

ZH_OBERGERICHT LY240004 vom 1. März 2024

ZH Obergericht, 2024-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY240004

FR: ZH_OBERGERICHT LY240004 du 1 mars 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LY240004 del 1 marzo 2024

Erwägungen

E. 1.1

In Bezug auf die angefochtene Abweisung des Gesuchs des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege ist darauf hinzuweisen, dass die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht ist. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 202 E. 3b). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit, vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUH-RER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann zu gewähren, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010 E. 5; 8C_375/2009 vom 3. Juni 2009 E. 3.1). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei, welche die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangt, auf ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 8; 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1). Von diesem Erfordernis ist dort abzusehen, wo die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten manifest ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, Ausführungen zu verlangen, weshalb kein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt wurde (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019 E. 4). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5; zum Ganzen: OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022 E. V.2.3).

E. 1.2

Wie ausgeführt, wies die Vorinstanz sowohl das Gesuch des Klägers um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch jenes um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Zweitverfügung Dispositiv-Ziff. 4, Erstverfügung Dispositiv-Ziff. 1). Vor dem Obergericht ficht der Kläger lediglich die Abweisung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, nicht jedoch die Abweisung seines Antrags auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses an, ohne die

- 9 - Gründe hierfür darzulegen. Da eine allfällige Mittellosigkeit der Beklagten vorliegend nicht manifest ist, macht doch der Kläger selber geltend, die Beklagte sei nicht bedürftig (act. 2 Rz. 7), ist die Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege aufgrund deren Subsidiarität abzuweisen. 2.

E. 2

Ziff. 3 der Zweit-Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 6. Januar 2024 (Geschäfts-Nr. FE220148) sei aufzuheben.

E. 2.1

Zu den allgemeinen Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 5 E. II.2).

E. 2.2

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-89). Von der Einholung einer Berufungs- bzw. Beschwerdeantwort ist in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) abzusehen. Mit dem vorliegenden Urteil ist der Beklagten ein Doppel von act. 2 zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

- 4 - II. Prozessuales 1.

E. 2.2.1

Gegen die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses an die Beklagte macht der Kläger geltend, die Beklagte habe ihr Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zurückgezogen und das Gericht habe dieses richtigerweise abgeschrieben. Damit verbunden sei automatisch, dass ihr Begehren als aussichtslos zu bezeichnen sei. Die Gewinnaussichten im betreffenden Massnahmeverfahren könnten, unabhängig davon, dass der Rückzug nicht zu einer rescissoria führe, nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden (act. 2 Rz. 4). Ferner müsse das Gesuch auch aus materiellen Gründen abgewiesen werden. Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 4. Oktober 2023 sei das Gericht zur Ansicht gelangt, dass die Begehren der Parteien im Massnahmeverfahren abzuweisen wären. Dieses in Aussicht gestellte Urteil habe beide Parteien zum Rückzug ihrer Rechtsbegehren veranlasst, womit die Beklagte bestätigt habe, dass sie ihrerseits von einer Aussichtslosigkeit der Anträge ausgegangen sei (act. 2 Rz. 5).

E. 2.2.2

Der Anspruch gegenüber dem Ehegatten auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses (bzw. Prozesskostenbeitrags) setzt – neben der Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten und der Leistungsfähigkeit des anderen Ehegatten – voraus, dass die Sache nicht als aussichtslos erscheint (WEINGART, *provisio ad litem* - Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren, in: FS Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 677 ff., 682 f.). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen,

- 10 - bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Ein Begehren gilt dagegen nicht als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entscheiden liesse (BGE 139 III 396 E. 1.2 m.w.H.). Die Prüfung der Erfolgsaussichten erfolgt einzelfallbezogen, ex ante und durch eine vorläufige summarische Prüfung der Prozessaussichten. Abgestellt wird auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesucheinreichung (BGE 142 III 138 E. 5.1; 139 III 475 E. 2.2; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Zürich 2021, Art. 117 N 12). Zieht die gesuchstellende Person die Klage im Verlaufe des Verfahrens zurück, ist allein gestützt auf den Rückzug keine Aussichtslosigkeit anzunehmen; es hat eine ex ante Beurteilung zu erfolgen und ein Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag ist zuzusprechen, sofern im Zeitpunkt der Gesucheinreichung Aussicht auf Erfolg bestand (vgl. in Bezug auf die unentgeltliche

Rechtspflege: WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozessrecht, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 422; OGer ZH RV190009 vom 30. Januar 2020 E. 4b).

E. 2.2.3

Vorliegend führte die Vorinstanz das Massnahmeverfahren (mit mehreren schriftlichen und mündlichen Parteivorträgen) durch (vgl. act. 5 S. 2 ff.), worauf der Kläger sein Massnahmenbegehren (betreffend vorsorgliche Verringerung der Kindesunterhaltsbeiträge, vorsorgliche Anpassung der Obhut und der Betreuung und vorsorgliche Anpassung der Zahlungsmodalitäten der Unterhaltsbeiträge) zurückzog. In der Folge zog auch die Beklagte ihre Massnahmenbegehren (betreffend vorsorgliche Erhöhung der Kindesunterhaltsbeiträge und Vorsorgliche Zuspargung eines ehelichen Unterhalts) zurück (act. 5 S. 5 f.). Vor diesem Hintergrund kann nicht automatisch die Aussichtslosigkeit des Standpunkts der Beklagten angenommen werden. Was die vom Kläger angeführte vorläufige Beurteilung des Gerichts im Rahmen der Vergleichsgespräche betrifft, hat diese keine Bindungswirkung (BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 226 N 13). Aus einer allfälligen negativen Einschätzung (auch) der beklagten Pro-

- 11 - zesschancen kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Rügen des Klägers betreffend die Aussichtslosigkeit gehen folglich fehl.

E. 2.3.1

Weiter bestreitet der Kläger die Prozessarmut der Beklagten.

E. 2.3.2

Die Vorinstanz erwog, bereits gestützt auf die Einkommensverhältnisse, die einen monatlichen Nettolohn von rund Fr. 1'800.– (ohne Berücksichtigung der Kinderzulagen) und keine persönlichen Unterhaltsbeiträge umfassten, sei offensichtlich, dass das existenzrechtliche Minimum der Beklagten mit ihrem Einkommen nicht gedeckt werden könne. Schon der zu berücksichtigende Grundbetrag und die obligatorische Krankenversicherung verursachten Kosten in der Höhe des Einkommens. Ihre Steuererklärung 2021 ergebe ein Vermögen von Fr. 9'942.–, wobei Fr. 6'660.– dem Erneuerungsfond für das hälftige Miteigentum an der ehelichen Liegenschaft beizuordnen seien. Ferner habe das Privatkonto der Beklagten per Februar 2023 ein Guthaben von Fr. 4'700.– aufgewiesen und die Beklagte beziehe Gemeindebeiträge an die Kita-Kosten. Der Kläger mache denn auch nicht geltend, dass die Beklagte über ausreichend Mittel verfüge, sondern nur, dass sie hypothetisch mehr Einkommen generieren könne. Entgegen seiner Ansicht könnten der Prozesskostenbeitrag aus dem Eheschutzverfahren sowie die rückwirkenden Kindesunterhaltsbeiträge nicht zur Beurteilung der Prozessarmut herangezogen werden. Ersterem würden effektive Auslagen im Eheschutzprozess gegenüber stehen und Letztere würden für den Barbedarf und Betreuungsunterhalt der Kinder benötigt. Die Annahme einer Vermögensbildung gestützt auf diese Zahlungen sei unbillig. Auch mit Blick auf die Erwägungen des obergerichtlichen Eheschutzurteils (OGer ZH LE210025 vom 19. Januar 2022 E. III.11.4) sei von der prozessualen Mittellosigkeit der Beklagten auszugehen (act. 5 E. II. 3.4).

E. 2.3.3

Der Kläger macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in dreifacher Hinsicht falsch festgestellt: Sie habe sowohl das Einkommen als auch das Vermögen der

Beklagten falsch ermittelt und diese nicht zur Einreichung aktueller Unterlagen aufgefordert.

- 12 - Hinsichtlich des Einkommens bringt der Kläger vor, die Vorinstanz sei ohne nähere Prüfung von der Mittellosigkeit der Beklagten ausgegangen. Sie habe lediglich auf die von der Beklagten eingereichten Lohnabrechnungen abgestellt und nicht berücksichtigt, dass er habe beweisen können, dass die Beklagte sowohl zurzeit als auch in der Vergangenheit ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, 100% zu arbeiten und damit ihre Kosten selbst zu decken (act. 2 Rz. 7). Mit der behaupteten 100%-Arbeitsfähigkeit der Beklagten wiederholt der Kläger lediglich seine vorinstanzlichen Vorbringen. Mit den Erwägungen der Vorinstanz setzt er sich jedoch nicht auseinander. Es handelt sich somit um eine appellatorische Kritik, welche nicht zu genügen vermag (vgl. E. II.3.1 oben). Gleich verhält es sich mit der Rüge zum Vermögen der Beklagten: Mit den Vorbringen, er habe im Eheschutzverfahren nicht nur einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 20'000.–, sondern zusätzlich Fr. 25'000.– für Unterhaltsbeiträge bezahlt und die Beklagte habe den Verbrauch dieses Geldes bis heute nicht nachgewiesen (act. 2 Rz. 7), belässt es der Kläger dabei, seinen bereits erstinstanzlich eingenommenen Standpunkt zu wiederholen, ohne sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Der Kläger moniert weiter, die Vorinstanz habe die Beklagte trotz seinem mehrmaligem Antrag nicht zur Einreichung aktueller Lohnabrechnungen, Lohnausweise sowie Jahresabschlüsse inkl. der Kontodetails der C._____ GmbH aufgefordert (act. 2 Rz. 7). Die Ausführungen, in welchen der Kläger diese Anträge gestellt haben will, beziehen sich auf das von ihm gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen betreffend Anpassung der Unterhaltsbeiträge (vgl. act. 57 Rz. 34 m.V.a. act. 45 Rz. 48 m.V.a. act. 37 Rz. 17) und nicht auf das von der Beklagten gestellte Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses. Ferner ist der Vorinstanz beizupflichten, dass der Kläger die fehlende Leistungsfähigkeit der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten hat: Enthält doch seine Duplik vom 5. Juni 2023 lediglich Ausführungen zur behaupteten Generierungsmöglichkeit eines 100%-Einkommens und dem im Eheschutzverfahren geleisteten Kostenvorschuss (act. 57 Rz. 45).

- 13 - Die Rügen der falschen Sachverhaltsdarstellung im Zusammenhang mit der fehlenden Leistungsfähigkeit der Beklagten stossen damit ins Leere.

E. 2.4.1

Der Kläger macht im Weiteren geltend, er selber sei nicht leistungsfähig.

E. 2.4.2

In der angefochtenen Verfügung hält die Vorinstanz fest, der Kläger habe die eigene Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den von der Beklagten verlangten Prozesskostenvorschuss nicht bestritten. Er habe auch nicht erklärt, weshalb es ihm nicht zumutbar sei, einen Prozesskostenvorschuss an die Beklagte zu bezahlen. Auch in seinem ursprünglichen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses an ihn bleibe eine Begründung seiner eigenen (vermeintlichen) Bedürftigkeit aus. In seinem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 15. Dezember 2022 habe der Kläger gleichwohl ausgeführt, seine finanziellen Verhältnisse hätten sich verschlechtert (act. 5 E. II. 3.5). Aus der Steuererklärung sei ersichtlich, dass der Kläger im Jahr 2021 ein bewegliches Vermögen von mehr als Fr. 775'000.– und Schulden von ca. Fr. 50'000.– (ohne Berücksichtigung der Hypothek für die eheliche Liegenschaft) versteuert habe. Im

daraufliegenden Jahr sei ein bewegliches Vermögen von Fr. 780'000.– gegenüber Schulden von Fr. 150'000.– versteuert worden. Hervorzuheben sei, dass der Kläger Alleinaktionär der D._____ Holding AG sei, deren Aktien in der Steuererklärung 2022 mit einem Wert von Fr. 450'000.– aufgeführt seien. Bereits gestützt auf diese Vermögensverhältnisse sei anzunehmen, dass der Kläger über genügend finanzielle Mittel zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verfüge. Ferner verfüge der Kläger durch die Beherrschung der E._____ AG bzw. der D._____ Holding AG über Vermögen in Form von Wohnungen, die gewinnbringend verkauft werden könnten (mit Verweis auf OGer ZH LE210025 vom 19. Januar 2022 E. III.2.3, III.2.3.5, III.11.6). Bezeichnenderweise seien keine Unterlagen zur D._____ Holding AG eingereicht worden, sodass die behauptete wirtschaftliche Schieflage nicht beurteilt werden können. Ferner habe der Kläger zu Protokoll gegeben, (einzig) mit der E._____ AG derzeit rentabel zu wirtschaften. Die Vorinstanz zog den Schluss, dem Kläger sei es nicht ge-

- 14 - lungen, das Gericht von seiner Prozessarmut zu überzeugen bzw. habe diese nicht einmal behauptet. Deshalb sei davon auszugehen, dass er über ausreichend finanzielle Mittel verfüge und zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Lage sei (act. 5 E. II. 3.6).

E. 2.4.3

Im obergerichtlichen Verfahren führte der Kläger zu seiner eigenen Leistungsfähigkeit ins Feld, die Vorinstanz sei von veralteten Vermögensverhältnissen ausgegangen und habe die von ihm im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Belege nicht berücksichtigt. Das Abstellen auf den blossen Buchwert sei nicht korrekt, da nicht von einem tatsächlich realisierbaren und frei verfügbaren Wert gesprochen werden könne (act. 2 Rz. 9). Gemäss Herrn F._____ (von der Treuhandstelle G._____ GmbH) könne der in seiner privaten Steuererklärung eingetragene Wert der D._____ Holding AG per Ende 2022 nicht als derzeit effektiv realisierbarer Wert bezeichnet werden. Die Jahresergebnisse der H._____ AG seien 2020, 2021 und 2022 schlecht gewesen und die Gesellschaft habe jeweils Verluste geschrieben. Der Gewinn von 2021 sei auf die erhaltenen Härtefallentschädigungen zurückzuführen und verfälsche die Bewertung der Gesellschaft, was die eingereichten Zwischenabschlüsse per 31. März 2023 bzw. 30. Juni 2023 bestätigen würden. Im Jahresabschluss 2022 der D._____ Holding AG habe die Beteiligung an der H._____ AG einen Wert von Fr. 25'001.– aufgewiesen. Aufgrund der gestiegenen Hypothekarzinsen und Nebenkosten habe sich der Gewinn der E._____ AG reduziert und betrage gemäss dem provisorischen Jahresabschluss 2023 Fr. 9'604.40. Dieser Betrag sei für unvorhergesehene Aufwendungen zu wenig. Der Wert der Beteiligung an der E._____ AG betrage per Ende 2023 nur noch ca. Fr. 150'000.– (act. 2 Rz. 10). Das Guthaben der D._____ Holding AG gegenüber ihm (dem Kläger) in der Höhe von Fr. 92'298.– müsse aufgrund seiner Überschuldung abgeschrieben werden. Das Darlehen der D._____ Holding AG an die I._____ AG belaufe sich auf Fr. 222'200.–, sei jedoch vertraglich gebunden und derzeit nicht einforderbar. Unter Berücksichtigung des nicht einbringlichen Darlehens der E._____ AG von Fr. 33'500.– sei per Ende 2023 von einem Anlagevermögen von Fr. 410'000.– auszugehen. Nach Addition des Umlaufvermögens per 31. Dezember 2022 von Fr. 45'060.– würden Aktiven von Fr. 455'000.– resultieren (act. 2 Rz. 10).

- 15 - Sein Darlehen an die I._____ AG sei vertraglich gebunden und nicht verfügbar. Gegenüber der H._____ AG verfüge er zwar auf dem Papier über ein Kontokorrentguthaben, das von dieser jedoch aktuell und in der Zukunft, sofern sie nicht in

Konkurs verfallende, nicht ausgezahlt werden könne. Über die Erneuerungsfonds, das Sparkonto Kinder und die Mietkaution könne der Kläger nicht frei verfügen. Er verfüge noch über ein freiverfügbares Konto-Guthaben von Fr. 4'000.– (act. 2 Rz. 11). Von einer Insolvenz des Klägers sei bereits per Ende 2022 auszugehen gewesen. Die Vorinstanz behaupte aktenwidrig, zur D._____ Holding AG seien keine Akten eingereicht worden. Er habe die Jahresabschlüsse 2020 und 2021, die Steuererklärung 2021 sowie einen Zwischenabschluss 2022 per 30. Juni 2022 eingereicht. Weitere Dokumente seien nicht verlangt worden und ihm könne das Verstreichen der Zeit bis zum Verfügungszeitpunkt nicht zu Lasten gelegt werden (act. 2 Rz. 12). Ferner sei die Feststellung der Vorinstanz, er habe ausgesagt, einzig mit der E._____ AG derzeit rentabel zu wirtschaften, aktenwidrig. Wiederholt sei ausgeführt und belegt worden, dass der vom Obergericht im Eheschutzverfahren angenommene jährliche Nettogewinn von Fr. 20'000.– aufgrund der gestiegenen Hypothekarzinsen und Nebenkosten nicht mehr möglich sei. Dieser belaufe sich auf Fr. 12'749.95 resp. unter Fr. 10'000.–. Zudem habe er von der E._____ AG Unterlagen ins Recht gelegt (act. 2 Rz. 13). 2023 sei er nicht in der Lage gewesen, mit seinem Einkommen die eigenen Lebenshaltungskosten und die (nicht dem effektiven Betriebsergebnis der H._____ AG entsprechenden) Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Zudem habe er die halbjährlichen Hypothekarzinsen und Nebenkosten der ehelichen Liegenschaft bezahlen müssen. Aktuell verfüge er noch über ein Saldo von Fr. 2'204.45 auf dem Konto bei der J._____, das jedoch aufgrund eines von der Beklagten eingeleiteten Arrestverfahrens blockiert sei (act. 2 Rz. 14).

E. 2.4.4

Vom Kläger unbestritten blieben die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach er im Hinblick auf den von der Beklagten ersuchten Prozesskostenvorschuss weder seine eigene Leistungsfähigkeit bestritten, noch erklärt habe, weshalb die Leistung ihm nicht zumutbar sein sollte, und dass er in seinem eigenen Gesuch

- 16 - um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses die eigene (vermeintliche) Bedürftigkeit nicht begründet habe (vgl. act. 7 E. II.3.6). Die wiedergegebenen Feststellungen der Vorinstanz sind im Übrigen korrekt: Betreffend das Prozesskostenvorschussgesuch der Beklagten enthält die Duplik des Klägers einzig Ausführungen zu deren Einkommen und zum im Eheschutzverfahren geleisteten Kostenvorschuss (vgl. act. 6/57 Rz. 45). Dies obwohl die Beklagte die Leistungsfähigkeit des Klägers geltend machte (act. 6/45 Rz. 61). Anlässlich der Verhandlung vom 2. März 2023 äusserte sich der Kläger nicht zum Prozesskostenvorschuss, sondern nur zur unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/37 i.V.m. E. 5 auf S. 8). In seiner Duplik machte er keine Ausführungen zu den von ihm gestellten prozessualen Anträgen (act. 6/57). Auch die Scheidungsklage, in welcher er um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ersuchte, enthält keine Ausführungen zu den prozessualen Anträgen (act. 6/1). Die Leistungsfähigkeit des Klägers ist folglich als gegeben zu erachten. Die Vorinstanz begründete die Leistungsfähigkeit des Klägers auch damit, dass der Kläger durch die Beherrschung der E._____ AG bzw. der D._____ Holding AG über Vermögen in Form von Wohnungen verfüge, die gewinnbringend veräussert werden könnten (act. 7 E. II.3.6). Die oberinstanzliche Begründung des Klägers, weshalb er nicht leistungsfähig sei, lässt ein diesbezügliches Bestreiten vermissen (act. 2 Rz. 8 – 14). Im Gesuch um aufschiebende Wirkung macht der Kläger sodann geltend, aufgrund der aktuellen Wirtschaftslage (der Wert der Wohnungen sei wegen den gestiegenen Hypothekarzinsen gesunken und die Wohnungen müssten mit einem Verlust veräussert

werden) könne ein Verkauf einer Wohnung nicht verlangt werden und ein solcher sei ohnehin nicht innert nützlicher Frist möglich (act. 2 Rz. 15). Der Kläger brachte diese Behauptungen erstinstanzlich nicht vor, obschon die Beklagte geltend machte, der Kläger sei Eigentümer von Liegenschaften und könne die Unterhaltsbeiträge mit seinem Vermögen bezahlen (Protokoll S. 15 zu Rz. 16). Bei diesen Tatsachenvorbringen handelt es sich folglich um nicht zu berücksichtigende Noven. Entsprechend ist auch mit Blick auf einen möglichen Verkauf der Wohnungen die Leistungsfähigkeit des Klägers zu bezahen. Die Prüfung der weiteren Vorbringen des Klägers erübrigt sich.

- 17 -

E. 2.5.1

Der Kläger macht ferner sinngemäss geltend, der zugesprochene Prozesskostenvorschuss sei zu hoch.

E. 2.5.2

Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe insgesamt einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 20'000.– gefordert (Fr. 5'000.– für das Scheidungsverfahren und Fr. 15'000.– für das vorsorgliche Massnahmeverfahren [act. 5 Rz. 3.8]). Da es sich um einen Fall von hoher Verantwortung handle, komplexere Verhältnisse vorliegen würden, ein überdurchschnittlicher Aufwand erforderlich sei und die rechtlichen Verhältnisse (zumindest zurzeit) als durchschnittlich schwierig zu qualifizieren seien, erscheine eine Grundgebühr von Fr. 6'500.– als angemessen (§§ 5 Abs. 1 i.V.m. 6 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [Anw-GebV]). Für die bereits durchgeführten Verhandlungen und die Eingaben im Zusammenhang mit den vorsorglichen Massnahmenbegehren sei ein Zuschlag von insgesamt 100% zu gewähren. Fr. 500.– seien für die Barauslagen und Fr. 1'030.– für die anfallende Mehrwertsteuer einzuberechnen, womit eine Parteientschädigung von Fr. 14'530.– resultiere. Da die Beklagte mutmasslich einen Teil der abschliessenden Gerichtskosten, welche die Kosten des Massnahmeverfahrens umfassen würden und zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 10'000.– betragen könnten (§ 5 i.V.m. 6 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG]), zu tragen haben werde, erscheine ein zu leistender Prozesskostenvorschuss von Fr. 20'000.– als angemessen (act. 5 E. 3.9). Abschliessend erwog die Vorinstanz, die Regelung über die Festsetzung sowie Verteilung der Gerichtskosten und die Zusprechung einer Parteientschädigung dem Endentscheid in der Hauptsache vorzubehalten (act. 5 E. IV).

E. 2.5.3

Der Kläger moniert, indem sich die Vorinstanz den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen vorbehalte, bleibe kein Raum für eine rückwirkende Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses. Dass die Vorinstanz den vom Kläger zu bezahlenden Prozesskostenvorschuss anders berechne, als von der Beklagten beantragt, sei unerheblich. Da sich die Dispositionsmaxime anwende, sei das Gericht an den Antrag der Beklagten (Fr. 5'000.– für das Scheidungsverfahren) gebunden (act. 2 Rz. 6).

- 18 -

E. 2.5.4

Aufgrund der anwendbaren Dispositionsmaxime (OGer ZH LY210055 vom 17. Juni 2022 E. II.1.1) darf der anspruchsberechtigten Person im Verfahren um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags nicht mehr und nichts anderes zugesprochen

werden, als sie verlangt. Ein entsprechendes Begehren ist, wenn die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, nicht über die gestellten Anträge hinaus vom Gericht gutzuheissen. Ob und in welcher Weise eine an- spruchsberechtigte Person einen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen will, hat sie selbst zu entscheiden und liegt in ihrer Privatautonomie (BGer 5P.395/2001 vom 12. März 2002 E. 2.c; MAIER, Die Finanzierung von familien- rechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, S. 818 ff., S. 835).

E. 2.5.5

Die Vorinstanz hat sich an diese Grundsätze gehalten und der Beklagten insgesamt nicht mehr zugesprochen, als diese verlangt hat. Entgegen dem Kläger ist dabei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten hat. Dies entspricht dem gesetzlich vorgesehenen Vorgehen (Art. 104 Abs. 3 ZPO; MAIER, Kostenfolgen in familienrechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, S. 1121 ff., S. 1120 f.). Die Rüge des Klägers vermag nicht zu überzeugen.

E. 2.5.6

Die Berufung des Klägers ist vollumfänglich abzuweisen. 3.

E. 3

Der vorliegenden Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu er- teilen.

E. 3.1

Für das Rechtsmittelverfahren ersucht der Kläger um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses; eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

E. 3.2

Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu bean- tragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Das heisst, es ist ein neues Gesuch und ein neuer Entscheid nötig. Die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege sind neu zu prüfen, zumal nunmehr die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels in Frage steht und sich die Mittellosigkeit grundsätzlich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung beurteilt. Es gelten dafür dieselben formellen Anforderungen

- 19 - wie für das Gesuch vor der ersten Instanz (BGer 5A_261/2013 vom 16. Juni 2013 E. 4.3 f. m.w.H.).

E. 3.3

Der Kläger macht geltend, gemäss den eingereichten Unterlagen und sei- nen vorstehenden Ausführungen sei er als mittellos zu bezeichnen. Hinsichtlich der Aussichtslosigkeit bringt er vor, die Zusprechung eines Prozesskostenvor- schusses sei aufgrund des zurückgezogenen Massnahmebegehrens offensicht- lich rechtswidrig. Zudem sei die Gewährung eines Prozesskostenvorschusses für das Scheidungsverfahren abzuweisen, weil die Beklagte ihre Mittellosigkeit nicht nachgewiesen habe sowie ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sei und weil er selbst zwar über gebundenes, nicht jedoch über frei verfügbares Vermö- gen verfüge. Ferner werde in familienrechtlichen Angelegenheiten Aussichtslosig- keit grundsätzlich nicht angenommen. Da die Beklagte anwaltlich vertreten und er juristisch nicht gebildet sei, gebiete der Grundsatz der Waffengleichheit auch eine anwaltliche Vertretung für ihn (act. 2 Rz. 16).

E. 3.4

Der Kläger unterlässt es, Ausführungen zu seinem Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses zu machen (vgl. act. 2 Rz. 16, die nur Ausführungen zur unentgeltlichen Rechtspflege enthält). Da der Kläger anwaltlich vertreten ist, ist ihm keine Nachfrist zu Verbesserung anzusetzen (vgl. BGer 5A_340/2022 vom 31. August 2022 E. 3.3). Der Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ist damit bereits aufgrund fehlender Substantiierung abzuweisen. Wie in Erwägung II.1.1 ausgeführt, ist die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht. Der Kläger stellt für das Rechtsmittelverfahren kein (begründetes) Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses. Weiter verzichtet er darauf zu behaupten und darzulegen, dass und weshalb ein solcher Prozesskostenvorschuss uneinbringlich sei. Ebenso ist eine allfällige Mittellosigkeit der Beklagten – wie bereits in Erwägung II.1.2 festgehalten – vorliegend nicht manifest. Im Weiteren erweist sich das Rechtsmittelverfahren nach dem Ausgeführten als aussichtslos. Sowohl der Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch das Gesuch um

- 20 - Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren sind auch aufgrund der Aussichtslosigkeit abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO keine Gerichtskosten zu erheben. Diese Bestimmung ist auf das kantonale Rechtsmittelverfahren indes nicht anwendbar (vgl. BGE 137 III 470; OGer ZH RU160002 vom 14. März 2016 E. 4; RU160006 vom 14. März 2016 E. 7, je m.w.H.). Ausgangsgemäss wird der Kläger daher kostenpflichtig. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von §§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. 4 und 8 GebV OG bei einem Streitwert von Fr. 20'000.– auf Fr. 1'100.– festzusetzen. 2. Für das oberinstanzliche Gesuchsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). 3. Der Beklagten ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es wird erkannt:

E. 4

Die vom Kläger eingereichte Rechtsmittelschrift richtet sich wie erwähnt einzig gegen die Erstverfügung Dispositiv-Ziffer 1 sowie die Zweitverfügung Dispositiv-Ziffer 3. Die weiteren Dispositivziffern – insbesondere die Zweitverfügung Dispositiv-Ziffer 4 betreffend das Ersuchen des Klägers um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses – blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen.

E. 5

Mit dem heutigen Entscheid wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos, weshalb es abzuschreiben ist.

E. 6.1

Im Berufungsverfahren (auch in solchen, die wie vorliegend der sozialen Untersuchungsmaxime unterliegen [BGE 138 III 625 E. 2.2]) sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, sofern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO erfüllt sind. Zu unterscheiden ist zwischen echten Noven, die erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind, und unechten Noven, die im Zeitpunkt des Verfahrens vor der Vorinstanz bereits vorhanden waren (CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Zürich 2021, Art. 317 N 3). Echte Noven finden in das Berufungsverfahren Eingang, wenn sie unverzüglich vorgebracht werden (die Voraussetzung nach Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO ist bei echten Noven stets erfüllt [BGE 144

III 349 E. 4.2.1; SUTTER-SOMM/

- 7 - SEILER, a.a.O., Art. 317 N 2]). Unechte Noven sind dagegen nur zulässig, sofern sie zudem trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Partei, welche die Noven in das Verfahren einbringen will, hat zu substantizieren und beweisen, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen (BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1; OGer ZH LB210021 vom 13. August 2012 E. 3.1; REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 34). Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 326 N 1; OGer ZH RE200006 vom 18. September 2020 E. II.1).

E. 6.2

Der Kläger legt seiner Berufungs- und Beschwerdeschrift verschiedene Beweismittel bei (vgl. act. 3/4 – 9), welche er vorinstanzlich nicht ins Verfahren eingebracht hatte. Zur Zulässigkeit von act. 3/7 und act. 3/8 enthält die Rechtschrift keine Ausführungen (act. 2 Rz. 14). Die Zulässigkeit von act. 3/4 – 6 sowie 3/9 wird mit folgendem Textblock begründet: "Die Einreichung der Beilage ist gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig, nachdem sie nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung entstanden ist, durch die angefochtene Verfügung veranlasst wurde und heute erstmals im Rahmen des Berufungsverfahrens eingereicht werden kann" (act. 2 Rz. 9, 10, 14). Mit diesen pauschalen und theoretischen Ausführungen kommt der Kläger seiner Substanziierungs- und Beweispflicht betreffend die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht nach, weshalb die erwähnten Beweismittel hinsichtlich der Zweitverfügung Dispositiv-Ziffer 3 nicht zu berücksichtigen sind. Aufgrund des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren sind sie auch bei der Überprüfung von Erstverfügung Dispositiv-Ziffer 1 nicht zu berücksichtigen. Der Kläger bringt in seiner Berufungs- und Beschwerdeschrift auch neue Tatsachenbehauptungen vor. Auf deren Zulässigkeit ist nachfolgend an geeigneter Stelle einzugehen.

- 8 - III. Materielles 1.

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