

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170022-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Urteil vom 28. Juli 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 8. Februar 2017 (FE160026-F)

Rechtsbegehren:

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 6/56 S. 2 f., Urk. 6/76 S. 8):

Es sei der Kläger/Gesuchsgegner zu verpflichten, der Beklagten/Gesuchstellerin einen weiteren Prozesskostenvorschuss von CHF 10'000.– zu bezahlen.

eventualiter:

"Es sei der Beklagten/Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben."

des Klägers (Urk. 6/67 S. 2, Prot. Vi S. 25):

Das Gesuch um Gewährung eines Prozesskostenvorschusses und das Gesuch um Gewährung des Armenrechts seien abzuweisen.

Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 8. Februar 2017 (Urk. 6/91 S. 17 f. = Urk. 2 S. 17 f.):

1. Der Antrag des Klägers auf Abänderung der mit Eheschutzentscheid vom 1. Februar 2012 festgelegten Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung eines Prozesskostenvorschusses wird gutgeheissen. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
3. Im Mehrbetrag wird das Gesuch der Beklagten um Gewährung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen.
4. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen.
5. Der Beklagten wird Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
6. Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
7. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
8. (Schriftliche Mitteilung)
9. (Rechtsmittel: Beschwerde, Frist 10 Tage)

Berufungsantrag:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1, sinngemäss):

Es sei Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 8. Februar 2017 aufzuheben und das Gesuch der Beklagten um Gewährung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.

Erwägungen:

1.1. Am 8. Februar 2016 machte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage anhängig (Urk. 6/1). Anlässlich der Verhandlung vom 20. Mai 2016 stellte die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'000.– (Urk. 6/25; Prot. Vi S. 7 ff.), welches mit Verfügung vom 25. Mai 2016 im Umfang von Fr. 5'000.– gutgeheissen wurde (Urk. 6/27; Urk. 6/39). Nach Erstattung der schriftlichen Klagebegründung vom 25. August 2016, beinhaltend ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/41 S. 2), und dem Eingang der Stellungnahme der Beklagten dazu (Urk. 6/50), wurde zur Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen sowie zur Instruktionsverhandlung vorgeladen (Urk. 6/52). In der Folge beantragte die Beklagte mit Eingabe vom 18. November 2016 die Zusprechung eines weiteren Prozesskostenvorschusses in Höhe von Fr. 7'000.–, nachträglich erhöht auf Fr. 10'000.–, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/56; Urk. 6/76 S. 8; Prot. Vi S. 23 ff.) Mit Verfügung vom 8. Februar 2017 fällte die Vorinstanz den vorstehend wiedergegebenen Massnahmeentscheid. Insbesondere hiess sie das Gesuch der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Umfang von Fr. 4'000.– gut und gewährte ihr die unentgeltliche Rechtspflege für den weiteren Verlauf des Verfahrens (Urk. 6/91 = Urk. 2). Am 10. Februar 2017 reichte der Kläger weitere Urkunden zu seinen aktuellen finanziellen Verhältnissen ins Recht (Urk. 6/80, datiert vom 9. Februar 2017; Urk. 6/81/1-7). Mit Eingabe vom 12. April 2017 erstattete er die Replik (Urk. 6/87). Am 23. Mai 2017 wurde ihm sodann die Verfügung

vom 8. Februar 2017 betreffend vorsorgliche Massnahmen zugestellt (Urk. 6/93/1).

1.2. Gegen diese Verfügung erhob der Kläger mit Eingabe vom 31. Mai 2017 fristgerecht (Urk. 6/93/1; Urk. 1) Beschwerde mit dem eingangs wiedergegebenen Antrag. Diese wurde aufgrund der umstrittenen vorsorglichen Massnahme mit einem Streitwert des zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehrens von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) als Berufung entgegen genommen (vgl. Urk. 7). Der dem Kläger mit Verfügung vom 29. Juni 2017 auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 500.– (Urk. 7) ging innert Frist hierorts ein (Urk. 8).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung - wie nachstehend zu zeigen ist - sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt unter anderem voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1).

3.1. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Beklagte verfüge über ein monatliches Einkommen von maximal Fr. 100.– sowie über monatliche Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 3'075.–, zuzüglich monatliches Haushalts- und Sackgeld von Fr. 1'200.– und Fr. 400.–. Weiter verfüge die Beklagte über Vermögen in Form zweier Wohnungen in der Ukraine, bei welchen von einem Wert von

insgesamt unter Fr. 10'000.– auszugehen sei, weshalb diese noch in den "Notgroschen" fallen würden. Insgesamt sei die Leistungsfähigkeit der Beklagten auch unter Berücksichtigung ihres Vermögens zu verneinen und sie habe als prozessbedürftig zu gelten (Urk. 2 S. 11 f.). Der Kläger hingegen verfüge über Vermögen in Höhe von Fr. 25'461.96 (Urk. 6/67 S. 2; Urk. 6/68/1-3). Nach Abzug sämtlicher vom Kläger behaupteter Schulden (Urk. 6/67 S. 3; Urk. 6/68/4-8), ohne Berücksichtigung der provisorisch festgesetzten Staats- und Gemeindesteuern 2016 von Fr. 11'655.60 (Urk. 6/68/9), verbleibe dem Kläger ein Nettovermögen von Fr. 17'738.91, welches im Bereich eines angemessenen Notgroschens von zwischen Fr. 10'000.– und Fr. 20'000.– liege. Sein jährliches Nettoeinkommen habe sodann im Jahr 2012 Fr. 114'842.–, im Jahr 2013 Fr. 170'711.–, im Jahr 2014 Fr. 154'671.– und im Jahr 2015 lediglich noch Fr. 69'695.– betragen (Urk. 6/39 S. 9; Urk. 6/77/1), wobei der Verdienst im Jahr 2016 nach Angaben des Klägers "leicht besser ausgefallen" sei als im Jahr 2015 (Urk. 2 S. 15; Prot. Vi S. 35). Die Vorinstanz schloss daraus, unter Berücksichtigung des Durchschnitts der Einnahmen der letzten drei Jahre sei trotz Leistung von Unterhaltsbeiträgen anzunehmen, dass der Kläger seinen zivilprozessualen Notbedarf decken könne und insgesamt in Bezug auf die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses leistungsfähig sei (Urk. 2 S. 14 f.). In der Folge verpflichtete ihn die Vorderrichterin zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses an die Beklagte von Fr. 4'000.–, was dem notwendigen Zeitaufwand, der Verantwortung und der Schwierigkeit des Falles angemessenen sei (Urk. 2 S. 15 f.). Abschliessend hielt die Vorderrichterin fest, mit der Leistung dieses Prozesskostenvorschusses vermindere sich das Vermögen des Klägers auf Fr. 13'738.91. Sein Vermögen bewege sich damit im Bereich des Notgroschens, weshalb die Leistung eines weiteren Prozesskostenvorschusses künftig nicht mehr zumutbar sei. In der Folge bewilligte sie der Beklagten für den künftigen bzw. weiteren Verlauf des Verfahrens die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 2 S. 16 f.).

3.2. Der Kläger macht mit seiner Berufung geltend, nach dem 3. Januar 2017 - gemeint wohl nach Einreichung seiner Stellungnahme zum beantragten Prozesskostenvorschuss (Urk. 6/67) - sei die Nachtragsverfügung inkl. Rechnung der SVA Zürich für das Jahr 2014 eingetroffen. Die Schuld gegenüber der SVA betref-

fe beide Ehegatten, da die Beklagte über das Splitting von seinen Einzahlungen profitiere. Somit verbleibe dem Kläger als Selbstständigerwerbendem ohne regelmässiges Einkommen kein genügender "Notgroschen" mehr im Sinne der Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 13 f.). Im Übrigen verlange die Beklagte auch aus Güterrecht mindestens Fr. 29'810.– (Urk. 1).

3.3. Die Nachtragsverfügung der Ausgleichskasse Zürich vom 24. Februar 2017, mit welcher die Sozialversicherungsbeiträge des Klägers für den Zeitraum Januar bis Dezember 2014 im Umfang von Fr. 14'099.20 definitiv festgesetzt wurden, wurde vom Kläger mit seiner Berufung erstmals in den Prozess eingeführt. Gleiches gilt für seine Vorbringen, wonach seine Leistungsfähigkeit aufgrund dieser neuen Schuld nicht mehr gegeben sei (Urk. 1). Es handelt sich dabei um neue Vorbringen tatsächlicher Natur sowie um ein neues Beweismittel und damit um Noven.

Solche neuen Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.Hinw.). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz 1214 und Rz 2414 f.).

3.4. Der Kläger bringt mit seiner Berufung vor, die fraglichen neuen Tatsachen seien "im Zeitpunkt des Verfahrens vor der Vorinstanz" noch nicht bekannt gewesen und hätten daher auch nicht eingereicht werden können (Urk. 1). Dem ist nicht beizupflichten.

Der Entscheid über die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses stellt eine während des Scheidungsverfahrens angeordnete vorsorgliche Mass-

nahme nach Art. 276 ZPO dar (BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 1.3; BGer 5D_30/2013 vom 15. April 2013, E. 1), welche im summarischen Verfahren beurteilt wird (Art. 271 i.V.m. Art. 248 ff. ZPO). Es gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO; vgl. Dolge, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 15). Entsprechend hat das Gericht Noven bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO, vgl. auch Pahud, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 27 f.). Sie sind ohne Verzug, mithin unverzüglich nach Entdeckung in den Prozess einzuführen (Art. 229 Abs. 1 ZPO; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm, Art. 229 N 9 f.).

Die Beklagte beantragte den im Streit liegenden Prozesskostenvorschuss vor Vorinstanz mit Eingabe vom 18. November 2016 (Urk. 6/56). Die Stellungnahme des Klägers erfolgte am 3. Januar 2017 (Urk. 6/67), worauf am 8. Februar 2017 darüber verhandelt wurde (Prot. Vi S. 23 ff.). Am 10. Februar 2017 reichte der Kläger nochmals neue Urkunden dazu ins Recht (Urk. 6/80; Urk. 6/81/1-7). All dies ereignete sich vor Erhalt der Nachtragsverfügung der SVA Zürich vom 24. Februar 2017 und somit vor Kenntnisnahme der neuen Tatsachen. Es trifft daher zu, dass die neuen Tatsachen der Vorinstanz zumindest bis zur Verhandlung vom 8. Februar 2017 resp. mit der Eingabe vom 9. Februar 2017 nicht vorgelegt werden konnten. Allerdings wäre der Kläger nach Kenntnisnahme der Nachtragsverfügung vom 24. Februar 2017 gehalten gewesen, die neuen Tatsachen ohne Verzug vor Vorinstanz vorzubringen (Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 229 N 9a). Dies hat er unterlassen. Selbst mit seiner Replik vom 12. April 2017, mithin mehr als einen Monat nach Erlass der Nachtragsverfügung, verwies er im Zusammenhang mit dem bestrittenen Prozesskostenvorschuss lediglich auf seine Vorbringen in der Eingabe vom 9. Februar 2017 und der Stellungnahme vom 3. Januar 2017 und verlor über die Nachtragsverfügung kein Wort (Urk. 6/87 S. 2). Mit deren Geltendmachung wartete er vielmehr zu bis zur Rechtsmittelschrift vom 31. Mai 2017 (Urk. 1). Ein solches Verhalten kann keinen Rechtsschutz finden. Die Geltendmachung der Noven im Berufungsverfahren ist daher als verspätet zu betrachten, sind doch keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach es dem Kläger bei zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen sei, die ent-

sprechenden neuen Tatsachen nach Kenntnisnahme mit einer Eingabe an die Vorinstanz in den Prozess einzuführen.

Daran ändert nichts, dass der Entscheid über den Prozesskostenvorschuss vor Vorinstanz bereits am 8. Februar 2017 gefällt worden war (Urk. 6/91; Urk. 2). Zwar sind Noven vor Erstinstanz wie ausgeführt grundsätzlich nur bis zur Urteilsberatung zulässig, welche zumindest am Einzelgericht unmittelbar vor der Urteilsfällung, d.h. am gleichen Tag, stattfinden dürfte (vgl. BGer 5A_445/2014 vom 28. August 2014, E. 2.1; ZR 114 [2015] Nr. 76). Für die Parteien war jedoch nicht erkennbar, wann dieser (gerichtsinterne) Vorgang begonnen hatte. Eröffnet wurde der Entscheid dem Kläger erst am 23. Mai 2017 (Urk. 6/93/1), der Beklagten gar erst am 30. Mai 2017 (Urk. 6/93/2). Sodann erfolgte zur Urteilsberatung weder ein entsprechender Eintrag im Protokoll (Prot. VI S. 43 ff.; vgl. ZR 114 [2015] Nr. 76), noch wurde den Parteien der Beginn der Beratungsphase in anderer Form angezeigt (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.5: förmliche Mitteilung im Berufungsverfahren). Ohne Kenntnis über den Eintritt der Beratungsphase aber durfte der Kläger nicht davon ausgehen, er sei mit dem Vorbringen neuer Tatsachen vor Erstinstanz ausgeschlossen und könne mit deren Geltendmachung bis zum Berufungsverfahren zuwarten. Für das Gericht erhält der Entscheid denn auch erst mit dessen Eröffnung Bindewirkung und darf - vorbehältlich der Erläuterung und Berichtigung (Art. 334 ZPO) - ab diesem Zeitpunkt nicht mehr abgeändert werden. Vor der Eröffnung ist der Entscheid jedoch rechtlich nicht existent (Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 239 N 1; Staehelin, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 239 N 10 m.w.H.) und damit grundsätzlich auch abänderbar. Vor diesem Hintergrund überzeugt die in der Literatur vertretene Auffassung, wonach der Novenschluss in summarischen Verfahren mit Untersuchungsmaxime erst mit der Eröffnung des Entscheids eintritt (Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 252 N 36).

Der Kläger hätte somit die mit der Berufung erstmals in den Prozess eingeführten Noven bei zumutbarer Sorgfalt vor Vorinstanz geltend machen müssen. Sein Vorbringen vor Berufungsinstanz ist verspätet, weshalb die neuen Tatsachen vorliegend nicht zu berücksichtigen sind.

3.5. Zum Hinweis des Klägers auf allfällige güterrechtliche Ansprüche der Beklagten (Urk. 1) ist festzuhalten, dass es sich bei Prozesskostenvorschüssen um vorläufige Leistungen handelt. Über die definitive Kostentragung, welche sich nach den einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung richtet, wie auch die güterrechtliche Auseinandersetzung wird im Endentscheid des Scheidungsprozesses zu entscheiden sein (vgl. dazu auch BGer 5A_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4).

Andere Einwände gegen die Festsetzung des Prozesskostenvorschusses wurden vom Kläger im Berufungsverfahren nicht erhoben.

3.6. Insgesamt erweist sich demnach die Berufung des Klägers gegen Dispositivziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

4.1. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt Fr. 4'000.–. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen und aufgrund des Ausgangs des Verfahrens dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Beklagten sind keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Kläger hat aufgrund seines Unterliegens keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 8. Februar 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 1 sowie Kopien von Urk. 3 und Urk. 4/1-3, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 28. Juli 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
cm