

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC140022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

## Urteil vom 25. Juni 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Ehescheidung / Vorsorgliche Massnahme (Prozesskosten-vorschuss)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (4. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Mai 2014; Proz. FE140167**

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) machte mit Eingabe vom 4. März 2014 die Scheidungsklage gegen den Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung (fortan Vorinstanz), anhängig. Sie beantragte im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 5'000.– zu bezahlen, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr Vertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 7/1 S. 2).

An der Verhandlung beantragte der Beklagte die Abweisung des Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses (act. 7/12, Prot. VI S. 6 ff.).

Mit Verfügung vom 22. Mai 2014 hiess die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin gut und verpflichtete den Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Klägerin in der Höhe von Fr. 5'000.–. Ausserdem setzte sie der Klägerin eine Frist von 20 Tagen für die schriftliche Klagebegründung (act. 3/1 = 6 = 7/16 S. 7 Disp. Ziff. 1).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte rechtzeitig "Berufung". Er beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 22. Mai 2014. Prozessual beantragte er die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Sistierung des Scheidungsverfahrens (act. 2 S. 2).

Da der Streitwert unter Fr. 10'000.– liegt, war die Eingabe als Beschwerde und nicht als Berufung entgegenzunehmen. Mit Präsidialverfügung vom 6. Juni 2014 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Auf das Gesuch um Sistierung wurde nicht eingetreten. Sodann wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zu leisten (act. 4).

Mit Eingabe vom 13. Juni 2014 nahm die Klägerin fristgerecht zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung und beantragte dessen Abwei-

sung (act. 8). Das Doppel dieser Stellungnahme wurde dem Beklagten am 20. Juni 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 10 und 11). Den Kostenvorschuss leistete der Beklagte fristgerecht (act. 9). In Anwendung von Art. 322 Abs. 1 ZPO kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Vorab ist festzuhalten, dass der Wortlaut des Antrags des Beklagten zwar darauf schliessen lässt, dass er die Aufhebung sämtlicher Anordnungen der Verfügung vom 22. Mai 2014 beantragt. Aus der Begründung ergibt sich hingegen, dass er lediglich die Verpflichtung zur Leistung des Prozesskostenvorschusses, d.h. Ziffer 1 der Verfügung, anfecht (act. 2 S. 2 f.). Die ebenfalls in der Verfügung enthaltene Fristansetzung zur Klagebegründung gegenüber der Klägerin ist somit von der Beschwerde inhaltlich nicht erfasst.

3.

3.1. Gemäss Art. 321 ZPO ist die Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (so auch Art. 311 Abs. 1 ZPO für die Berufung). Das bedeutet, dass die Beschwerde Anträge zu enthalten hat, welche zu begründen sind (ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, Art. 321 N 14 f.). In der Begründung hat sich die Beschwerde erhebende Partei mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, was daran ihrer Ansicht nach falsch ist. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime. Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Bei der Beschwerde geht es nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides (ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, Art. 326 N 3).

3.2. Im Rahmen der Beschwerde ist somit – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht auf die finanziellen Verhältnisse des Beklagten per Stichtag 2. Juni 2014 abzustellen (act. 2 S. 4), sondern auf die vor Vorinstanz vorgebrachten (unbestritten gebliebenen oder glaubhaft gemachten) Angaben. Die vom Beklagten vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind als Noven unbeachtlich. Eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz in Bezug auf die finanziellen Verhältnisse macht der Beklagte nicht geltend.

Ebenso neu und damit unbeachtlich sind die Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (act. 2 S. 6) und jene zur Auszahlung des Genossenschaftskapitals in der Höhe von Fr. 2'700.– an die Klägerin (act. 2 S. 7). Zu Letzteren ist anzumerken, dass eine diesbezügliche Forderung des Beklagten im Rahmen der güterrechtlichen Ansprüche zu klären wäre, einem Prozesskostenvorschuss – der, wie der Name schon sagt, ein Vorschuss ist – nicht entgegenstünde. Der Beklagte bringt überdies selber vor, das Geld sei bereits verbraucht.

3.3. Die Begründung der Beschwerde entspricht sodann im Wesentlichen der vor Vorinstanz vorgetragenen Begründung. Der Beklagte rügt zwar, dass die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu Unrecht erfolgt sei; er sei entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht leistungsfähig. Mit den Erwägungen der Vorinstanz setzt er sich aber nicht auseinander. Damit fehlt es weitgehend an einer den Anforderungen genügenden Begründung, weshalb insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Dazu im Detail:

3.3.1. Der Beklagte führt aus, entgegen der Ansicht der Vorinstanz könnten die Fondsanteile sowie die ...-Aktien nicht resp. nicht ohne Verlust liquidiert werden. Eine Liquidation dieser Vermögenswerte wäre daher unverhältnismässig und für ihn nicht zumutbar (act. 2 S. 5).

Bereits vor Vorinstanz behauptete der Vertreter des Klägers, Aktien und Fonds innert nützlicher Frist nicht liquide machen zu können. Bei der persönlichen Befragung äusserte sich der Beklagte selber jedoch dahingehend, die Liquidation sei

möglich, beim Fonds entfielen dann aber die Rendite und es würden Kosten der Bank anfallen, wobei diese letztes Mal Fr. 150.– betragen hätten (Prot. VI S. 6 und 14). Die Vorinstanz erwog, unter diesen Umständen erscheine der Verkauf der Fondsanteile ohne Weiteres zumutbar, gleiches gelte ohnehin bezüglich der jederzeit verkäuflichen ...-Aktien (act. 3/1 = 6 = 7/16 S. 5). Der Beklagte nimmt darauf keinen Bezug, sondern behauptet lediglich eine Liquidation sei "nicht resp. nicht ohne Verlust" möglich.

Hinzu kommt, dass die Vorinstanz weiter erwog, selbst wenn die Anlagen illiquid wären, dies nicht zu berücksichtigen wäre. Der Beklagte habe nämlich in die entsprechenden Produkte nach seinen Angaben erst am 10. März 2014 investiert, zu einem Zeitpunkt also, in dem ihm bekannt gewesen sei, dass die Klägerin die Scheidung anstrebe. Der Beklagte habe zu diesem Zeitpunkt vom bereits hängigen Gerichtsverfahren und den damit verbundenen Kosten gewusst (act. 3/1 = 6 = 7/16 S. 6). Mit diesen Überlegungen setzt sich der Beklagte ebenfalls nicht auseinander.

3.3.2. Der Beklagte stellt sich sodann abermals, wie bereits vor Vorinstanz, auf den Standpunkt, sein Vermögen stelle Eigengut dar. Daraus habe er keinen Prozesskostenvorschuss zu leisten (act. 2 S. 5).

Die Vorinstanz führte hierzu aus, es spiele bei der Beurteilung der Leistungspflicht des Pflichtigen im Rahmen der ehelichen Beistands- und Unterhaltspflicht keine Rolle, ob es sich beim vorhandenen Vermögen um Eigengut handle. Zwar seien zur Bestreitung des Familienunterhalts in erster Linie die laufenden Einkommen der Ehegatten heranzuziehen. Würden diese nicht ausreichen, sei ungeachtet der güterrechtlichen Zuordnung auf das Vermögen zurückzugreifen. Über eine allfällige Berücksichtigung eines zu leistenden Prozesskostenvorschusses sei im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Endentscheid zu befinden (act. 3/1 = 6 = 7/16 S. 5). Zu diesen – zutreffenden – Erwägungen äussert sich der Beklagte nicht.

3.3.3. Soweit die Behauptungen zum hypothetischen Einkommen der Klägerin (act. 2 S. 6) als Einwand überhaupt beachtlich sind, fehlt es auch diesbezüglich

an einer genügenden Begründung. Mit den – zutreffenden – Ausführungen der Vorinstanz, wonach gemäss Effektivitätsgrundsatz in die Beurteilung nur Einkünfte und Vermögenswerte einbezogen werden dürfen, die tatsächlich vorhanden und verfügbar seien und die Anrechnung eines fiktiven bzw. hypothetischen Einkommens oder Vermögens mithin nicht zulässig sei (act. 3/1 = 6 = 7/16 S. 3), setzt sich der Beklagte nicht auseinander.

3.3.4. Weiter bestreitet der Beklagte erneut die geltend gemachten Wohnkosten der Klägerin von monatlich Fr. 500.–. Er bringt vor, die Klägerin wohne seit der (freiwilligen) Aufgabe ihrer Wohnung gratis bei ihrer Schwester. Es sei in keiner Weise belegt worden, dass die Klägerin an ihre Schwester einen Beitrag für das Wohnen leisten müsse (act. 2 S. 6 f.).

Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, es sei aufgrund der erfolgten persönlichen Befragung glaubhaft, dass die Klägerin Fr. 500.– ihrer Schwester bezahle. Auch scheine der Betrag nachvollziehbar und angemessen, umfasse er doch auch die Kosten für Festnetz, Billag etc. (act. 3/1 = 6 = 7/16 S. 4). Mit seiner abermaligen pauschalen Bestreitung vermag der Beklagte das Begründungserfordernis nicht zu erfüllen, setzt er sich doch auch diesbezüglich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Wenn er überdies davon ausgeht, die Klägerin könne mit einem angenommenen (hypothetischen) Einkommen von Fr. 4'000.– problemlos einen Überschuss von rund Fr. 2'000.– generieren (act. 2 S. 6 f.), dann billigt er der Klägerin unabhängig von den Wohnkosten selbst einen Bedarf von rund Fr. 2'000.– jedenfalls aber Fr. 1'700.– zu (act. 2 S. 6).

3.4. Im Übrigen vermag der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen dem Entscheid auch materiell nichts entgegenzusetzen. Ist ein Ehegatte nicht in der Lage, für seine Prozesskosten selber aufzukommen, ergibt sich aus der ehelichen Beistandspflicht von Art. 159 ZGB und aus der ehelichen Unterhaltsverpflichtung nach Art. 163 ZGB, dass ihm der andere einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu leisten hat, sofern er selber dazu in der Lage ist und die Streitigkeit die eheliche Gemeinschaft betrifft. Sodann darf der Prozess nicht aussichtslos sein (BGer 5D\_135/2010 vom 9. Februar 2011, E. 3.1). Eine Person ist dann auf einen Prozesskostenvorschuss angewiesen, wenn ihr monatlicher Überschuss

des Einkommens zum Bedarf nicht genügt, die Prozesskosten innert eines Jahres bei weniger aufwändigen Prozessen bzw. innert zweier Jahre bei aufwändigeren Prozessen zu tilgen.

Dass der Klägerin aufgrund der effektiven Verhältnisse ein Überschuss verbleiben würde, der es ihr ermöglichen würde, die Prozesskosten zu tragen, bringt der Beklagte nicht vor. Sodann kann der Scheidungsprozess nicht als aussichtslos bezeichnet werden.

Der Beklagte behauptet, er habe keine monatliche Sparquote. Die Vorinstanz hat erwogen, diese Frage könne offen gelassen werden, da der Beklagte jedenfalls über genügend Vermögen verfüge, um den verlangten Prozesskostenvorschuss zu leisten (act. 3/1 = 6 = 7/16 E. 4.2.). Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Ob der Beklagte seinen monatlichen Bedarf gerade so decken kann oder ob ein Überschuss resultiert, ist somit auch im Beschwerdeverfahren lediglich dann zu ermitteln, wenn das Vorhandensein von liquidem Vermögen zu verneinen ist.

Der Beklagte verfügt gemäss eigenen Angaben über Euro-Fonds im Wert von ca. € 17'000.–, CHF-Fonds im Wert von ca. Fr. 20'000.– und Aktien von ... im Wert von Fr. 5'000.– (Prot. VI S. 12). Weshalb diese Werte nicht korrekt wären und insbesondere in Fonds lediglich Fr. 29'545.– investiert sein sollen, wie der Beklagte in der Beschwerde nun vorbringt (vgl. act. 2 S. 4), erläutert er nicht. Die Behauptung, die Fondsanteile sowie die Aktien könnten nicht liquidiert werden, ist – abgesehen davon, dass auch der Beklagte bei der persönlichen Befragung selber ausführte, eine Liquidation sei möglich, es entfielen dann lediglich die Rendite und es würden gewisse Bankkosten anfallen (Prot. VI S. 14 f.) – weder durch substantiierte Ausführungen näher erläutert noch durch objektive Anhaltspunkte glaubhaft gemacht. Die Liquidation dieser Anlagen ist dem Beklagten zuzumuten. Die behauptete Qualifikation des Vermögens als Eigengut ist wie gesehen irrelevant für die Frage des Prozesskostenvorschusses (vgl. BGer 8C\_665/2011 vom 26. Januar 2012, E. 8.3.3).

Der Beklagte beruft sich sodann auf die (bereits vor Vorinstanz im Rahmen der Bedarfsrechnung vorgebrachten) Schulden und führt aus, die offenen Steuer-

schulden von Fr. 20'000.– seien vorab von seinem Vermögen abzuziehen und es sei für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit auf das Nettovermögen abzustellen. Es handle sich dabei zwar um Solidarschulden, aber faktisch habe er alleine dafür einzustehen (act. 2 S. 5). Schulden sind für die Frage des Prozesskostenvorschusses grundsätzlich nur zu beachten soweit sie effektiv getilgt werden. Sodann hat der Beklagte in seiner Bedarfsaufstellung bereits Fr. 1'000.– pro Monat für die Schuldentilgung der offenen Steuerschulden eingesetzt (act. 7/12). Eine darüber hinausgehende Beachtung fällt ausser Betracht. Anzumerken ist, dass es dem Beklagten selbst bei vollständiger Tilgung sämtlicher Schulden (gemäss Behauptung des Beklagten Fr. 25'000.–) aus seinem Vermögen noch zuzumuten wäre, der Klägerin Fr. 5'000.– als Prozesskostenvorschuss zu bezahlen: Entfällt die Schuldentilgung in der Bedarfsrechnung des Beklagten, resultiert jedenfalls, d.h. auch ausgehend von der Darstellung des Beklagten, ein erheblicher monatlicher Freibetrag.

Im Eheschutzverfahren, so der Beklagte weiter, sei der beantragte Prozesskostenvorschuss infolge seiner mangelnden Leistungsfähigkeit abgewiesen worden. Es sei nicht plausibel, wenn er heute zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werde, nachdem sich seine finanziellen Verhältnisse nicht verbessert, sondern sein Vermögen sich noch vermindert hätte (act. 2 S. 6). Dieser Einwand ist unbehelflich. Der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss ist jeweils aufgrund der aktuellen Verhältnisse zu prüfen. Sodann führt eine frühere anderweitige Beurteilung der Sachlage auf der Basis der Glaubhaftmachung nicht zum Anspruch des Beklagten, dass auch später – in einem anderen Verfahren – gleich entschieden werde.

3.5. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

Mit dem Entscheid in der Sache wird das prozessuale Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

4.

Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die Prozesskosten dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Der Klägerin ist für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit der Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung eine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 250.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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. 5'000.–.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am: