

SZ_GERICHTE ZK1 2018 40 vom 4. Juni 2019

SZ Gerichte, 2019-06-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_ZK1_2018_40

FR: SZ_GERICHTE ZK1 2018 40 du 4 juin 2019

IT: SZ_GERICHTE ZK1 2018 40 del 4 giugno 2019

Regeste

Ehescheidung (Nichtanerkennung ausl. Scheidungsurteil) | Eherecht

Erwägungen

E. 1

Der Zwischenentscheid ZEO 2018 55 der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Schwyz vom 6. November 2018 sei aufzuheben.

E. 2

Das rechtskräftige Scheidungsurteil des Gemeindegerichts Kalesija, Bosnien- Herzegowina, vom 23. Juli 2018 sei anzuerkennen und auf die Scheidungsklage von C._____ vom 4. Juli 2018 sei nicht einzutreten; eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 3

a) Der Beklagte bringt vor, aus dem Urteil des Gemeindeggerichts Kalesija vom 23. Juli 2018 sei zu schliessen, dass die Klägerin Rechtsanwält E._____ als den von ihr mandatierten Bevollmächtigten bestellt habe. Dieser Rechtsvertreter habe sich in der Klageantwort vorbehaltlos materiell und substantiiert geäussert, was ohne vorgängige Instruktion seitens der Klägerin nicht möglich gewesen wäre. Dieser Sachverhalt ergebe sich ebenfalls aus den Vi-BB 7-9 und aus den hiermit neu eingereichten Unterlagen BB 7b, 8b und 9b (KG-act. 1/2-1/4). In Anbetracht dessen vermöge die Klägerin weder durch blosses Bestreiten ihrer Urheberschaft bezüglich der Unterschrift „M._____“ auf der Anwaltsvollmacht vom 29. April 2018 (Vi-BB 5) noch durch nichtssagende Verweise auf ihr Unterschriftsgebaren bei der Ausstellung schweizerischer Anwaltsvollmachten den ihr obliegenden Beweis einer Nichteinlassung zu erbringen. Dasselbe lasse sich aus den neu eingereichten Schreiben von Rechtsanwält K._____ vom 27. November 2018 und des Bestätigungsschreibens von Rechtsanwält E._____ vom 28. November 2018 (KG-act. 1/5 und 1/6) ableiten. Habe sich die Klägerin somit auf das Scheidungsverfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija vorbehaltlos eingelassen, sei dessen Urteil vom 23. Juli 2018 anzuerkennen und die bei der Vorinstanz eingereichte Scheidungsklage der Klägerin vom 4. Juli 2018 gestützt auf Art. 9 Abs. 3 IPRG zurückzuweisen (KG-act. 1, S. 5-12 N 5c-8b). Die Klägerin wendet ein, der Beklagte sei mit den von ihm im Berufungsverfahren neu eingereichten Belegen BB 7b, 8b und 9b sowie II/2 und II/3 wegen des nur beschränkt zulässigen Novenrechts nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu hören, zumal er seine Novenberechtigung nicht darlege. Doch selbst wenn der Beklagte damit gehört werden könnte, vermöchte er daraus nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Es sei möglich, dass der angebliche Rechtsvertreter über den Vater der Klägerin „Informationen über deren persönliche Verhältnisse“ habe erhältlich machen können. Sie habe aber die vom

Beklagten einge- reichte Vollmacht nie unterzeichnet; diese sei gefälscht. Seit der Eheschlies-

Kantonsgericht Schwyz 6 sung habe sie nicht mehr mit ihrem Ledigennamen, sondern durchwegs mit dem Familiennamen des Beklagten (A. _____) unterschrieben. Der angeb- liche Rechtsvertreter der Klägerin behaupte gerade nicht, dass sie ihn bevoll- mächtigt und mit ihr – mit Ausnahme der bestrittenen Nichtergreifung eines Rechtsmittels gegen das Urteil des Gemeindegerichts Kalesija vom 23. Juli 2018 – die Verfahrensschritte abgesprochen habe und von ihr instruiert wor- den sei. Rechtsanwalt E. _____ habe lediglich pauschal ausgeführt, dass die Klägerin ihn informiert habe. Es frage sich auch, wie dieser überhaupt in den Besitz einer solchen Vollmacht hätte kommen können, weil er nach sei- nen eigenen Angaben weder visuellen Kontakt mit der Klägerin gehabt noch über deren Adresse verfügt habe. Der angebliche Rechtsvertreter habe denn auch keinen einzigen Beleg der Klägerin eingereicht und – abgesehen vom Antrag auf persönliche Anhörung der Ehegatten – keinerlei Beweisanträge gestellt. Ebenso wenig habe er ansatzweise darlegen können, weshalb die Klägerin zu keinem einzigen Termin erschienen sei. Sie habe im Verfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija einen Rechtsvertreter weder mandatiert noch instruiert, weder mündlich noch schriftlich. Der angebliche Rechtsvertre- ter habe somit zu keinem Zeitpunkt namens und auftrags der Klägerin eine Klageantwortschrift einreichen können. Von einem mehrfachen aktiven Ein- greifen der Klägerin bzw. von mehrmaligen Äusserungen zum Prozessgegen- stand und somit von einer Einlassung könne keine Rede sein. Habe sich die Klägerin nach dem Gesagten nicht auf das Verfahren vor dem Gemeindege- richt Kalesija eingelassen, sei auf ihre Scheidungsklage vor der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz einzutreten (KG-act. 8, S. 4-8 N 7-15). b) Eine im Ausland ergangene Entscheidung wird in der Schweiz nicht an- erkannt, wenn eine Partei nachweist, dass sie weder nach dem Recht an ih- rem Wohnsitz noch nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG). Massgeblich ist also das Recht am effektiven Zu-

Kantonsgericht Schwyz 7 stellungsort zur Zeit der Klageeinleitung. Diese Bestimmung ist wie die übri- gen von Art. 27 Abs. 2 IPRG Ausdruck des sog. formellen Ordre public, wo- durch die Beachtung fundamentaler verfahrensrechtlicher Auffassungen, wie sie im schweizerischen Recht gelten, sichergestellt werden. Eine gehörige Vorladung erfordert, dass der ausserhalb des Urteilsstaates wohnende Be- klagte zumindest eine diesen Rechtsstreit betreffende Vorladung oder Verfü- gung erhält, und zwar rechtzeitig und in der richtigen Form. Zu beachten im Verkehr zwischen der Schweiz und Bosnien-Herzegowina ist im Besonderen das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und ausserge- richtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. No- vember 1965 (Däppen/Mabillard, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. A., 2013, N 9-12 zu Art. 27 IPRG; Müller-Chen, in: Müller-Chen/Widmer Lüchinger, Züricher Kommentar zum IPRG, Band I, 3. A., 2018, N 43, 51, 55 und 56 sowie 64 ff. zu Art. 27 IPRG). Erforderlich ist also eine Zustellung auf dem Rechtshilfeweg. Eine direkte Postzustellung ist nicht zulässig ([www.rhf.admin.ch/Rechtshilfeführer/Länder- index/Bosnien und Herzegowina/Zivilrecht](http://www.rhf.admin.ch/Rechtshilfeführer/Länder- index/Bosnien%20und%20Herzegowina/Zivilrecht); vgl. auch Müller-Chen, a.a.O., N 70 zu Art. 27 IPRG). Die blosse Tatsache einer Mandatierung eines Rechtsvertreters nach anderweitiger, also nicht auf dem Rechtshilfeweg er- folgter, sondern z.B. zufälliger Kenntnisnahme einer Verfahrenseinleitung stellt keine

Zustellung dar (BGer, Urteil 5A_544/2007 vom 4. Februar 2008 E. 3.2.2). Die mangelhafte Ladung wird geheilt, wenn die beklagte Partei sich vorbehaltlos auf das Verfahren einliess, was der Fall ist, wenn sie irgendeine (anerkennde oder abwehrende) Prozesshandlung vornimmt (Müller-Chen, a.a.O., N 72 zu Art. 27 IPRG). Keine Einlassung liegt vor, wenn die anerkennungsbeklagte Partei ohne Kenntnis der nicht gehörigen Ladung am Verfahren teilnahm oder zwar am Verfahren teilnahm, aber ausdrücklich die nicht gehörige Ladung rügt, ohne sich zur Hauptsache zu äussern. Ebenso wenig liegt eine Einlassung vor, wenn sich eine Person völlig passiv verhält und damit einem Verfahren fernbleibt (Däppen/Mabillard, a.a.O., N 15 zu Art. 27

Kantonsgericht Schwyz 8 IPRG und Müller-Chen, a.a.O., N 74 zu Art. 27 IPRG, jeweils mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die Verletzung des formellen Ordre public ist grundsätzlich von jener Partei nachzuweisen, welche sich gegen die Anerkennung wehrt. Bei einem Abwesenheitsurteil findet eine Umkehr der Beweislast statt, wenn die anerkennungsbeklagte Partei geltend macht, sie sei nicht gehörig geladen worden. Dann muss der Anerkennungskläger eine Urkunde einreichen, aus der hervorgeht, dass die unterlegene Partei gehörig und rechtzeitig geladen wurde (Müller-Chen, a.a.O., N 45 ff. zu Art. 27 IPRG). c) Es ist unbestritten, dass das Gemeindegericht Kalesija der Klägerin persönlich kein das Verfahren einleitendes Schriftstück (auf dem Rechtshilfeweg) zukommen liess. Entscheidend ist somit, ob die Klägerin sich auf das Verfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija einliess, was zu verneinen wäre, wenn sie Rechtsanwalt E._____ keine Vollmacht erteilte, ihre Interessen vor dem Gemeindegericht Kalesija zu vertreten. d) Mit Schreiben vom 28. September 2017 gab Rechtsanwalt L._____ dem Beklagten bekannt, dass die Klägerin ihn mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt habe. Er wies ihn ebenfalls darauf hin, ihm dürfte bereits bekannt sein, dass seine Klientin aus der gemeinsamen Wohnung in Goldau ausgezogen sei (Vi-BB 2). Der Beklagte reichte am 5. Oktober 2017 beim Gemeindegericht Kalesija die Scheidungsklage ein, worin er als Wohnsitz der Klägerin „F._____strasse xx, 6410 Goldau“ angab (Vi-BB 4), was aber nicht (mehr) zutraf. Stattdessen unterliess er es, dem Gericht die Adresse von deren damaligen Rechtsvertreter anzugeben (Vi-BB 4). Erst mit Schreiben vom 17. Oktober 2017 liess Rechtsanwalt L._____ den beklagten Rechtsanwalt B._____ mitteilen, dass er die Interessen der Klägerin nicht mehr vertrete (Vi-BB 3). Ob – wie die Vorinstanz dafürhält – dieses Verhalten des Beklagten (Nichtbekanntgabe der Adresse des damaligen klägerischen

Kantonsgericht Schwyz 9 Rechtsvertreter Rechtsanwalt L._____) als „äusserst fraglich“ zu bezeichnen ist, kann offenbleiben. Indessen ist immerhin darauf hinzuweisen, dass eine Rechtsvertretung vor dem Bezirksgericht Schwyz (vgl. Vi-BB 2) keineswegs auch eine Rechtsvertretung vor dem vom Beklagten in Kalesija rechtshängig gemachten Gericht bedeutet. Rechtsanwalt L._____ und Rechtsanwalt D._____ vertraten die Klägerin denn auch nicht vor dem erwähnten ausländischen Gericht. e) aa) Im Scheidungsurteil des Gemeindegerichts Kalesija vom 23. Juli 2018 wurde festgehalten, das Gericht habe Rechtsanwalt E._____ als vorübergehenden Vertreter der Ehefrau bestellt. In der Folge habe die Ehefrau diesen Rechtsanwalt als ihren Rechtsvertreter bevollmächtigt. Rechtsanwalt E._____ habe in seinem Antwortschreiben ausgeführt, die Mutter und Schwester des Ehemannes hätten seine Mandantin vertrieben, die Fortsetzung der Ehegemeinschaft sei sehr gering, seine Klientin sei krank und habe versucht, eine Arbeit zu finden, weshalb deren Ehemann zur Bezahlung eines Ehegattenunterhalts von 2.000,00

BAM pro Monat zu verpflichten sei. Die Hauptverhandlung vom 13. Juli 2018 sei in Anwesenheit der bevollmächtigten Rechtsanwälte der Parteien abgehalten und abgeschlossen worden. Weil die Ehefrau im Verfahren keine Beweise offeriert habe, welche den von ihr beantragten Ehegattenunterhalt begründen könnten und belegen würden, dass der Ehemann in der Lage sei, einen Beitrag in solcher Höhe zu leisten, sei letzterer entsprechend seines eigenen Rechtsbegehrens zu verpflichten, der Ehefrau einen Ehegattenunterhaltsbeitrag von monatlich 410,00 BAM zu leisten (Vi-BB 6a; vgl. auch KG-act. 1/4, S. 2). Damit steht fest, dass Rechtsanwalt E._____ sich vorbehaltlos materiell und substantiiert zur Scheidungsklage des Beklagten äusserte, was er nur tun konnte, wenn er zuvor entsprechende Informationen/Instruktionen erhielt. Zwar wäre es möglich, dass der Vater der Klägerin Rechtsanwalt E._____ über die persönlichen Verhältnisse seiner Tochter informierte, wie dies die Klägerin behauptet (KG-act. 8, S. 5 N 9). In-

Kantonsgericht Schwyz 10 dessen ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Vater der Klägerin sich zum Antrag des Ehegattenunterhaltsbeitrags (2'000,00 BAM pro Monat) hätte äussern sollen. Nach dem Gesagten sind in den erwähnten Ausführungen des Urteils des Gemeindegerichts Kalesija Indizien zu erblicken, welche für eine Vertretung der Klägerin durch Rechtsanwalt E._____ im Verfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija sprechen. bb) Der Beklagte führte in seiner Eingabe vom 2. Oktober 2018 im erstinstanzlichen Verfahren aus, die Klägerin habe die Schriftstücke im bosnisch-herzegowinischen Scheidungsverfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija rechtskonform über den von ihr mit ihrer Interessenwahrung beauftragten Rechtsanwalt E._____ zugestellt erhalten. Die Klägerin habe sich auf diesen Scheidungsprozess bewusst und vorbehaltlos eingelassen und über ihren Rechtsvertreter spezifische Anträge stellen lassen. Letzteres könne einzig durch ein bestandenes Mandatsverhältnis zwischen der Klägerin und E._____ erklärt werden (Vi-act. 15, S. 3). Der Beklagte legte diesbezüglich drei verfahrensleitende Verfügungen des Gemeindegerichts Kalesija ins Recht, welche nicht unterzeichnet sind und nur inoffiziell übersetzt wurden. Es handelt sich dabei aber immer um dieselbe Verfügung vom 13. Juli 2018 bzw. anders als auf S. 3 seiner Eingabe vom 2. Oktober 2018 ausgeführt, legte der Beklagte keine Verfügungen mit dem Datum vom 11. April 2018 und 10. Mai 2018 ins Recht. Für den Fall der Bestreitung der Übersetzungen offerierte der Beklagte amtliche Deutschübersetzungen (Vi-act. 15, S. 3 f.; Vi-BB 7-9). Die Klägerin erklärte in ihrer Eingabe vom 4. Oktober 2018, weil die Vi-BB 7-9 nicht übersetzt seien, könne sie dazu noch keine Stellung beziehen (Vi-act. 18, S. 1 unten). Der Beklagte reichte in seiner Berufungseingabe vom 30. November 2018 unter anderem drei Protokolle betreffend die Vorbereitung für die Hauptverhandlung bzw. die Hauptverhandlung vor dem Gemeindegericht Kalesija vom

Kantonsgericht Schwyz 11 11. April 2018, 10. Mai 2018 und 13. Juli 2018 inkl. amtlicher Übersetzungen ein (vgl. KG-act. 1, S. 7-9 N 5e, 5f und 6a und b; KG-act. 1/2-1/4). Die Klägerin bestritt deren Zulässigkeit gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO (KG-act. 8, S. 4 N 7). Der Beklagte legte die verfahrensleitende Verfügung vom 13. Juli 2018 (KG-act. 1/4) bereits im erstinstanzlichen Verfahren ins Recht (vgl. Vi-BB 7-9). Neu sind indessen die verfahrensleitenden Verfügungen vom 11. April 2018 und 10. Mai 2018 (im Original und mit Übersetzung ins Deutsche). Doch offerierte der Beklagte auch diese beiden Verfügungen im vorinstanzlichen Verfahren (Vi-act. 15, S. 3), auch wenn er sie – aus welchen Gründen auch immer – tatsächlich nicht einreichte (vgl. Vi-BB 7 und 8). Daher

kann der Beklagte im vorliegenden Berufungsverfahren mit allen drei Verfügungen und den entsprechenden offiziellen Übersetzungen ins Deutsche (vgl. Vi-BB 7-9) gehört werden. In der verfahrensleitenden Verfügung vom 11. April 2018 ist namentlich davon die Rede, der vorläufig C. _____ vertretende Rechtsanwalt E. _____ erkläre, seine Mandantin bestreite die Ausführungen der Gegenpartei, kümere sich zurzeit um ihren Wohnsitz, habe ihr Aufenthalts- und Arbeitsvisum noch nicht geklärt, weshalb die Klageanträge unbegründet seien, der Vater seiner Klientin habe ihn kontaktiert und deren jetzige, vorübergehende Adresse übergeben (KG-act. 1/2). Im Protokoll vom 10. Mai 2018 wird festgehalten, der Bevollmächtigte von C. _____ führe aus, seine Mandantin widersetze sich dem Teilrückzug der Klage der Gegenpartei (Ehegattenunterhalt) und habe ihn mit Vollmacht vom 29. April 2018 ermächtigt, in ihrem Namen einen Ehegattenunterhalt in der Höhe von 100.000,00 BAM zu beantragen (KG-act. 1/3). Gemäss der verfahrensleitenden Verfügung vom 13. Juli 2018 habe der Bevollmächtigte von C. _____ ausgeführt, die Klägerin informiert zu haben, worauf sie ihm gegenüber geäussert habe, sie sei nicht in der Lage, jetzt beizutreten, sondern im September, weshalb er um eine Verlegung des Gerichtstermins ersuche (KG-act. 1/4, S. 1). Bei der Beweiswürdigung zu beachten ist,

Kantonsgericht Schwyz 12 dass die Originalakten nicht unterzeichnet sind. Auch diese Ausführungen sind jedoch Indizien für eine Vertretung der Klägerin durch Rechtsanwalt E. _____ im Verfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija. cc) Im Recht liegt eine Vollmacht vom 29. April 2018, mit welcher die Klägerin E. _____ beauftragt haben soll, in ihrem Namen im Scheidungsverfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija ihre rechtlichen Interessen zu wahren. Als Vollmachtgeberin wird in Computerschrift der Name „C. _____“ genannt, wobei die Unterschrift mit „M. _____“ erfolgte (Vi-BB 5). Demgegenüber unterzeichnete die Klägerin alle anderen im Recht liegenden Vollmachten vom 24. Mai 2018, 23. März 2017, 26. September 2017, 30. Oktober 2017 und 20. Oktober 2017 mit dem Namen „C. _____“, wobei sich der Buchstabe „E“ für C. _____ jeweils vom Buchstaben „E“ für C. _____ gemäss Vi-BB 5 unterscheidet (vgl. Vi-KB 1, 4, 8 S. 6 und 10, 11 und 12; KG-act. 8/1). Allein daraus kann indessen nicht geschlossen werden, die Vollmacht sei gefälscht. Der Beklagte führte denn auch im vorinstanzlichen Verfahren im Zusammenhang mit dieser Vollmacht aus, ob die Klägerin mit der Unterzeichnung der Urkunde mit ihrem Ledigennamen etwas bezwecken oder vertuschen wollen, sei ihm nicht bekannt. Indessen sei sicher, dass er weder die Anwaltsvollmacht noch eine andere Urkunde gefälscht habe. Er offerierte hierfür folgende Beweisofferten: Beweisaussage der Klägerin über ihre Kontakte zu Rechtsanwalt E. _____; Abgabe einer Anwaltsgeheimnisbindungserklärung durch die Klägerin zugunsten von Rechtsanwalt E. _____, damit er über den Umgang und Kontakt mit der Klägerin berichten könne; Edition sämtlicher ihrer Identitätskarten, Reisepässe und (fremdenpolizeilichen) Ausweisschriften durch die Klägerin, damit ein Abgleich mit der „Identitätsnummer: yy“ vorgenommen werden könne; Edition des Originals der von der Klägerin bei Rechtsanwalt E. _____ einzuverlangenden Anwaltsvollmacht durch die Klägerin; Schriftgutachten über die Urheberschaft

Kantonsgericht Schwyz 13 der Klägerin hinsichtlich der Unterschrift „M. _____“ auf dem Original der Anwaltsvollmacht (Vi-act. 15, S. 2; Vi-BB 5). dd) Der Beklagte reichte mit Berufungseingabe vom 30. November 2018 weiter die Schreiben der Rechtsanwälte K. _____ vom 27. November 2018 und E. _____ vom 28. November 2018 ein

(KG-act. 1/5 und 1/6). Diese Schreiben wurden zwar erst nach erfolgter Verfügung der Vorinstanz vom

E. 6

November 2018 erstellt. Doch wird im ersten Schreiben Bezug genommen auf die Klage der Klägerin (recte wohl: Eingabe der Klägerin vom 20. September 2018, weil deren Klage vom 4. Juli 2018 ohne materielle Begründung erstellt wurde; vgl. Vi-act. 1 und 15). Daher hätte der Beklagte von seinem Rechtsanwalt K. _____ ein entsprechendes Schreiben früher bzw. schon im vorinstanzlichen Verfahren erhältlich machen können. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel aber nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). «Ohne Verzug» bedeutet, möglichst sofort bzw. binnen einer oder zwei Wochen seit Bekanntwerden/Entdeckung. Ausserdem muss die Prozesspartei beweisen, dass sie die Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht kannte bzw. nicht kennen konnte (Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, N 7 zu Art. 317 ZPO). Weil das Schreiben vom 27. November 2018 diesen gesetzlichen Anforderungen nicht genügt, kann der Beklagte damit wegen des nur beschränkt zulässigen Novenrechts nicht gehört werden. Dies umso mehr, als er seine Novenberechtigung nicht dartut. Demzufolge ist der Beklagte ebenso wenig mit dem Antwortschreiben von Rechtsanwalt E. _____ vom 28. November 2018 (KG-act. 1/6) zu hören. ee) Nach dem Gesagten ist gestützt auf die aktuelle Beweislage der zwischen den Parteien umstrittene Sachverhalt in wesentlichen Teilen, nämlich

Kantonsgericht Schwyz 14 hinsichtlich der Frage, ob die Klägerin Rechtsanwalt E. _____ im Verfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija mit der Wahrung ihrer Interessen bevollmächtigte, nicht ausreichend geklärt. Daran vermag nichts zu ändern, dass Rechtsanwalt E. _____ im Verfahren vor dem Gemeindegericht Kalesija keinen Beleg der Klägerin ins Recht legte, lediglich die persönliche Befragung der Parteien als Beweis offerierte (Vi-BB 6a, S. 3; KG-act. 1/3, letzte Seite) und die Klägerin zu keinem Termin vor dem Gemeindegericht Kalesija erschien (KG-act. 1/4, S. 1). Daher ist in Gutheissung des Eventualberufungsantrags des Beklagten die angefochtene Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Erstinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c). Die Vorinstanz wird selber darüber zu befinden haben, welche der vom Beklagten zur Echtheit der Vollmacht vom 29. April 2018 sowie zum Umgang bzw. zu den Kontakten zwischen der Klägerin und Rechtsanwalt E. _____ offerierten Beweise (vgl. E. 3e/cc vorne) abzunehmen sind. 4. Die Klägerin beantragt die Verpflichtung des Beklagten, ihr für das Berufungsverfahren einstweilen einen Gerichts- und Anwaltskostenbeitrag in der Höhe der Summe der allenfalls auf sie entfallenen Gerichtskosten zuzüglich Fr. 2'500.00, eventuell wie viel, zu bezahlen. Eventualiter sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG-act. 8, S. 2 und 8-10 N 16; KG-act. 15). Der Beklagte verneint die Mittellosigkeit der Klägerin und trägt auf Abweisung des klägerischen Berufungsbegehrens an (KG-act. 13). a) Der Prozesskostenvorschuss ist unter denselben Voraussetzungen wie die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (BGer, Urteil 5D_135/2010 vom 9. Februar 2010 E. 3.1; vgl. auch Art. 117 ZPO). Ausserdem muss ein Anwaltsmandat bestehen und

Kantonsgericht Schwyz 15 es dem Beistandsverpflichteten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer, Urteil 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2). Eine Person gilt dann als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, welche für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind (BGer, Urteil 4A_286/2013 vom 21. August 2013 E. 2.3; BGE 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232). Zur Prüfung der Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation zur Zeit der Gesuchstellung massgebend. Es ist also einerseits sämtlichen finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers Rechnung zu tragen, und es sind andererseits nicht nur die Einkünfte, sondern auch die Vermögenssituation des Gesuchstellers beachtlich (BGer, Urteil 4A_286/2013 vom 21. August 2013 E. 2.3; BGE 124 I 97 E. 3b S. 98; BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181). b) Der Beklagte bestreitet nicht, dass es ihm möglich wäre, der Klägerin die Kosten, die sie allenfalls zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (vgl. KG-act. 13). Ausserdem ergibt sich die Leistungsfähigkeit des Beklagten aus dessen Vermögensverzeichnis der G._____ (Bank 1) per 25. Januar 2019 (KG-act. 10/2). Entscheidend für die Beurteilung der Prozesskostenbevorschussung ist somit, ob die Klägerin ihre behauptete Mittellosigkeit glaubhaft zu machen vermag. c) Die Klägerin legt dar, weshalb ihr ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 3'054.45 anzurechnen sei (KG-act. 8, S. 8 N 16.1.1). Der Beklagte wendet ein, deren massgebliches Einkommen betrage Fr. 3'580.50 pro Monat (KG-act. 13, S. 2 N 3).

Kantonsgericht Schwyz 16 Es ist unbestritten und belegt, dass gemäss den Lohnabrechnungen der Monate Januar bis Dezember 2018 die N._____ (GmbH) der Klägerin einen durchschnittlichen Nettolohn von Fr. 3'580.50 pro Monat ausbezahlt, und zwar inklusive 13. Monatslohn, Ferienguthaben und Spesen von jeweils pauschal Fr. 200.00 (vgl. KG-act. 8/2). Der Klägerin anfallende Spesen wie für auswärtige Verpflegung sind (erst) in deren Notbedarfsrechnung zu berücksichtigen, falls sie glaubhaft zu machen vermag, dass solche tatsächlich anfielen. Ebenso wenig sind die der Klägerin in den Monaten September und Dezember 2018 tatsächlich ausbezahlten Ferienguthaben von Fr. 2'370.60 und Fr. 875.05 von ihrem Einkommen in Abzug zu bringen. Denn entscheidend ist eine Gesamtbetrachtung bzw. das effektiv in einem Jahr bezogene Einkommen (vgl. BGE 121 IV 272 E 3d S. 279), welches bei der Klägerin im Jahre 2018 Fr. 42'965.90 bzw. durchschnittlich Fr. 3'580.60 pro Monat betrug, und zwar bei Berücksichtigung der bezogenen Ferien. Die Klägerin behauptet zu Recht nicht, sie habe im Jahre 2018 keine Ferien gemacht, zumal sie z.B. im September 2018 erheblich weniger Einkommen erzielte als in den übrigen Monaten (vgl. KG-act. 8/2). Somit ist der Klägerin ein monatliches Einkommen von Fr. 3'580.50 anzurechnen. d) Die Klägerin beziffert ihren (erweiterten) betriebsrechtlichen Notbedarf auf insgesamt Fr. 3'036.40 pro Monat (KG-act. 8, S. 9 N 16.1.1). Der Beklagte will der Klägerin lediglich einen monatlichen Notbedarf (inkl. des Zuschlags von 30 % des Grundbetrags) von Fr. 2'786.00 anrechnen lassen (KG-act. 13, S. 3 N 4a). aa) Bei der Prüfung der Mittellosigkeit für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist vom betriebsrechtlichen Notbedarf auszugehen und es sind folgende Zuschläge vorzunehmen: Zuschlag von max. 30 % zum betriebsrechtlichen Grundbetrag; Berücksichtigung der laufenden Steuern und von belegten Abzahlungen aus den Vorjahren; Freibetrag in der Höhe des

Kantonsgericht Schwyz 17 Bedarfs von ein bis zwei, ausnahmsweise drei Monaten (Richtlinien der Gerichtspräsidentenkonferenz vom 3. November 2003 / 7. November

2007, Ziff. I). bb) Der Grundbetrag von Fr. 1'200.00 ist unbestritten. Dazuzuschlagen sind 30 % bzw. Fr. 360.00. Die Wohnungsmiete inkl. Nebenkosten beträgt Fr. 830.00 (vgl. KG-act. 8/4). Die Krankenkassenprämie beläuft sich auf insgesamt Fr. 378.90 pro Monat (KG-act. 8/5). Entgegen dem Einwand des Beklagten ist dieser gesamte Betrag bzw. nicht nur die Krankenkassenprämie nach KVG von Fr. 329.30 zu berücksichtigen. Denn massgebend ist die finanzielle Situation der Klägerin im Zeitpunkt der Gesuchstellung und somit der 21. Januar 2019. Dieser Betrag fällt der Klägerin im Jahre 2019 effektiv jeden Monat an. Der Klägerin musste in den Jahren 2015 bis 2017 nicht gedeckte Krankheitskosten von durchschnittlich Fr. 46.50 pro Monat bezahlen (vgl. KG-act. 8/6). Es rechtfertigt sich deshalb, auch diesen Betrag in deren Bedarfsrechnung aufzunehmen. Die Klägerin macht Arbeitswegkosten von Fr. 71.00 pro Monat geltend (vgl. KG-act. 8, S. 9 N 16.11; KG-act. 15, S. 2 N 3). Der Beklagte anerkennt monatlich Fr. 67.00 (KG-act. 13, S. 3 N 4a). Zwar trifft zu, dass der Arbeitsweg der Klägerin vom Wohnort in Baar am I. _____weg zum Arbeitsort in Cham am H. _____ ww über Zug führt und somit drei Zonen, nämlich die Zonen 623, 610 und 622, umfasst (vgl. KG-act. 8/7). Indessen wäre nicht auf die entsprechenden Kosten für einen Monat von Fr. 71.00, sondern auf die monatlichen Kosten eines Jahresabonnements abzustellen. Weil das Jahresabonnement für drei Zonen Fr. 639.00 (vgl. www.zvb.ch/Abos und Billet-

Kantonsgericht Schwyz 18 te/Abonnemente/Jahresabonnement) beträgt, beliefen sich Arbeitswegkosten bloss auf Fr. 53.25 (Fr. 639.00 : 12) pro Monat. Da der Beklagte aber Fr. 67.00 pro Monat anerkennt, ist für die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel dieser Betrag in die Bedarfsrechnung der Klägerin aufzunehmen. Die mutmasslichen Steuern sind in die klägerische Bedarfsrechnung einzubeziehen (E. 4d/aa vorne). Im Recht liegt die Steuererklärung 2017, welche lediglich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beklagten umfasst (KG-act. 11, S. 2; KG-act. 11/3, S. 4), und die diesbezügliche Veranlagungsverfügung, worin für den Beklagten von einem steuerbaren Einkommen von Fr. 34'400.00 (Kanton) bzw. Fr. 49'600.00 (Bund) ausgegangen wird (vgl. KG-act. 11/4). Daraus lässt sich gemäss Steuerkalkulator für den Kanton Schwyz für das Jahr 2017 ein Steuerbetrag von ca. Fr. 3'700.00 errechnen, was rund Fr. 300.00 pro Monat entsprechen. Diese Steuerbeträge gründen auf Einkünften von insgesamt ca. Fr. 77'000.00. Davon wurden im Wesentlichen folgend Beträge abgezogen: Versicherungsprämien von rund Fr. 8'900.00, allgemeiner Abzug von Fr. 6'400.00, Kinderalimente von Fr. 11'280.00 und Sozialabzug für volljährige Kinder in Ausbildung von Fr. 11'000.00 (KG-act. 11/4). Offenbar sind die Kinderalimente für sein am vv geborenes Kind J. _____ bestimmt, welches nicht in seinem Haushalt lebt (KG-act. 11/3, S. 3). Die Parteien haben keine gemeinsamen Kinder (vgl. Vi-BB 4, S. 1). Die Klägerin erzielte im Jahre 2018 ein Einkommen von Fr. 42'965.90 (vgl. E. 4c vorne). Dass die Klägerin für den Unterhalt von Kindern aufkommen muss, ist nicht bekannt und wird von keiner Partei geltend gemacht. Sie wird daher keine Abzüge für Kinder vornehmen können. Vor dem Hintergrund dieser Umstände erweist sich der von der Klägerin für Steuern geschätzte Betrag für Steuern von Fr. 150.00 pro Monat nicht als unangemessen.

Kantonsgericht Schwyz 19 Zusammenfassend setzt sich der für die Beurteilung der Mittellosigkeit der Klägerin relevante erweiterte monatliche Notbedarf wie folgt zusammen: Grundbetrag von Fr. 1'200.00, 30 % Zuschlag zum Grundbetrag bzw. Fr. 360.00, Wohnungsmiete von Fr. 830.00, Krankenkassenprämien von Fr. 378.90, ungedeckte Krankheitskosten von Fr. 46.50, Fahrtkosten zum Arbeitsplatz von Fr. 67.00

und Steuern von Fr. 150.00, somit insgesamt Fr. 3'032.40. e) Nach Abzug des erweiterten Bedarfs von Fr. 3'032.40 verbleibt der Klä- gerin von ihrem Einkommen von Fr. 3'580.50 noch ein Überschuss von rund Fr. 550.00 pro Monat. f) Die Parteien wiesen in ihrer Steuererklärung 2016 per 31. Dezember 2016 ein Reinvermögen von ca. Fr. 85'000.00 aus, wobei sämtliche Vermö- genswerte bei der G._____ (Bank 1) angelegt waren (Vi-KB 8, S. 5 und 8). Per 31. Dezember 2017 beliefen sich die Vermögenswerte des Beklagten gemäss dessen Steuererklärung auf denselben Bankkonti auf rund Fr. 58'500.00 (KG-act. 11/3, S. 5 und 8). Gemäss Vermögensverzeichnis der G._____ (Bank 1) per 25. Januar 2019 wies er indessen ein Vermögen von rund Fr. 165'000.00 aus (KG-act. 10/2). Die Klägerin verfügt über keine eigene Steuererklärung (KG-act.11, S. 2). Das Konto der Klägerin bei der O._____ (Bank 2) wurde per 8. August 2018 saldiert. Der betreffende Schlussaldo war negativ und betrug minus Fr. 22.70 (KG-act. 11/2). Aktuell verfügt die Klägerin bei der O._____ (Bank 2) über keine Bankkonti mehr (KG-act. 11/1). Sie hat neu ein Privatkonto bei der P._____ (Bank 3), des- sen Saldo per 31. Dezember 2018 von Fr. 78.65 betrug (KG-act. 8/8). Weitere Hinweise zur Vermögenssituation der Klägerin liegen keine vor. Der Beklagte bringt lediglich pauschal bzw. ohne weitere Angaben zu machen vor, die Klä- gerin verfüge immer noch über Aktivvermögen (KG-act. 13, S. 4 N 4c).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.