

ZH_OBERGERICHT LY170054 vom 7. Juni 2018

ZH Obergericht, 2018-06-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY170054

FR: ZH_OBERGERICHT LY170054 du 7 juin 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LY170054 del 7 giugno 2018

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. August 2012 verheiratet. Sie haben zwei gemeinsame Töchter, C._____, geboren am tt.mm.2013, und D._____, geboren am tt.mm.2015 (Urk. 3). Mit Eingabe vom 10. April 2017 reichte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) eine Scheidungsklage ein (Urk. 1). Anlässlich der Einigungsverhandlung vor Vorinstanz vom 12. Juni 2017 wurde das Verfahren in Anwendung von Art. 292 ZPO nach den Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt (Prot. I S. 9).

E. 1.1

Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Für das vorliegende Berufungsverfahren scheint in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine Entscheidungsgebühr von Fr. 4'000.– angemessen.

E. 1.2

Die Prozesskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO und gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). In der Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 14. November 2017 war die Frage eines begleiteten oder unbegleiteten Besuchsrechts des Gesuchstellers umstritten und in derjenigen gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 21. September 2017 diejenige, ob der Gesuchstellers im Entscheidzeitpunkt zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 15'000.– in der Lage war. Hinsichtlich des Besuchsrechts des Gesuchstellers hatten beide Parteien gute Gründe für ihre jeweiligen Anträge. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten dem Gesuchsteller zu drei Vierteln und der Gesuchstellerin zu einem Viertel aufzuerlegen. 2. Als Folge der Kostenverteilung hat der Gesuchsteller die Gesuchstellerin für ihre Aufwendungen in den Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 und § 13 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010) ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'157.– inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen.

E. 2

Dem Berufungskläger sei ein angemessenes unbegleitetes Besuchsrecht einzuräumen.

E. 2.1

Der Gesuchsteller kritisiert die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin als nicht ausgewiesen sowie die Nichtberücksichtigung seiner eigenen prozessualen Bedürftigkeit, die Höhe des von der Vorinstanz festgelegten Prozesskostenvorschusses und die Nichtberücksichtigung seiner eigenen Anwaltskosten (vgl. Urk. 12/1 S. 4 ff.). 2.2.1 Der Gesuchsteller bringt zunächst vor, dass die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin nicht ausgewiesen sei. So habe sie es unterlassen, über Einkünfte und Vermögenswerte in den USA Auskunft zu erteilen. Nachdem sie aber während rund 6 Monaten ohne entsprechende Unterhaltszahlungen in den USA gelebt habe, sei davon auszugehen, dass sie selbst über bisher nicht offengelegte Einkünfte oder Vermögenswerte verfüge. Ansonsten wäre es ihr kaum möglich gewesen, sich selbst und die Kinder in den USA "zu unterhalten". Solchen Widersprüchen sei die Vorinstanz nicht nachgegangen und habe dadurch den in familienrechtlichen Prozessen geltenden eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz verletzt (vgl. Urk. 12/1 S. 4 f.).

- 17 - 2.2.2 Zunächst ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass sich das Vorbringen des Gesuchstellers, die Gesuchstellerin könnte in den USA über bisher nicht offengelegte Einkünfte oder Vermögenswerte verfügen, als neu erweist, zumal er doch vor Vorinstanz die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin nicht bestritten hatte (vgl. Urk. 12/2 S. 21, E. II.3.4). Die novenrechtliche Zulässigkeit seines Vorbringens wird von ihm nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich, weshalb es hier unbeachtlich bleibt. Aber selbst bei dessen Berücksichtigung vermöchte es das Mass einer blossen Behauptung nicht zu übersteigen. Von vornherein unsubstantiiert ist die Behauptung, dass die Gesuchstellerin in den USA Einkünfte erzielt haben soll. Weiter hat sich die Gesuchstellerin vor Vorinstanz sinngemäss dahingehend geäussert, dass sie ihre Ausgaben im Zusammenhang mit ihrem sechsmonatigen Aufenthalt in den USA ab Dezember 2016 nur dank Darlehen ihres Vaters habe finanzieren können. Sie hat diesbezüglich eine entsprechende Rückforderung gegen den Gesuchsteller als unterhaltspflichtigen Ehegatten geltend gemacht (vgl. Prot. I S. 26; Urk. 5/28 S. 3, Antrag Ziff. 10.). Auch dies blieb seitens des Gesuchstellers im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten. Sodann wären ihrerseits allfällige eigene Vermögensmittel in den USA stets in der gemeinsamen Steuererklärung der Parteien zu deklarieren gewesen. Dies ist bei den im Recht liegenden Steuererklärungen für die Jahre 2015 und 2016 nicht der Fall (vgl. Urk. 5/27/43 und 5/27/48). In der Schweiz haben steuerpflichtige Personen das vollständige und wahrheitsgemässe Ausfüllen ihrer Steuererklärung unterschriftlich zu bestätigen. Wahrheitswidrige Angaben können steuerstrafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (vgl. Dritter Teil des Steuergesetzes des Kantons Zürich [StG] vom 8. Juni 1997, LS 631.1). Mangels gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin die Richtigkeit der gemeinsamen Steuerklärung der Parteien für das Jahr 2016 im Nachgang an das Schreiben der Gemeinde G._____ (vgl. Urk. 5/23/1a) unterschriftlich bestätigt hat. Von daher kommt auch den in den Steuererklärungen deklarierten Zahlen grundsätzlich Glaubhaftigkeit zu. Gegenteiliges ist nicht aktenkundig und wurde auch vom Gesuchsteller nicht geltend gemacht.

- 18 - 2.3.1 Sodann macht der Gesuchsteller geltend, dass er selbst prozessual bedürftig sei. So sei insbesondere die vorinstanzliche Auffassung nicht richtig, dass er über flüssiges Bankvermögen von über Fr. 100'000.– verfüge (vgl. Urk. 12/1 S. 5). 2.3.2 Das in der Steuererklärung 2016 ausgewiesene Konto bei der BancaMarche in Italien sei – entgegen

der falschen Deklaration – nicht ihm zuzuweisen. Das Konto laute nur auf seine Mutter. Die falsche Deklaration sei gegenüber den Steuerbehörden aufgrund eines Kommunikationsfehlers zwischen ihm und seinem Steuerberater erfolgt. In der Folge habe der Steuerberater das – eigentlich vollständig der Mutter zustehende Konto – ihm zu einem Drittel zugewiesen. Dar- aus ergebe sich auch der in der Steuererklärung deklarierte Betrag von Fr. 14'154.– (EUR 39'611.84 [Urk. 12/4/3] / 3 x ~1.07 [Wechselkurs EUR/CHF am 31. Dezember 2016]). Dieses Konto stehe in Verbindung mit einer Liegenschaft, welche er von seinem verstorbenen Vater zum Anteil von 1/6 geerbt habe. Die restlichen Teile gehörten zu 4/6 seiner Mutter und zu 1/6 seinem Bruder. Über besagtes Konto würden die Liegenschaftserträge abgewickelt, welche jedoch vollumfänglich seiner Mutter zu- kämen. Er sei an diesem Konto nicht wirtschaftlich berechtigt, weshalb das Konto auch nicht auf seinen Namen laute (vgl. Urk. 12/1 S. 6). 2.3.3 Auch diese Vorbringen haben im vorliegenden Berufungsverfahren unbe- rücksichtigt zu bleiben. Der Kontoauszug der BancaMarche per 16. Dezember 2016 (Urk. 12/4/3) hätte ohne Weiteres bereits vor Vorinstanz ins Recht gereicht werden können, weshalb er vorliegend nicht mehr zu berücksichtigen ist. Zwar führte der Gesuchsteller vor Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom

E. 3

Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzu- weisen.

E. 3.1

In den Berufungsverfahren ersuchen beide Parteien um Gewährung der un- entgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsver- beiständung (Urk. 1 und 12/1 je S. 2; Urk. 8 und 12/9 je S. 2).

E. 3.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspfle- ge, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hin- aus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Hervorzuheben ist jedoch, dass die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unent- geltlichen Rechtspflege vorgeht (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1).

E. 3.3

Aufgrund der Subsidiarität des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege zur ehelichen Beistandspflicht hat eine gesuchstellende Partei in jedem Fall ent- weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrages zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer An- sicht nach auf die Beantragung eines Prozesskostenbeitrages verzichtet werden kann. Die Beurteilung, ob ein Prozesskostenbeitrag zu leisten ist, darf nicht fak- tisch einer antizipierenden Beurteilung durch die gesuchstellende Partei überlas- sen werden. Fehlen die notwendigen Ausführungen zum Prozesskostenbeitrag, liegt es nicht am ersuchten Gericht, in den vorinstanzlichen Akten nach Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen liessen, dass kein Anspruch auf einen solchen besteht (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. und 3.2.). Es darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege darlegt,

weshalb die Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abzuweisen (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1.). Weil die Gesuchstellerin vor Obergericht weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags gestellt noch dargelegt hat, weshalb sie auf einen solchen Antrag verzichtet (vgl. Urk. 8 S. 2 und S. 12 f. bzw. 12/9 S. 2 und S. 15), ist

- 27 - ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren nach dem Gesagten ohne Weiteres abzuweisen, zumal sie sich in Bezug auf die Leistung eines Prozesskostenbeitrages durch den Gesuchsteller für das erstinstanzliche Verfahren gerade auf dessen Leistungsfähigkeit beruft.

E. 3.4

Dem Effektivitätsgrundsatz folgend ist beim Gesuchsteller von seinen aktuellen finanziellen Verhältnissen auszugehen. Zwar ist der Gesuchsteller, wie oben ausgeführt, bereits mit seinem früheren und höheren Einkommen nicht in der Lage, für seine Prozesskosten im vorliegenden Berufungsverfahren aufzukommen (vgl. Ziff. II.C.3. vorstehend; Urk. 8 S. 12 f.; Urk. 4/7). Indes hat er hier nicht rechtsgenügend dargetan, dass er ausschliesslich wegen seiner bekannten Zahlungsverpflichtungen (Kosten der Besuchsbegleitung, Unterhaltszahlungen etc.) auf sein Vermögenssubstrat hat zurückgreifen müssen und hieraus eine Verminderung seiner liquiden Bankguthaben im geltend gemachten Umfang resultierte (vgl. Ziff. II.C. 2.3.4). Ausschlaggebend ist aber vielmehr, dass er es auch hier unterlassen hat, für die Beurteilung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit seine aktuellen Vermögensverhältnisse im Zusammenhang mit den Liegenschaften darzutun und zu belegen, insbesondere, ob alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung ausgeschöpft wurden (vgl. Ziff. II.C.3. vorstehend). Dies, obschon er im Zusammenhang mit seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor Vorinstanz mit Verfügung vom 30. November 2017 zur Begründung und Belegung seiner Vermögensverhältnisse aufgefordert wurde (Urk. 97), er mithin auch um seine diesbezüglichen Offenlegungspflichten im vorliegenden Berufungsverfahren wusste. Damit ist seine Bedürftigkeit vorliegend nicht ausgewiesen. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung ist demzufolge abzuweisen.

- 28 - Es wird beschlossen:

E. 4

Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege für vorliegendes Verfahren zu bewilligen und Unterzeichnender als Offizialanwalt einzusetzen.

E. 5

In beiden Berufungsverfahren ersuchen die Parteien jeweils um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und um unentgeltliche Rechtsverteidigung (Urk. 1, 12/1, 8 und 12/9).

E. 6

Gegenstand des Verfahrens mit der Geschäfts-Nr. LY170054-O bildet die Abweisung des Antrags des Gesuchstellers auf Abänderung des Besuchsrechts im angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vom 14. November 2017 (Urk. 2 S. 10, Disp.-Ziff. 4), in jenem mit der Geschäfts-Nr. LY170056-O gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 21. September

2017 die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 15'000.– (Urk. 12/2 S. 27, Disp.-Ziff. 4). Eine Konnexität besteht dahingehend, als dass beiden Berufungsverfahren die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers gegenständlich ist, im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. LY170054-O aufgrund des Armenrechtsgesuchs des Gesuchstellers und in jenem mit der Geschäfts-Nr. LY170056-O in der Hauptsache. Demzufolge ist das Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LY170056-O mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zu vereinigen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Berufungsverfahrens mit der Geschäfts-Nr. LY170056-O sind als Urk. 12 zu den vorliegenden Verfahrensakten zu nehmen.

E. 7

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. A. Vorbemerkungen 1. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 3 bis 6 der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. November 2017 (vgl. Urk. 2) sowie die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 und 5 bis 11 der Verfügung der Vorinstanz vom 21. September 2017 (vgl. Urk. 12/2). Jeweils im genannten Umfang sind die vorinstanzlichen Entscheide in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

- 5 - 2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Suter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen. Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Diesen Anforderungen genügen die Berufungsschriften über weite Strecken nicht.

Sie legen ihren Standpunkt weitgehend ohne Bezugnahme auf das vor Vorinstanz

- 6 - Vorgebrachte dar und ohne sich mit den Erwägungen in den angefochtenen Entscheidungen auseinanderzusetzen. Sie enthalten grossmehrheitlich keine Ausführungen dazu, welche Elemente des Sachverhaltes die Vorinstanz nicht oder nicht korrekt abgeklärt, oder welche Rechtsätze der Gesuchsteller inwiefern als verletzt sieht. Darüber hinaus fehlen in den Berufungsschriften Aktenverweise fast gänzlich. Insofern kann auf die Berufungen des Gesuchstellers nicht eingetreten werden. Von vornherein nicht einzutreten ist auf den Berufungsantrag Ziffer 2 der Berufung des Gesuchstellers gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 21. September 2017 (vgl. Urk. 12/1 S. 2). Der Berufungsschrift kann diesbezüglich keine Begründung entnommen werden. 3. Weiter sind im Berufungsverfahren neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2). In den Berufungsschriften finden sich – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – zahlreiche Noven, deren Zulässigkeit weder dargetan wird, noch sonstwie ersichtlich ist. Sie haben daher vorliegend unberücksichtigt zu bleiben. 4. Sodann ist auf die Parteivorbringen nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind. B. Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 14. November 2017 1. Die Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 14. November 2017 richtet sich gegen die Abweisung des Antrags des Gesuchstellers auf Abänderung des Besuchsrechts (Urk. 2 S. 10, Disp.-Ziff. 4). Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid vom 14. November 2017 richtig erwogen hat, ist in Ziffer 1

- 7 - der – vor Schranken der Vorinstanz geschlossenen – Vereinbarung der Parteien vom 17. August 2017 bezüglich des Besuchsrechts des Gesuchstellers und der Kinder C._____ und D._____ vorgesehen, dass der Gesuchsteller ab dem 17. August 2017 bis zum 22. Oktober 2017 berechtigt ist, die Kinder C._____ und D._____ an jedem Samstag von 13.30 Uhr bis 17.30 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, wobei diese Besuche in durchgehender Begleitung von Frau E._____ von F._____ GmbH oder einer anderen, fachlich geeigneten Person stattfinden, welche die Eltern mit der Beiständin der Kinder vereinbaren. Weiter wird festgelegt, dass der Gesuchsteller, sobald dies ab dem 22. Oktober 2017 möglich ist, einstweilen für die Dauer des Scheidungsverfahrens resp. bis zu einem allfälligen, bewilligten Aufenthaltswechsel in die USA berechtigt ist, die Kinder C._____ und D._____ (ohne Begleitung) an jedem Sonntag (oder Samstag) von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr sowie jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (Urk. 62). Mit Dispositiv-Ziffer 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 21. September 2017 wurde diese Vereinbarung genehmigt (Urk. 70). Gleichzeitig wurde mit Dispositiv-Ziffer 2 in derselben Verfügung der Auftrag der bereits eingesetzten Beiständin modifiziert. Der Beiständin wurde die Aufgabe erteilt, die Modalitäten des persönlichen Verkehrs wie Übergabeort resp. Begleitung der Übergaben und solange notwendig der Besuche durch eine Drittperson, Übergabezeit, allenfalls abweichende Besuchszeiten gegenüber der vorstehenden Regelung, Benutzung der Autositze etc. festzulegen. Sobald als möglich sollen die Besuche auf

einen ganzen Tag (Samstag oder Sonntag, ca. 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr) ausgedehnt und das begleitete Besuchsrecht in ein unbegleitetes Besuchsrecht überführt werden. Die unbegleiteten Besuche sollen durch die Beistandsperson dahingehend überwacht werden, als sie in regelmässigen Abständen mit den Eltern klärt, wie die unbegleiteten Besuche verlaufen sind (vgl. Urk. 2 S. 5 f., E. 5.2).

E. 12

Juni 2017 ergebe sich, dass der Betrag im Wesentlichen eine Abgeltung für bereits angefallene Aufwendungen ihrer Rechtsvertretung darstellen soll. Die Gesuchstellerin zeichne sich im hängigen Scheidungsverfahren jedoch durch ausgeprägten Aktivismus aus; so habe sie namentlich bereits mehrere superprovisorische Gesuche stellen lassen und Betreibungen gegen ihn eingeleitet etc. Dies ergebe sich auch bereits aus dem angefochtenen Entscheid, seien doch dort die angefallenen Anwaltskosten per Mitte Jahr einander gegenübergestellt worden (rund Fr. 10'000.– bis Fr. 12'000.– auf seiner Seite gegen rund Fr. 30'000.– auf Seiten der Gesuchstellerin). Es könne jedoch nicht angehen, dass er für die übermässigen, teils gar unnützen Aufwände der Gesuchstellerin aufzukommen habe. Vielmehr habe sich die Entschädigung nach den in der AnwGebV vorgesehenen Grundsätzen zu richten. Eine einstweilige Entschädigung am obersten Rand der Regelentschädigung für ein Verfahren, welches bloss im vorsorglichen Massnahmestadium stehe, mit Teilvergleich erledigt worden sei und durch die Gesuchstellerin selbstverschuldet und unnötig verkompliziert worden sei, sei daher unangemessen. Komme hinzu, dass durch den Aktivismus der Gesuchstellerin auch seine eigenen Anwaltskosten in die Höhe getrieben würden (vgl. Urk. 12/1 S. 8 f.).

- 21 - 2.4.2 Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, begründete der Gesuchsteller im erstinstanzlichen Verfahren seinen Abweisungsantrag zusammengefasst lediglich damit, dass ein Prozesskostenvorschuss für die Gesuchstellerin bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen nicht drin liege. Er sei Alleinverdiener und finanziere die gesamte Familie. Seine eigenen Anwaltskosten würden sich aktuell auf rund Fr. 10'000.– bis Fr. 12'000.– belaufen. Die Gesuchstellerin müsse sich irgendwie organisieren (Prot. I S. 22 und S. 45 f.; vgl. Urk. 12/2 S. 21, E. II.3.4). Damit erweisen sich seine nunmehrigen Vorbringen als neu, hat er sich doch vor Vorinstanz zur Höhe eines allfälligen Prozesskostenvorschusses in keiner Weise geäußert, was ihm jedoch mit Blick auf seine vorliegenden Ausführungen durchaus möglich gewesen wäre. Ohnehin wären sie aber nicht rechtsgenügend begründet. Die Vorinstanz führte zur Höhe des von der Gesuchstellerin beantragten Prozesskostenvorschusses aus, dass angesichts der Komplexität der Sachlage und des bisher notwendigen Zeitaufwandes (vgl. § 6 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 5 AnwGebV und § 11 AnwGebV) sowie unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers ein Betrag von Fr. 15'000.– als angemessen erscheine (vgl. Urk. 12/2 S. 21, E. II.3.4). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Gesuchsteller nicht auseinander. Ferner äussert er sich auch nicht zur zutreffenden Feststellung der Vorinstanz, dass der zugesprochene Prozesskostenvorschuss bei einer späteren güterrechtlichen Auseinandersetzung in Anrechnung zu bringen ist (vgl. Urk. 12/2 S. 21, E. II.3.4). 2.5.1 Schliesslich moniert der Gesuchsteller die Nichtberücksichtigung seiner eigenen Anwaltskosten. Da er ebenso wie die Gesuchstellerin für solche aufzukommen habe, seien auch seine eigenen Anwaltskosten zu berücksichtigen. Er habe vor Vorinstanz per 27. November 2017 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Bis zu diesem Datum hätten die angefallenen eigenen Anwaltskosten bereits rund Fr. 20'000.– betragen. Seine

eigenen Anwaltskosten seien zu berücksichtigen, noch bevor ein Prozesskostenvorschuss überhaupt in Betracht gezogen werden könne. Unter Berücksichtigung der eigenen Anwaltskosten verbleibe ihm damit nicht mehr als ein eigentlicher Notgroschen. Dieser sei

- 22 - ihm jedoch zu belassen, weshalb der Prozesskostenvorschuss mangels Leistungsfähigkeit seinerseits abzuweisen sei (vgl. Urk. 12/1 S. 7). 2.5.2 Wie bereits erwähnt, war für die Vorinstanz für die Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers die Aktenlage per 21. September 2017 massgeblich (vgl. Ziff. II.C.2.3.5 vorstehend). Nicht zielführend ist daher die Geltendmachung eines Anwaltskostenaufwands per 27. November 2017, welcher im Übrigen weder substantiiert begründet noch belegt ist. Es ist daher nach wie vor davon auszugehen, dass die Anwaltskosten auf Seiten des Gesuchstellers bis zum massgeblichen Zeitpunkt Fr. 10'000.– bis Fr. 12'000.– betragen haben (vgl. Urk. 12/2 S. 21, E. II.3.4). An dieser Stelle ist auch darauf hinzuweisen, dass der Prozesskostenvorschuss im Rahmen eines Scheidungsverfahrens eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 276 ZPO darstellt (FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO Art. 276 N 16). Für die Kinderbelange gilt dabei die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO), für die übrigen Themen – worunter auch der Prozesskostenvorschuss fällt – gilt hingegen die Dispositions- und (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime (FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO Art. 276 N 21). Im Bereich der Untersuchungsmaxime hat das Gericht neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO). Auch bei der eingeschränkten Untersuchungsmaxime haben die Parteien eine aktive Mitwirkungspflicht und sie trifft ebenso eine Behauptungs- und Substantiierungslast. Bereits mit Eingabe vom 11. Mai 2017 beantragte die Gesuchstellerin die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (vgl. Urk. 16 S. 4). Weiter war der Prozesskostenvorschuss auch Thema in den beiden Verhandlungen über die vorsorglichen Massnahmen am 12. Juni 2017 und am 17. August 2017 (Prot. I S. 7 ff. und S. 35 ff.). Dem anwaltlich vertretenen Gesuchsteller musste folglich klar sein, dass er seine finanzielle Leistungsfähigkeit substantiiert zu begründen und zu belegen hatte. Der Standpunkt des Gesuchstellers, das Gericht habe seine gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO verletzt und damit den Sachverhalt willkürlich festgestellt,

- 23 - wenn für dieses Unklarheiten oder Zweifel an der Sachlage bestanden hätten (vgl. Urk. 12/1 S. 7), führt daher nicht weiter. 3. Nach der Unterhaltsberechnung der Vorinstanz (Urk. 31) erzielte der Gesuchsteller im massgeblichen Zeitpunkt einen rechnerischen Überschuss von rund Fr. 375.– (Urk. 31 S. 4). In der Unterhaltsberechnung sind weder die – wohl anfallenden, aber in ihrer Höhe nicht ausgewiesenen – Kosten für die angeordneten Kinderschuttmassnahmen (vgl. Ziff. II.C.2.3.5 vorstehend) noch die Amortisationskosten für die beiden Liegenschaften des Gesuchstellers (vgl. Urk. 5/27/43) berücksichtigt. Mit seinem Einkommen vermag der Gesuchsteller demnach keinen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Die Vorinstanz führte aber zu Recht aus, dass alleine deshalb seine Leistungsfähigkeit nicht zu verneinen ist (Urk. 12/2 S. 21, E. II.3.4). Nach dem Gesagten waren beim Gesuchsteller im massgeblichen Zeitpunkt mindestens liquide Bankguthaben im Umfang von Fr. 41'704.– (Fr. 14'154.– bei der BancaMarche + Fr. 27'550.– bei der UBS) zu berücksichtigen (vgl. Ziff. II.C.2.3.8 vorstehend). Weiter ist zu bemerken, dass der Gesuchsteller gemäss Steuererklärung für das Jahr 2016 Eigentümer von zwei Wohnungen ist, wovon sich eine in G. _____ ZH und eine in H. _____ TG befindet. Erstere wird von der

Gesuchstellerin mit den Kindern und Letztere vom Gesuchsteller bewohnt. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, sind bei der Beurteilung des Gesuchs um einen Prozesskostenvorschuss die Grundsätze der unentgeltlichen Rechtspflege analog anwendbar (Urk. 12/2 S. 20, E. II.3.3). Neben dem Einkommen ist das Vermögen jeglicher Art relevant. Alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung nicht vermieteter Räumlichkeiten oder durch Aufnahme eines zusätzlichen, noch möglichen Hypothekendarlehens gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor und sind einem Grundeigentümer zumutbar (Emmel, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 117 N 7 f. m.w.H.). Wie soeben ausgeführt, bildete der Prozesskostenvorschuss seit der Eingabe der Gesuchstellerin vom 11. Mai 2017 im vorinstanzlichen Verfahren ein Thema (vgl. Ziff. II. C.2.5.2 vorstehend). Dennoch hat es der Gesuchsteller unterlassen, für die Beurteilung seiner finanziellen Leistungsfähig-

- 24 - keit seine aktuellen Vermögensverhältnisse bezüglich der Liegenschaften darzutun und zu belegen. Diesbezüglich genügende Transparenz vermögen allein die Angaben in der Steuererklärung für das Jahr 2016 (Urk. 5/27/43) jedenfalls nicht zu vermitteln. Zwar legte der Gesuchsteller nunmehr im vorliegenden Berufungsverfahren hinsichtlich der Liegenschaft in G._____ im Rahmen seiner Begründung zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein Schreiben der Raiffeisenbank vom 21. August 2017 vor, das eine Absage zu seiner Anfrage um Erhöhung der Hypothek zum Inhalt hat (Urk. 5/4/8). In Bezug auf die Beurteilung des Prozesskostenvorschusses erweist sich dieses jedoch als verspätet. Das Dokument datiert einen Monat vor Erlass des angefochtenen Entscheids vom 21. September 2017 und hätte damit ohne Weiteres vor Vorinstanz rechtzeitig eingereicht werden können. Somit gilt es hinsichtlich des Vermögens des Gesuchstellers im massgeblichen Zeitpunkt auf Seiten des Gesuchstellers liquide Bankguthaben im Umfang von Fr. 41'704.– sowie das Eigentum an zwei Liegenschaften, bei denen keine Klarheit darüber besteht, ob alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung ausgeschöpft wurden, zu berücksichtigen. Für den massgeblichen Zeitpunkt ist mit aufgelaufenen Anwaltskosten bei der Gesuchstellerin von Fr. 15'000.– und beim Gesuchsteller von Fr. 10'000.– bis 12'000.–, insgesamt von höchstens Fr. 27'000.– zu rechnen. Diese Anwaltskosten vermag der Gesuchsteller mit seinem Vermögen zu decken. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kam, der Gesuchsteller sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 15'000.– in der Lage. 4. Nach dem Gesagten vermag der Gesuchsteller auch mit seiner Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 21. September 2017 weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine ins Gewicht fallende unrichtige Feststellung des Sachverhalts darzutun. Auch sie ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

- 25 - III.

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