Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PC160048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 13. Dezember 2016

in Sachen

A._____,
Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,
Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Ehescheidung (Vorschuss für Beweiserhebung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. Oktober 2016; Proz. FE140198

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen sich vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen in einem Scheidungsverfahren gegenüber.

Mit Verfügung vom 31. Mai 2016 wies das Einzelgericht ein Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 7/162 Disp. 6).

Am 14. Oktober 2016 wies das Einzelgericht das vom Beklagten mit der Klageantwort vom 11. Juli 2016 gestellte Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ab (act. 7/182 = act. 8, Disp. 1).

Unter dem gleichen Datum erliess das Einzelgericht die Beweisverfügung. Es setzte dem Beklagten eine 20-tägige Frist an, um die Kosten der Beweiserhebungen (Gutachten) mit einem Barvorschuss von Fr. 3'000.– sicherzustellen, ansonsten die von ihm beantragte Beweiserhebung unterbleibe, es sei denn die Gegenpartei schiesse die Kosten vor. Es wies darauf hin, dass mit einer Erstreckung der Frist nur einmal, nur kurz und nur unter Nachweis ausgewiesener Gründe zu rechnen sei (act. 7/183 = act. 9, Disp. 10).

Mit Verfügung vom 2. November 2016 wies das Einzelgericht ein Gesuch des Beklagten um Wiedererwägung der Auflage des Barvorschusses ab und erstreckte die Frist zur Leistung desselben letztmals bis 31. Dezember 2016 (act. 7/201 i.V.m. act. 7/200).

2. Gegen die Beweisverfügung vom 14. Oktober 2016 erhob der Beklagte mit Eingabe an das Obergericht vom 31. Oktober 2016 rechtzeitig Beschwerde. Er beantragte, ihn von der Pflicht zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 3'000.– zu befreien, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 2 S. 2; vgl. act. 7/188/2).

Das Gesuch des Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 7. November 2016 abgewiesen (act. 4). Die erstinstanzlichen Ak-

ten wurden beigezogen (act. 7/1–205). Der Beklagte reichte eine Vollmacht nach (Art. 132 Abs. 1 ZPO; act. 10 und 11).

II.

1. Entscheide über die Leistung von Vorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO).

2. Der Beklagte macht geltend, nicht in der Lage zu sein, den Vorschuss zu leisten (act. 2 Ziff. 10, 18 ff.). Der Vorinstanz habe klar sein müssen, dass ihm dies nicht möglich sein würde (act. 2 Ziff. 21). Sie verlange, was nach ihrer eigenen, in der Verfügung über den Prozesskostenvorschuss geäusserten Rechtsauffassung unmöglich zu erbringen sei: die Zahlung eines Vorschusses von Fr. 3'000.– innert 20 Tagen bzw. kurz erstreckter Frist bei einem monatlich über das betreibungsrechtliche Existenzminimum hinaus zur Verfügung stehenden Betrag von Fr. 1'200.–, welcher überdies dazu dienen solle, die aufgelaufenen und laufenden Anwaltskosten zu zahlen. Die Anordnung sei schlicht willkürlich. Werde ihm eine Frist zur Leistung eines Vorschusses angesetzt, die er gar nicht einhalten könne, werde ihm der Zugang zum Beweis verweigert, worauf er nach Art. 152 ZPO Anspruch habe (act. 2 Ziff. 24, 26).

3. Der Vorschuss im Sinne von Art. 102 Abs. 1 ZPO ist nach Massgabe der zu erwartenden Auslagen des Gerichts festzusetzen. Die finanziellen Verhältnisse der Partei sind nicht relevant. Einer nicht über genügend finanzielle Mittel verfügenden Partei wird die Durchsetzung ihrer Rechte mit dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 ff. ZPO ermöglicht (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Über diesen prozessualen Anspruch entscheidet aber auf Gesuch hin das mit der Sache befasste Gericht, nicht die mit einem Rechtsmittel gegen die Auflage eines Barvorschusses befasste Oberinstanz. Die Befreiung von der Vorschusspflicht kommt daher nicht in Betracht.

4. Dem Beklagten ist insoweit Recht zu geben, als der Entscheid über den eherechtlichen Anspruch auf Prozesskostenvorschuss und der Entscheid betreffend den Beweiskostenvorschuss in einem Zusammenhang stehen. Bei der Bemes-

sung der Frist zur Bevorschussung der Beweiserhebungskosten war den im Entscheid über den Prozesskostenvorschuss angestellten Überlegungen Rechnung zu tragen. Die gesetzte Frist von 20 Tagen erscheint vor diesem Hintergrund zu kurz. Das hat die Vorinstanz in der Verfügung vom 2. November 2016 mit der Verlängerung der Frist bis 31. Dezember 2016 nachträglich korrigiert.

5. Die Beschwerde ist deshalb zwar im Ergebnis abzuweisen. Auf die Erhebung von Kosten ist nach dem Gesagten jedoch zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigung ist der Klägerin mangels erheblicher Umtriebe nicht zuzusprechen.

6. Was das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesgericht betrifft, dürfte, wenn von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen ist – es geht bei dem zu bevorschussenden Gutachten um die finanziellen Folgen der Ehescheidung –, ein Fr. 30'000.– erreichender Streitwert anzunehmen sein (vgl. Art. 74 BGG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Kosten fallen ausser Ansatz.

3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel der Beschwerdeschrift act. 2 und des Beilagenverzeichnisses, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und mit einer Kopie von act. 11 – an die Vorinstanz, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: