

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC150039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 21. September 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Ehescheidung / Prozesskostenvorschuss**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 12. Juni 2015; Proz. FE130108

Rechtsbegehren

(act. 5/1 S. 2):

"1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.

[2.-5. ...]"

Verfahrensanträge vor Vorinstanz:

der Beklagten und Beschwerdeführerin, sinngemäss (act. 5/115 und 5/118):

"Der Kläger sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 4'000.– an die Beklagte zu verpflichten.

Eventualiter sei der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von RAin lic. iur. C._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

des Klägers und Beschwerdegegners, sinngemäss (act. 5/132):

Der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Verfügung des Einzelgerichts o.V. des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 12. Juni 2015

(act. 5/137 = act. 6):

- "1. Der Antrag der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Der Eventualantrag der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von RAin lic. iur. C._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin wird als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.

[3.-4. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Beschwerdeanträge

(act. 2 S. 2):

"1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon Nr. FE130108-H/Z6 vom 16. Juni 2015 aufzuheben.

2. Es sei das Gesuch der Beschwerdeführerin um die Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Scheidungsverfahren durch den Beschwerdegegner gutzuheissen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen sich seit dem 14. November 2013 (Einreichung der Scheidungsklage) vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon im Scheidungsverfahren gegenüber (act. 5/1).

2. Die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beklagte) stellte mit Eingabe vom 27. März 2015 den eingangs angeführten Antrag auf Verpflichtung des Klägers und Beschwerdegegners (fortan Kläger) zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 4'000.00 an sie, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (act. 5/115).

3. Die Vorinstanz holte zunächst eine Stellungnahme des Klägers ein und wies den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses daraufhin mit der eingangs angeführten Verfügung vom 12. Juni 2015 ab (act. 6). Das eventualiter gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hatte die Beklagte in der Zwischenzeit zurückgezogen (act. 5/118 S. 2).

Die Verfügung vom 12. Juni 2015 wurde der Beklagten am 18. Juni 2015 zugestellt (act. 5/140/2).

4. Mit Eingabe vom Montag, 29. Juni 2015 (gleichentags der Post übergeben) erhob die Beklagte Beschwerde gegen die Verfügung vom 12. Juni 2015 und stellte die eingangs angeführten Beschwerdeanträge (act. 2).

5. Mit Verfügung vom 7. Juli 2015 setzte der Stellvertreter der Kammerpräsidentin der Beklagten eine Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 800.00 für das Beschwerdeverfahren an (act. 7). Der Vorschuss wurde fristgemäss geleistet (act. 9).

6. Am 7. September 2015 teilte die vormalige Rechtsvertreterin der Beklagten mit, dass das Mandat zwischen ihr und der Beklagten nicht mehr bestehe, und informierte die Kammer über die neue Zustelladresse der Beklagten (act. 12).

7. Die Kammer hat die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens beigezogen (act. 5/1-141). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Wird ein Entscheid des Scheidungsgerichts über die Verpflichtung des anderen Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses angefochten, geht die II. Zivilkammer von einem (vermögensrechtlichen) Verfahren über vorsorgliche Massnahmen aus. Entsprechende Entscheide sind daher bei gegebenem Rechtsmittelstreitwert mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO; vgl. OGer ZH LY140006 vom 13. Mai 2014; OGer ZH PC140022 vom 25. Juni 2014, E. 1.2; OGer ZH LY130007 vom 22. Mai 2013, E. II./1).

Die Beklagte bezifferte den geltend gemachten Anspruch in ihrer Rechtsmitteleingabe nicht (act. 2 S. 2). Vor Vorinstanz verlangte sie einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.00 (act. 5/115). Darauf kann abgestellt werden. Der für die Zulässigkeit der Berufung vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert ist somit nicht gegeben. Die angefochtene Verfügung kann daher nur mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden (Art. 319 lit. a ZPO).

Die Beschwerde führende Partei hat sich in der Begründung ihrer Beschwerde mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen und hat anzugeben, an welchen Mängeln der Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Diese Rügepflicht ist anwaltlich vertretenen Parteien gegenüber strenger zu verstehen als juristischen Laien gegenüber (vgl. ZK ZPO-FREIBURGH/AUFHELDT, 2. Auflage 2013, Art. 321 N 15; vgl. auch OGer ZH PP150016 vom 18. Mai 2015, E. II./3).

Im Beschwerdeverfahren sind neue Tatsachen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen des Anspruchs auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses zutreffend wiedergegeben (act. 6 S. 3 f.). Darauf kann verwiesen werden, mit der Präzisierung, dass der Anspruch auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses nach obergerichtlicher Praxis in der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 ZGB begründet ist und nicht in der Pflicht zur Deckung des gebührenden Unterhalts nach Art. 163 ZGB (vgl. dazu OGer ZH LY140041 vom 5. Februar 2015, E. IV./c; OGer ZH LE120025 vom 12. Juni 2012, E. IV./2.; vgl. auch PHILIPP MAIER, Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, FamPra 2014 S. 635 ff., S. 637). Das Bundesgericht liess die Frage bis anhin offen (vgl. zuletzt BGer 1B_287/2011 vom 14. Juni 2011, E. 4.3; es äusserte sich insbesondere auch im von der Vorinstanz angefügten älteren Zitat [act. 6 S. 3] nicht abschliessend dazu).

3. Die Vorinstanz erwog, die Beklagte lebe mit den beiden Kindern der Parteien seit 8. Oktober 2014 in Bulgarien, schliesse aber eine Rückkehr in die Schweiz nicht aus. Sodann errechnete die Vorinstanz einen Lebensunterhalt der Beklagten und der Kinder von monatlich Fr. 5'483.00 für den Fall einer Rückkehr in die Schweiz bzw. von monatlich Fr. 2'137.00 für den Fall des weiteren Aufenthalts in Bulgarien (act. 6 S. 4-14).

Auf der Einkommenseite rechnete die Vorinstanz der Beklagten zunächst das Einkommen aus Unterhaltsbeiträgen des Klägers für sie und die Kinder sowie Kinderzulagen von Fr. 5'250.00 an. Zudem ging die Vorinstanz davon aus, die Beklagte könnte als ausgebildete Zahnärztin in der Schweiz in einem 50%-Pensum ein Einkommen von zumindest Fr. 2'000.00 netto pro Monat erzielen, bei einem Verbleib in Bulgarien ein solches von Fr. 206.00 netto pro Monat. Dazu sei der Beklagten im zuletzt genannten Fall zuzumuten, die ihr im Eheschutzverfahren zur Benützung überlassene eheliche Liegenschaft in D._____ ZH (vgl. act. 5/6/19) zu vermieten.

Aus den aufgezeigten Zahlen errechnete die Vorinstanz für den Fall der Rückkehr in die Schweiz einen monatlichen Überschuss der Beklagten von Fr. 1'767.00 und für den Fall des weiteren Verbleibs in Bulgarien einen solchen von Fr. 3'319.00 zuzüglich Mietertrag. Bereits daraus ergebe sich, dass die Beklagte in der Lage sei, die Prozesskosten selber innert angemessener Frist zu bezahlen. Zudem sei die Beklagte auch aus Vermögen leistungsfähig. Sie sei hälftige Miteigentümerin der ehelichen Liegenschaft der Parteien in D._____, die bei einem Verkehrswert von Fr. 563'000.00 gemäss den Steuererklärungen 2011 und 2012 mit Fr. 460'000.00 hypothekarisch belastet sei, wobei allfällige Amortisationen noch nicht berücksichtigt seien. Zudem verfüge die Beklagte über liquide Mittel, so im Zusammenhang mit ihrer Selbständigkeit als Zahnärztin in ihrer Praxis in E._____ (act. 5/120/7) über ein Guthaben von Fr. 65'111.65 und daneben über ein privates Kontoguthaben von Fr. 5'319.65. Im Falle einer Notlage sei es ihr zuzumuten, ihre Praxis aufzugeben und auf die damit im Zusammenhang stehenden Mittel zuzugreifen. Die Beklagte sei somit in der Lage, den Prozess aus eigenen Mitteln zu finanzieren (act. 6 S. 14-20).

4./4.1 Die Beklagte lebt nach wie vor in Bulgarien. Sie spricht selber von einem "vorläufigen" Aufenthalt (act. 2 S. 1), der aber nach der erwähnten Ausreise im Oktober 2014 bereits eine erhebliche Zeitdauer umfasst. Wie wahrscheinlich eine baldige Rückkehr der Beklagten in die Schweiz erscheint, ist indes unerheblich. Nach dem Effektivitätsgrundsatz, auf den auch die Vorinstanz verwies (act. 6 S. 4), kann es nicht darauf ankommen, welchen Bedarf die Beklagte im Falle ihrer Rückkehr in die Schweiz zu bestreiten hätte. Ebenso wenig ist erheblich, aus welchen Gründen die Beklagte die Schweiz verliess. Daher erübrigt es sich, auf die Ausführungen der Beklagten einzugehen, wonach sie die Schweiz aus begründeter Angst vor einer drohenden, vom Kläger veranlassten Fremdplatzierung der Kinder durch die KESB verliess (act. 2 S. 3-10). Entscheidend ist, dass die Beklagte aktuell mit den Kindern in Bulgarien lebt. Davon ist auszugehen. Im Falle einer späteren Rückkehr in die Schweiz stünde es der Beklagten im Bedarfsfall offen, ein neues Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen.

4.2 Vorab ist auf die Vermögenssituation der Beklagten einzugehen:

4.2.1 Die Beklagte beanstandet die Auffassung der Vorinstanz nicht, wonach ihr die Mittel von Fr. 65'111.65 auf dem auf sie lautenden Geschäftskonto anzurechnen sind und ihr im Bedarfsfall ein Zugriff auf diese Mittel zumutbar ist (act. 6 S. 20). Die Beklagte macht dazu einzig geltend, inzwischen würde sie auf diesem Konto nur noch über Fr. 28'884.49 verfügen (act. 2 S. 12; vgl. auch act. 4/22a gegenüber der Situation nach act. 5/120/26b).

Da Noven im Beschwerdeverfahren nach Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen sind, kann die Beklagte sich nicht auf den in der Zwischenzeit eingetretenen Vermögensverlust berufen. Eine neu eingetretene Bedürftigkeit wäre in einem neuen Gesuch geltend zu machen. Auch wenn darüber hinweggesehen würde, änderte das an der Situation nichts: Den geltend gemachten Betrag des Kostenvorschusses von Fr. 4'000.00 könnte die Beklagte auch bei einem Saldo von knapp Fr. 29'000.00 von ihrem Geschäftskonto beziehen. Auch dann wäre ihr das zuzumuten. Umso mehr ist das ausgehend vom hier – wie gesehen – relevanten Betrag von Fr. 65'111.65 der Fall.

4.2.2 Der Anspruch auf einen Notgroschen steht dem nicht entgegen. Die Beklagte ist nach den nicht beanstandeten Ausführungen der Vorinstanz (vgl. vorne II./4.) hälftige Miteigentümerin der ehelichen Liegenschaft. Bei einem Verkehrswert von Fr. 563'000.00 und einer hypothekarischen Belastung in der Höhe von Fr. 460'000.00 ist von einem in der Liegenschaft gebundenen Vermögen der Beklagten von rund Fr. 50'000.00 auszugehen. Allfällige güterrechtliche Überlegungen zur Frage, welcher Anteil der Beklagten davon im Endeffekt zusteht, sind vor dem Hintergrund des Effektivitätsgrundsatzes nicht erheblich. Ohnehin macht die Beklagte keine entsprechenden Ausführungen. In dieser Situation ist der "Notgroschen" der Beklagten in der Liegenschaft gebunden. Ein Anspruch auf einen weiteren Bar-Notgroschen besteht nicht (vgl. OGer ZH LY140011/Z01 vom 7. Mai 2014, E. II./2).

4.2.3 Das soeben zum Notgroschen Gesagte könnte im Übrigen auch der Beurteilung der weiteren (privaten) Barmittel der Beklagten zu Grunde gelegt

werden. Die Vorinstanz ging von einem Guthaben von Fr. 5'319.65 aus (act. 6 S. 19). Auch auf diesen Betrag müsste die Beklagte nach dem Gesagten (kein Anspruch auf einen zusätzlichen Notgroschen neben den in der Liegenschaft gebundenen Mitteln) streng genommen für die Finanzierung des Prozesses zugreifen. Der zwischenzeitliche Vermögensverlust ist auch in diesem Zusammenhang aus novenrechtlichen Gründen unbeachtlich. Ob dieser Betrag alleine die Bedürftigkeit schon ausschliessen würde, kann jedoch offen bleiben.

4.2.4 Bereits die Vermögenssituation der Beklagten steht somit der Annahme ihrer Beistandsbedürftigkeit entgegen. Auf die weiteren finanziellen Verhältnisse ist nur der Vollständigkeit halber noch kurz einzugehen.

4.3 Nach dem Effektivitätsgrundsatz ist auf der Bedarfs- und Einkommenseite lediglich von den tatsächlich anfallenden Aufwendungen auszugehen. Das schliesst beim gegenwärtigen Aufenthalt der Beklagten in Bulgarien die schweizerischen Grundbeträge ebenso aus wie Kosten für öffentlichen Nahverkehr der Kinder in der Schweiz (act. 2 S. 11 Ziff. 10.3). Wenn die Beklagte in der Zukunft in die Schweiz zurückkehren sollte, kann sie ein neues Gesuch stellen. Zu berücksichtigen sind daher heute nur die aktuell tatsächlich anfallenden Kosten.

4.3.1 Die Vorinstanz hat den Bedarf der Beklagten in Bulgarien wie bereits erwähnt auf monatlich Fr. 2'137.00 berechnet. Diesen Betrag kann die Beklagte aus ihrem eingestandenem Einkommen von Fr. 4'800.00 monatlich (Unterhaltsbeiträge, nach ihrem Standpunkt exkl. Kinderzulagen, act. 5/118 S. 4 sowie act. 2 S. 12) ohne weiteres decken.

4.3.2 Wird davon ausgegangen, dass die Beklagte tatsächlich nach wie vor sowohl die Kosten ihrer Zahnarztpraxis als auch jene der ehelichen Liegenschaft in der Schweiz trägt (zu den Beträgen vgl. im Einzelnen act. 5/118 S. 4 f.) sowie die in der Beschwerdeschrift geltend gemachten höheren Beträge für Kranken- und Lebensversicherungen (act. 2 S. 11 f.), so ist die Beklagte im Falle eines Mankos auf das erwähnte Vermögen auf dem Geschäftskonto zu verweisen. Solange die eigenen Mittel der Beklagten (auch ihr Vermögen) für ihre finanziellen Bedürfnisse ausreichen, ist sie nicht beistandsbedürftig.

Mit diesen Mitteln (wie gesehen ist in diesem Verfahren von Fr. 65'111.65 auszugehen) kann die Beklagte sowohl ihre Zahnarztpraxis weiter mieten als auch die Kosten der unbewohnten Liegenschaft in D._____ (und die erwähnten weiteren Aufwendungen) finanzieren, soweit das Einkommen von Fr. 4'800.00 nicht ausreicht. Im Übrigen stünde einer Vermietung der Liegenschaft wohl nichts entgegen, solange die Beklagte in Bulgarien weilt. Auch die zwischenzeitliche Nichtbezahlung eines persönlichen Unterhaltsbeitrags seitens des Klägers (act. 2 S. 10, 12) kann die Beklagte so überbrücken. Die Entnahme der Fr. 4'000.00, welche sie als Prozesskostenvorschuss verlangt, ändert daran nichts.

4.3.3 Sollte die Beklagte in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr über Vermögen verfügen, auf das sie zurückgreifen kann, so steht es ihr offen, ein neues Gesuch zu stellen. Dazu bleibt heute immerhin anzumerken, dass mit Blick auf die Bezahlung von Aufwendungen in der Schweiz (Kosten der Zahnarztpraxis und der ehelichen Liegenschaft) sich dabei (auch im Geltungsbereich des Effektivitätsgrundsatzes) möglicherweise die Frage von Rechtsmissbrauch stellen würde (vgl. für den Verzicht auf ein Einkommen OGer ZH PC140029 vom 20. Oktober 2014, E. 2.2.3). Im jetzigen Zeitpunkt ist darauf nicht weiter einzugehen.

5. Aus den geschilderten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen.

III.

1. Es rechtfertigt sich vorliegend, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens bereits in der vorliegenden Entscheidung zu befinden und nicht bis zur Endentscheidung zuzuwarten (Art. 104 Abs. 3 ZPO).

2. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit nach Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011), nicht bei den vorliegend beurteilten vorsorglichen Massnahmen gestützt auf die eheliche Beistandspflicht. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr richtet sich nach dem eingangs aufgezeigten Streitwert des Berufungsverfahrens von Fr. 4'000.00 sowie nach § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG).

3. Dem Kläger ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.00 festgesetzt, der Beklagten und Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von act. 2 und 12, an die Beklagte und Beschwerdeführerin unter Beilage des Doppels von act. 10, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'000.00

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: