6/22/25 und act. 6/22/27) sowie die (gemäss Angaben des Beschwerdeführers) entsprechenden Übersetzungen, nämlich eine Bestätigung über den Kauf/Verkauf eines Grundstückes vom 12. Mai 2006 (act. 6/22/26) und ein Katasterauszug vom 9. Mai 2011 (act. 6/22/28). Die Marktwertschätzung bezieht sich auf ein Wohnobjekt, die Parzelle "...", die unter der k.p. Nr. ...2 geführt wird und 7'141 m² umfasst, und die Parzelle "... " mit der k.p. Nr. ... und 823 m². Diesen Parzellen werden die geschätzten Werte EUR 74'080.-- und EUR 285'640.-- zugeordnet, wobei aus dem Dokument nicht eindeutig klar wird, welcher Wert für welche Parzelle gilt. Ferner wird eingangs des Berichtes als Eigentümer F._____ aufgeführt. Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei um den Beschwerdefüh-

rer, jedenfalls aber nicht um die Beschwerdegegnerin, handelt. Dass die Schätzung von der Beschwerdegegnerin in Auftrag gegeben worden ist, ist überdies aus diesem Dokument nicht ersichtlich. Bezüglich der Bestätigung über den Kauf/Verkauf eines Grundstückes und den Auszug aus dem Kataster ist festzustellen, dass es sich nicht um von offizieller Seite übersetzte Dokumente handelt und sie damit von vornherein wenig glaubhaft sind. Abgesehen davon vermögen sie ohnehin keinen gehörigen Aufschluss über das Grundstück "... " zu bringen, zumal sie sich in Abweichung zur Marktwertschätzung auf eine Parzelle mit der Nr. ...3 (und nicht ...2) beziehen und sich insofern widersprechen, dass einmal von einer hälftigen Beteiligung der Beschwerdegegnerin und das andere Mal von einer Viertel-Beteiligung die Rede ist. Der Beschwerdeführer vermag mit diesen Unterlagen seine Aussagen in Bezug auf die Viertel-Beteiligung der Beschwerdegegnerin, auf die Parzelle ... sowie deren Umfang und Wert somit nicht zu stützen. Insbesondere reichte der Beschwerdeführer vor Vorinstanz auch keinerlei Belege zur behaupteten Veräusser- oder Belehnbarkeit des Grundstückes ein. Die Vorinstanz ging gestützt auf diese Unterlagen aber immerhin davon aus, dass der Beschwerdegegnerin ein Viertel des 5'245 m² grossen Grundstückes "... " im Wert von EUR 7'140.-- gehört (act. 5 S. 4). Das mag zutreffen oder nicht. Insgesamt ist jedenfalls festzustellen, dass der Beschwerdeführer alleine gestützt auf diese Behauptungen nicht glaubhaft zu machen vermag, dass die Beschwerdegegnerin über Vermögenswerte verfügt, die zudem im Werte über einen "Notgroschen" hinausgehen und erhältlich gemacht werden könnten, so dass eine Bedürftigkeit zu verneinen wäre. Die Vorinstanz hat damit den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig festgestellt.

3.3 In Bezug auf die landwirtschaftlichen Maschinen äussert sich der Beschwerdeführer ferner nur unbestimmt. Insbesondere führt er nicht aus, welche Unterlagen das Gericht diesbezüglich zu einem anderen Schluss führen sollte. Solche Unterlagen sind im Übrigen auch nicht ersichtlich. Der vorinstanzliche Entscheid ist diesbezüglich nicht zu beanstanden. Auch die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin Inhaberin einer GmbH ist, ändert nichts an der vorinstanzlichen Einschätzung, zumal es sich dabei um eine in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht unabhängige juristische Person handelt.

4.1 Eventualiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Beschwerdegegnerin benötige zur Wahrung ihrer Interessen gar keinen Prozesskostenvorschuss, da ihr keine anwaltliche Kosten entstehen würden und ihr keine Kautionsauferlegt worden sei und auch nicht auferlegt werden dürfe. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses einzig zur Sicherstellung der Verfahrenskosten sei nach der zürcherischen ZPO nicht zulässig (act. 2 S. 7 f.).

4.2 Der Prozesskostenvorschuss ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist also, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2010 E. 3.1); und es dem Beistands- oder Unterhaltsverpflichteten möglich ist, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2). Als vorsorgliche Massregel muss der Kostenvorschuss im Verlaufe des Verfahrens begehrt und beurteilt werden; im Zusammenhang mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid ist für die Zusprechung kein Raum (BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1980, Art. 145 aZGB N 280). Der Prozesskostenvorschuss dient entsprechend der unentgeltlichen Prozessführung also grundsätzlich zur Deckung von zukünftig entstehenden Anwalts- und Gerichtskosten; bereits aufgelaufene Kosten werden gerade nicht gedeckt (ZK ZGB-BRÄM, 3. Aufl. 1998, Art. 159 N 131; BK- BÜHLER/SPÜHLER, a.a.O., Art. 145 aZGB N 287).

4.3 Daraus erhellt, dass ein Prozesskostenvorschuss grundsätzlich nicht voraussetzt, dass bereits zu tragende Kosten entstanden sind. Allerdings ist der Prozesskostenvorschuss zur Wahrung von Interessen an der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens bestimmt und nicht grundsätzlich zur Befreiung von Gerichtskosten. Seinem Sinn und Zweck nach dient er in erster Linie also der Bezahlung eines Vorschusses, den Anwältinnen und Anwälte von ihren Klientinnen und Klienten fordern. Darüber hinaus umfasst er in den Kantonen, deren Prozessordnung eine Vorschusspflicht für Gerichtsgebühren vorsehen, auch die Vorauszahlung von Gerichtskosten (ZK-BRÄM, 3. Aufl. 1998, Art. 159 N 131). Daraus könnte im Sinne der Kausalität umgekehrt geschlossen werden, dass in kautionsbefreiten

Verfahren – wie dem vorliegenden (vgl. § 78 Abs. 1 ZPO) – ein Prozesskostenvorschuss aus Familienrecht (bei nicht vorhandenen Anwaltskosten) mangels voraussehbar künftigen finanziellen Verpflichtungen nicht zu gewähren ist. Auf diesen Standpunkt stellt sich im Wesentlichen der Beschwerdeführer. Dem ist allerdings vor dem Hintergrund der bereits zitierten, konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Prozesskostenvorschuss aus Art. 159 Abs. 3 bzw. Art. 163 ZGB der unentgeltlichen Prozessführung grundsätzlich nachgeht (vgl. E. III.2.3 vorstehend), nicht zu folgen. Denn diesfalls wäre bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen in kautionsbefreiten Verfahren der Prozesskostenvorschuss immer abzuweisen und die eigentlich nur subsidiär zu gewährende unentgeltliche Prozessführung regelmässig gutzuheissen. Das würde zu stossenden Ergebnissen führen und den genannten Grundsatz, dass die private Fürsorgepflicht der staatlichen eben vorgeht, aushöhlen. Ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses aus Familienrecht ist demnach entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung immer dann gutzuheissen, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegeben sind und die Gegenpartei über genügende finanzielle Mittel verfügt; unabhängig davon, ob im konkreten Verfahren Vorschüsse für die Gerichtskosten erhoben werden könnten oder nicht (vgl. E. III.4.2 vorstehend). Alleine diese Voraussetzungen sind demnach massgebend und vorliegend zu überprüfen.

4.4 Wie den vorstehenden Erwägungen zu entnehmen ist, wurde vor Vorinstanz die Bedürftigkeit der Beschwerdegegnerin durch diese glaubhaft gemacht. Darüber hinaus gilt ein Begehren auf Ehescheidung und Regelung der Scheidungsfolgen praxisgemäss nicht als aussichtslos. Damit wären die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung gegeben. Die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers ist ferner ausgewiesen und von diesem auch nicht bestritten (act. 2 S. 3). Daher hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin zu Recht einen Prozesskostenvorschuss aus Familienrecht zugesprochen. Die Höhe des zugesprochenen Prozesskostenvorschusses hat der Beschwerdeführer im Übrigen nicht substantiiert in Frage gestellt, weshalb diese hier nicht zu überprüfen ist.

5.1 Im Übrigen weist der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift darauf hin, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihn zum Gesuch der Beschwerdegegnerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses nicht angehört habe (act. 2 S. 9).

5.2 § 56 ZPO/ZH statuiert als Generalklausel für das Verfahrensrecht den bereits in Art. 29 Abs. 2 BV festgesetzten Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser umfasst unter anderem das Recht auf Äusserung zu Vorbringen des Gegners (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, Art. 56 N 1). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung hat unabhängig eines allfälligen materiellen Interesses die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., Art. 56 N 4). Das Bundesgericht hielt hierzu aber fest, dass eine nicht gravierende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden kann, wenn sich die betroffene Person im Rechtsmittelverfahren äussern konnte und die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen verfügt wie die Vorinstanz. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist ferner – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs – abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.H.).

5.3 Die Beschwerdegegnerin stellte ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegen Ende der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 18. April 2011 (Prot. I S. 67). Danach erläuterte der Vorsitzende nur noch den weiteren Verfahrensablauf und der Gesuchsteller präziserte seine Angaben zur Finanzierung der Liegenschaft in G. _____ (Prot. I S. 68). Insofern ist es zutreffend, dass der Beschwerdeführer durch die Vorinstanz nicht aufgefordert und ihm nicht ausdrücklich Gelegenheit gegeben wurde, zum Gesuch der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen. Allerdings verweist die Beschwerdegegnerin zur Begründung des Gesuchs auf die bereits vorher, während der Verhandlung gemachten Ausführungen (Prot. I S. 67). Zu diesen konnte sich der Beschwerdefüh-

rer im Verlaufe der Verhandlung ohne Weiteres äussern. Der Beschwerdeführer stützt sich dementsprechend auch im Beschwerdeverfahren nicht auf Tatsachen und Beweismittel, die nicht schon vor Vorinstanz Thema waren. Die Beschwerdegegnerin brachte somit nichts Neues vor, wozu dem Beschwerdeführer hätte Gelegenheit zur Äusserung eingeräumt werden müssen. Allerdings wurde dem Beschwerdeführer verwehrt, sich zu den rechtlichen Voraussetzungen des Prozesskostenvorschusses zu äussern. Die Beschwerdeinstanz überprüft Rechtsfragen indes mit voller Kognition (Art. 320 lit. a ZPO). Auch konnte sich der Beschwerdeführer mit der Beschwerde äussern und gereicht ihm der Novenausschluss im Beschwerdeverfahren (Art. 326 Abs. 1 ZPO) diesbezüglich nicht zum Nachteil, machte er hier eben gerade keine Noven geltend. Dementsprechend ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegend im Beschwerdeverfahren als geheilt zu betrachten, zumal die Rückweisung vor diesem Hintergrund zu einem formalistischen Leerlauf führen würde.

6.1 Ferner merkt der Beschwerdeführer an, die Vorinstanz habe sich in der angefochtenen Verfügung nicht dazu geäußert, ob der Beschwerdeführer den Prozesskostenvorschuss bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung in Anschlag bringen könne, weshalb der angefochtene Entscheid diesbezüglich zu erläutern sei (act. 2 S. 9). Der Beschwerdeführer stellt damit sinngemäss ein Begehren um Erläuterung gemäss Art. 334 Abs. 1 ZPO. Die Erläuterung eines Entscheides wird durch das erlassende Gericht vorgenommen. Sie erfolgt nicht im Rechtsmittelverfahren (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, Art. 334 N 9). Ein allfälliger Antrag wäre daher bei der Vorinstanz zu stellen. Mangels sachlicher Zuständigkeit ist auf das Begehren um Erläuterung somit nicht einzutreten.

6.2 Immerhin ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Prozesskostenvorschuss aus Familienrecht nach Namen und Begriff eine vorläufige Leistung ist, über die jedenfalls im Endentscheid abzurechnen ist, gleichgültig, ob die Verpflichtung seinerzeit mit einem entsprechenden Vorbehalt verbunden worden ist oder nicht, und unabhängig davon, ob ein ausdrücklicher Antrag auf Abrechnung seitens des zur Leistung Verpflichteten vorliegt (BK- BÜHLER/SPÜHLER, a.a.O., Art. 145 aZGB N 300 und 303).

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf das Begehren des Beschwerdeführers um Erläuterung nicht einzutreten ist. Die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses waren vorliegend gegeben, weshalb die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Recht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Beschwerdegegnerin verpflichtet hat. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

IV.

1. Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 ZPO) und werden grundsätzlich der unterliegenden Partei nach Massgabe ihres Unterliegens auferlegt (Art. 106 ZPO). Ausnahmen davon sieht Art. 107 ZPO vor.

2. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO werden im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege nur im Falle von Bös- oder Mutwilligkeit Kosten erhoben. Nach Ansicht der Kammer gilt das nicht nur für erstinstanzliche Verfahren; auch das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos (vgl. OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011; OGer ZH NQ110017 vom 8. September 2011). Dieser Regelung liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Betroffene nicht solle befürchten müssen, schon für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege Kosten tragen zu müssen (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 6.5.4). Diese Überlegung ist auch in Verfahren um Gewährung eines Prozesskostenvorschusses aus Familienrecht zu machen, liegen dort doch zumindest bei einer Partei ebenfalls enge finanzielle Verhältnisse vor oder sie werden immerhin behauptet. Zudem ist im gleichen Verfahren unter Umständen subsidiär auch über ein allfälliges Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu befinden. Auf Grund des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege und dem Prozesskostenvorschuss aus Familienrecht rechtfertigt es sich, sinngemäss auch in (Beschwerde-)Verfahren betreffend die Beurteilung eines Prozesskostenvorschusses von der grundsätzlichen Kostenlosigkeit des Verfahrens auszugehen, weshalb die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen sind.

3. Dementsprechend erweist sich das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Prozessführung als gegenstandslos, weshalb das Verfahren diesbezüglich abzuschreiben ist. Vorliegend bleibt das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung zu beurteilen.

4.1 Gemäss Art. 117 f. ZPO hat eine Person Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsvertreter, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint und ein Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist.

4.2 Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Eingabe vom 7. November 2011 glaubhaft, dass sich ihre finanzielle Situation seit den vorinstanzlichen Feststellungen im Wesentlichen nicht geändert hat (act. 15). Entsprechend den vorstehenden Erwägungen geht der Prozesskostenvorschuss aus Familienrecht der unentgeltlichen Prozessführung aber vor und wäre im vorliegenden Fall auf Grund des bestehenden Mandatsverhältnisses zwischen der Beschwerdegegnerin und ihrem Rechtsvertreter und der anerkannten Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers zu gewähren (vgl. BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2; act. 12). Ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren wurde von der Beschwerdegegnerin indes nicht gestellt. Ob ein Prozesskostenvorschuss erhältlich gemacht wird, liegt in der Privatautonomie der betroffenen Partei; verzichtet sie allerdings darauf, obwohl die Voraussetzungen dafür gegeben sind, so ist ihr der Subsidiarität wegen die unentgeltliche Rechtspflege zu verwehren (BGer 5P.395/2001 vom 12. März 2002, E. 2). Daher ist hier das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtsvertretung abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss hätte der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Eine Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin ist mangels Erarbeitung einer Beschwerdeantwort allerdings nicht zuzusprechen (§ 11 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wird abgewiesen.
3. Auf das Erläuterungsgesuch des Beschwerdeführers wird nicht eingetreten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien zusammen mit dem nachfolgenden Urteil.
5. Gegen diesen Beschluss kann Beschwerde geführt werden gemäss der zum nachstehenden Urteil gegebenen Rechtsmittelbelehrung.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Der Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht o.V. des Bezirkes Uster, je gegen Empfangsschein.

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

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 beträgt
Fr. 6'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: