

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY210055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

## Urteil vom 17. Juni 2022

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ehescheidung (Prozesskostenvorschuss)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts  
Horgen vom 2. Dezember 2021; Proz. FE180179**

**Rechtsbegehren:**

der Beklagten (act. 8/243):

" Herr A. \_\_\_\_\_ sei zu verpflichten, Frau B. \_\_\_\_\_ per sofort und mit Wirkung ab 17. November 2021 für die Kosten deren Rechtsvertretung und auf Anrechnung an ihre güterrechtlichen Ansprüche einen (ersten) Prozesskostenvorschuss über CHF 10'000.00 zu leisten, eventualiter sei Frau B. \_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 17. November 2021 die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen."

des Klägers (act. 8/249 S. 1):

- " 1. Der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin zzgl. MWST."

**Verfügung des Einzelgerichts:**  
(act. 6 S. 6 f. [Aktenexemplar])

1. Der Antrag der Beklagten auf Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von CHF 10'000.– wird gutgeheissen.
2. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten innert 20 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von CHF 10'000.– zu bezahlen.
3. Der Antrag des Klägers auf Abweisung des Antrags der Beklagten auf Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von CHF 10'000.– wird abgewiesen.
4. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgewiesen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

### **Berufungsanträge:**

#### des Berufungsklägers (act. 2 S. 1 f.):

- " 1. Dispositiv Ziff. 1 und Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung (Anordnung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 10'000.–) seien vollumfänglich aufzuheben; stattdessen sei der Antrag der Beklagten auf Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses vollumfänglich abzuweisen.
2. Dispositiv Ziff. 3 (Abweisung des klägerischen Antrages) sei aufzuheben; stattdessen sei der Antrag der Beklagten auf Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsbeklagten, zzgl. MWST."

#### der Berufungsbeklagten (act. 15 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.7% MWSt zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers."

" Der Kläger und Berufungskläger sei per sofort zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss über CHF 5848.95 inkl. Barauslagen und MWSt zu bezahlen."

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

Die Parteien stehen sich seit September 2018 vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) in einem strittigen Scheidungsverfahren gegenüber (act. 8/1). Sie haben zwei gemeinsame Kinder, C.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2010 (act. 8/17). Am 21. September 2021 legte Rechtsanwalt lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_), der damalige Rechtsvertreter der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte), sein Mandat nieder (act. 8/220). Seit dem 3. November 2021 wird die Berufungsbeklagte von Rechtsanwalt lic. iur.

Y1.\_\_\_\_\_ vertreten (act. 8/243–244). Mit Eingabe vom 8. November 2021 stellte die Berufungsbeklagte das eingangs aufgeführte Gesuch betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 8/243 = präzisiertes Gesuch des ursprünglich bereits am 15. Oktober 2021 von der damals nicht anwaltlich vertretenen Berufungsbeklagten eingereichten Antrags [act. 8/234]). Am 16. November 2021 fand vor Vorinstanz die Verhandlung (unter anderem) betreffend Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege statt (Prot. Vi. S. 51 ff.). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2021 verpflichtete die Vorinstanz den Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger), der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 10'000.– zu bezahlen (act. 4 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 8/251; nachfolgend zitiert als act. 6). Mit Eingabe vom 16. Dezember 2021 (Datum Poststempel) erhob der Berufungskläger dagegen Berufung bei der Kammer mit obgenannten Rechtsbegehren (act. 2). Die Berufungsantwort mit verschiedenen neuen Behauptungen und Unterlagen (sog. Noven) wurde mit Eingabe vom 14. März 2022 (Datum Poststempel) innert Frist erstattet (act. 15; act. 16/1–16, A–E). Neu eingereicht wurde insbesondere auch die Schlussrechnung von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 2021 (act. 16/2). Mit Verfügung vom 7. April 2022 wurde dem Berufungskläger Frist angesetzt, um eine mündliche Verhandlung zur Wahrung des Replikrechts zu verlangen; unter dem Hinweis, dass die Parteien diesfalls zu einer Verhandlung betreffend Ausübung des unbedingten Replikrechts mit anschliessenden Vergleichsgesprächen vorgeladen würden, und andernfalls die Sache mit Ablauf der angesetzten Frist ins Stadium der Beratung übergehe (act. 17). Mit Eingabe vom 14. April 2022 (Datum Poststempel) erstattete der Berufungskläger seine Replik innert Frist (entgegen der vorerwähnten Verfügung) schriftlich und führte dabei aus, an einer mündlichen Verhandlung nicht festzuhalten (act. 19). Auf eine (weitere) Stellungnahme der Berufungsbeklagten kann verzichtet werden. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1–255). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die Eingabe des Berufungsklägers vom 14. April 2022 (act. 19) wird der Berufungsbeklagten mit dieser Entscheidung zuzustellen sein.

## II. Prozessuale Vorbemerkungen

### 1.

1.1. Die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird von der Kammer als Entscheid über vorsorgliche Massnahmen qualifiziert. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung (herabgesetztes Beweismass der Glaubhaftmachung), und es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO; OGer ZH LY210012 vom 24. August 2021, E. II./1.1.; siehe auch OGer ZH LY210010 vom 15. Juli 2021, E. 2.2., und OGer ZH LY210018 vom 20. Dezember 2021, E. 2.3.). Bei der Geltung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ist das Gericht – anders als bei Kinderbelangen, wo die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 293 Abs. 1 ZPO) und überdies die Officialmaxime (Art. 293 Abs. 3 ZPO) gilt – nicht zur eigentlichen Erforschung des Sachverhalts verpflichtet, sondern hat in erster Linie eine unbeholfene oder schwächere Partei zu unterstützen, was sich in der Praxis namentlich in einer verstärkten Fragepflicht und der Aufforderung zur Einreichung fehlender Beweisunterlagen ausdrückt. Bei anwaltlich vertretenen Parteien (wie vorliegend) besteht ein solches Ungleichgewicht und demzufolge eine solche Unterstützungspflicht seitens des Gerichts aber nicht; der Untersuchungsgrundsatz ist deshalb nur zurückhaltend anzuwenden (BGer 5A\_2/2013 vom 6. März 2013, E. 4.2; OGer ZH LY190011 vom 2. Mai 2019, E. 3.2.3.2).

1.2. Sind im Rahmen der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime alle tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs ausreichend behauptet und in der Folge von der anwaltlich vertretenen Gegenpartei nicht bestritten worden, so hat das Gericht in Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) eine geltend gemachte Forderung zuzusprechen; es sei denn, es hege erhebliche Zweifel an der Richtigkeit nicht streitiger Tatsachen (Art. 153 Abs. 2 ZPO; BGer 4A\_521/2019

vom 18. Februar 2020, E. 1.1). Dasselbe muss grundsätzlich auch im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz gelten, sofern die nichtbestreitende Gegenpartei anwaltlich vertreten oder sonstwie fachkundig ist, zumal dann gerade kein Fall von Unbeholfenheit vorliegt, der eine verstärkte Unterstützung rechtfertigen würde.

**2.** Gegen den Entscheid über die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses kann nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO Berufung erhoben werden, sofern der erforderliche Streitwert von Fr. 10'000.– erreicht ist oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (Art. 308 Abs. 2 ZPO; OGer ZH LY210010 vom 15. Juli 2021, E. 2.2.). Wird wie vorliegend einzig gegen die vorinstanzliche Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ein Rechtsmittel eingelegt, so ist von einer eigenständigen vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Der Streitwert bzw. die Qualifikation als vermögensrechtlich / nicht vermögensrechtlich richtet sich in diesem Fall also nicht nach der Hauptsache bzw. dem Scheidungsverfahren. Der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren beträgt Fr. 10'000.–, weshalb der vorinstanzliche Entscheid der Berufung zugänglich ist. Der Berufungskläger ist durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und damit zur Berufung legitimiert. Er erhob diese innert der zehntägigen Frist (act. 2 S. 1; act. 8/253/2), und die Berufung erfüllt die formalen Anforderungen, indem sie Anträge und eine ausreichende Begründung enthält. Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.

### **III. Zur Berufung im Einzelnen**

#### **1.**

1.1. Anlass des Berufungsverfahrens bildet die vorinstanzliche Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 10'000.– an die Berufungsbeklagte für das Scheidungsverfahren. Das Institut des Prozesskostenvorschusses, mit welchem im Familienrechtsprozess die Waffengleichheit zwischen den Parteien garantiert werden soll, ist eng mit dem sog. prozessualen Armenrecht verknüpft. Soweit eine Vorschusspflicht besteht, geht sie dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege jedoch vor (vgl. statt vieler BGE 142 III 36

E. 2.3 m.H.; zum erwähnten Zweck BGE 146 III 203 E. 6.4). Während der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege verfahrensrechtlicher Natur ist und sich in erster Linie gegen den Staat richtet, ist der auf dem materiellen Recht eherechtlicher Pflichten (je nach dogmatischer Begründung Art. 159 Abs. 3 ZGB oder Art. 163 ZGB) gründende Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegen den anderen Ehegatten gerichtet. Ein Ehegatte hat im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren Anspruch auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses, sofern er auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zur Bezahlung eines Vorschusses in der Lage ist. Die Entrichtung eines Prozesskostenvorschusses setzt damit einerseits Bedürftigkeit bzw. Mittellosigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus und andererseits muss der angesprochene Ehegatte in der Lage sein, nebst seinen eigenen Prozesskosten auch diejenigen des Ehegatten zu übernehmen. Zudem darf der Prozess aus Sicht des ansprechenden Ehegatten wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege nicht aussichtslos erscheinen (OGer ZH LY170046 vom 19. April 2018, E. II./1.; OGer LY210010 vom 15. Juli 2021, E. 3.1.). Prozesskostenvorschüsse sind sodann grundsätzlich zurückzuerstatten, es sei denn, dies erweise sich im Einzelfall als unbillig (BGE 146 III 203 E. 6).

1.2. Mittellosigkeit liegt vor, wenn eine Partei die Prozesskosten nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung ihres eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu berücksichtigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Neben dem Einkommen ist auch das Vermögen in die Beurteilung miteinzubeziehen, soweit dieses einen angemessenen "Notgroschen" übersteigt. Der Teil der finanziellen Mittel, der das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten verglichen werden. Dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres,

bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BGE 144 III 531 E. 4.1; BGE 141 III 369 E. 4.1).

2. Gerügt wird vom Berufungskläger vor der Kammer einzig die vorinstanzliche Bejahung fehlenden Vermögens auf Seiten der Berufungsbeklagten (act. 2 Rz 3 ff.). Bezüglich der Vermögenssituation der Parteien stellte die Vorinstanz auf eine von diesen vor der Kammer im Rahmen des Berufungsverfahrens LY200041 am 8. Februar 2021 geschlossene und am 3. März 2021 von dieser genehmigte Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren ab (Abänderung der Eheschutzregelung; Berufung gegen die Abänderungs-Verfügung der Vorinstanz vom 11. August 2020; act. 8/190). Da die Vereinbarung unter anderem eine Anpassung des vorsorglichen Kindesunterhalts enthält, wurde darin (entsprechend der Vorschrift von Art. 287a lit. a ZGB) auch angegeben, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Elternteils und jedes Kindes ausgegangen wurde. Bei der Berufungsbeklagten und den beiden gemeinsamen Kindern wurde dabei ein Vermögen von Fr. 0.– angegeben, während beim Berufungskläger ein solches von ca. Fr. 1.6 Mio. aufgeführt ist (act. 8/190 S. 5). Der Berufungskläger bringt dagegen vor, dass diese Vereinbarung keine präjudizielle Wirkung auf den ein halbes Jahr später gestellten Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses habe, weshalb die Vorinstanz bezüglich der Vermögenssituation der Berufungsbeklagten nicht hätte darauf abstellen dürfen (act. 2 Rz 4 und 15). Stattdessen hätte sie auf seine Ausführungen, wonach die Berufungsbeklagte den Verbrauch des ihr à Konto Güterrecht bzw. als Prozesskostenvorschüsse bereits überwiesenen Betrags von insgesamt Fr. 128'425.– nicht glaubhaft dargetan habe, eingehen müssen (act. 2 Rz 3 ff, insb. Rz 4 und 15). Die Berufungsbeklagte ist hingegen der Ansicht, dass die Vorinstanz zu Recht auf die von der Kammer genehmigte Vereinbarung abgestellt hat. Zudem habe sie ihre Mittellosigkeit bzw. den Verbrauch der erhaltenen Zahlungen vor Vorinstanz mehr als ausreichend belegt und glaubhaft gemacht (act. 15 S. 5 ff. und 10 ff.). Die Frage, ob das Fehlen von Vermögen bereits aufgrund der erwähnten Vereinbarung ausreichend glaubhaft erscheint, kann, wie dies nachfolgend aufzuzeigen sein wird, offen bleiben.



### 3.

3.1. Zur Zusammensetzung der erwähnten Fr. 128'425.– führte der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren aus, dass ein Betrag von Fr. 40'925.– von der Vorinstanz bereits im Rahmen eines Vergleichsvorschlags vom 6. August 2019 festgehalten worden sei. Nach diesem Datum habe er der Berufungsbeklagten (bzw. Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_) sodann gestützt auf eine Vereinbarung vom 30. April 2020 Fr. 80'000.– sowie gemäss der vor der Kammer am 8. Februar 2021 abgeschlossenen Vereinbarung Fr. 7'500.– überwiesen (act. 8/249 S. 1).

3.2. Die Berufungsbeklagte brachte bezüglich der Fr. 40'925.– vor Vorinstanz vor, keine Kenntnis einer Zahlung in dieser Höhe aus einem Vergleichsvorschlag vom August 2019 zu haben. Sie selber habe diese Zahlung nie erhalten und ihres Wissens habe auch ihr damaliger Rechtsvertreter Rechtsanwalt lic. iur. Y2.\_\_\_\_ keinen Prozesskostenvorschuss in dieser Höhe erhalten (Prot. Vi. S. 52). Die Vorinstanz arbeitete betreffend die finanziellen Belange der Parteien einen Vergleichsvorschlag aus, welchen sie mit Schreiben vom 6. August 2019 diesen zukommen liess (act. 8/68–69). Der Vorschlag sollte dazu dienen, anlässlich der am 19. August 2019 fortgesetzten Einigungsverhandlung eine Lösung zu finden, was jedoch nicht gelang (Prot. Vi. S. 13). In diesem Vergleichsvorschlag findet sich im güterrechtlichen Teil (S. 17) der Passus, dass vom errechneten Vorschlag der Berufungsbeklagten die bereits früher erfolgten Prozesskostenvorschüsse von total Fr. 40'000.– (also nicht Fr. 40'925.– wie vom Berufungskläger behauptet) in Abzug zu bringen seien. Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass der Berufungskläger Vorschüsse in dem im Vergleichsvorschlag vom 6. August 2019 genannten Umfang, mithin im Betrag von Fr. 40'000.–, geleistet hat.

Nicht strittig ist hingegen die Bezahlung der Fr. 80'000.– (Prot. Vi. S. 53). Diese beruht auf einer Teilvereinbarung zwischen den Parteien über die Scheidungsfolgen vom 30. April 2020. Darin verpflichtete sich der Berufungskläger, diesen Betrag in Anrechnung an den güterrechtlichen Ausgleichsanspruch der Berufungsbeklagten zu bezahlen (act. 8/129). Gemäss vorinstanzlicher Feststellung handelte es sich dabei nicht um einen Prozesskostenvorschuss, sondern um eine frei verwendbare Zahlung akonto Güterrecht (act. 6 E. 14). Vor der Kammer wurde

dies vom Berufungskläger denn auch nicht bestritten (act. 2 Rz 14), weshalb im vorliegenden Berufungsverfahren nicht zu prüfen ist, ob die Berufungsbeklagte die Zahlung tatsächlich für die Prozessführung verwendet hat.

Der Berufungskläger überwies die Fr. 80'000.– am 9. Juni und 27. Juli 2020 in zwei Tranchen zu je Fr. 40'000.– auf das Konto von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ (act. 8/250/7), wobei Letzterer die zweite Tranche einen Tag später (am 28. Juli 2020) an die Berufungsbeklagte weiterleitete (act. 8/235/12C). Die erste Tranche behielt Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ gemäss den Ausführungen der Berufungsbeklagten hingegen zurück (Prot. Vi. S. 53). Auch der Berufungskläger geht in seiner Berufungsschrift nunmehr davon aus, dass diese Tranche nicht an die Berufungsbeklagte weitergeleitet bzw. bis anhin auch nicht zumindest teilweise an sie ausbezahlt wurde (act. 2 Rz 17 ff.; anders noch Prot. Vi. S. 54 f.), weshalb diesbezüglich nunmehr eine unstreitige Tatsache vorliegt. Der Berufungskläger ist allerdings der Ansicht, dass von diesen Fr. 40'000.– sowie den von ihm zusätzlich an Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ überwiesenen Fr. 7'500.– (dazu sogleich) und vermutlich weiteren, von der Berufungsbeklagten direkt an Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ entrichteten Vorschüssen ihr ein Rückerstattungsanspruch von mindestens Fr. 32'500.– zustehe, da Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ gestützt auf die AnwGebV nur Anspruch auf ein Honorar von rund Fr. 15'000.– habe (act. 2 Rz 17 ff.). Der Berufungskläger verweist in diesem Zusammenhang auf ein Urteil der I. Zivilkammer (OGer ZH LE130018 vom 12. Juni 2013, E. II./2.6 c; act. 2 Rz 18).

Bei den erwähnten Fr. 7'500.– handelt es sich um einen Betrag, zu dessen Bezahlung akonto Güterrecht sich der Berufungskläger in der oberwähnten, vor der Kammer am 8. Februar 2021 geschlossenen Vereinbarung verpflichtete (act. 8/190 S. 5). Während die Berufungsbeklagte vor Vorinstanz die Zahlung dieses Betrags noch mit Nichtwissen bestritten hat (Prot. Vi. S. 54), anerkennt sie diese nun, allerdings, anders als vom Berufungskläger behauptet, als persönlich erhaltenen, mithin nicht (mehr) auf den Konten von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ befindlichen Betrag (act. 15 S. 12 und 14).

3.3. Glaubhaft ist, dass die Prozesskostenvorschüsse in der Höhe von insgesamt Fr. 40'000.– (vgl. vorstehend E. 3.2) bereits vollständig verbraucht wurden; einer-

seits, weil Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ anlässlich einer Verhandlung vor Vorinstanz vom 30. April 2020 ausführte, die bereits geleisteten Prozesskostenvorschüsse würden nicht ausreichen, was von der Gegenseite nicht bestritten wurde (Prot. Vi. S. 29 und 31), und andererseits, weil eben dieser Rechtsvertreter die am 9. Juni 2020 vom Berufungskläger an ihn überwiesenen Fr. 40'000.– (erste Tranche der Fr. 80'000.–) ansonsten kaum vollständig zurückbehalten hätte, sondern wie die weiteren (am 27. Juli 2020) an ihn überwiesenen Fr. 40'000.– ebenfalls sofort der Berufungsbeklagten weitergeleitet hätte. Sodann erscheint es auch als glaubhaft, dass die von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ zurückbehaltenen Fr. 40'000.– (bzw. Fr. 47'500.– nach Ansicht des Berufungsklägers) am 21. September 2021, dem Zeitpunkt seiner Mandatsniederlegung, bereits vollständig verbraucht waren, zumal dannzumal bereits wieder mehr als 15 Monate seit der Zahlung vergangen waren, in denen Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ für die Berufungsbeklagte tätig war und dieser zudem kurze Zeit (ca. 6 Wochen) vor der Zahlung der zurückbehaltenen Fr. 40'000.– anlässlich einer Verhandlung vor Vorinstanz vom 30. April 2020 noch ausgeführt hatte, dass Rechnungen von ihm schon länger nicht mehr hätten bezahlt werden können (Prot. Vi. S. 27), was nicht bestritten wurde (Prot. Vi. S. 29 ff.).

Der Berufungsbeklagten steht entgegen der Ansicht des Berufungsklägers auch kein Rückerstattungsanspruch wegen einer angeblichen gesetzlichen Begrenzung des Honorars von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ auf rund Fr. 15'000.– zu. Zwischen der Berufungsbeklagten und Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ bestand ein privatrechtliches Auftragsverhältnis mit einem vereinbarten Stundenansatz, zumal kein Fall einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung vorliegt. Die Prozesskostenvorschüsse und Akontozahlungen Güterrecht durften mit dem angefallenen Stundenhonorar verrechnet werden. Für eine Begrenzung des Honorars fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Die Ausführungen der I. Zivilkammer im vom Berufungskläger zitierten OGer ZH LE130018 vom 12. Juni 2013, E. II./2.6 c, sind vorliegend nicht einschlägig, da sich zwar die Höhe der an die Gegenpartei zu entrichtenden Parteientschädigung, nicht aber das Anwaltshonorar des eigenen, privatrechtlich beauftragten Anwalts nach der AnwGebV bemisst.

3.4. Zu klären bleibt, ob auch der Verbrauch der von Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ an die Berufungsbeklagte weitergeleiteten Fr. 40'000.– (2. Tranche der Fr. 80'000.–) glaubhaft erscheint. Gemäss Darstellung der Berufungsbeklagten erhielt sie zudem noch die erwähnten Fr. 7'500.– persönlich ausbezahlt. Das Privatkonto der Berufungsbeklagten bei der Schwyzer Kantonalbank (IBAN ...) wies per 15. Oktober 2021 (Datum der ursprünglichen Einreichung des Antrags betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. eventualiter unentgeltliche Rechtspflege) einen Saldo von Fr. 2'489.64 aus (act. 8/235/10, Kontoauszug vom 1.–15. Oktober 2021). Das Sparkonto (ebenfalls bei der SKB) wies per diesem Datum und auch schon in den Monaten zuvor einen Saldo von Fr. 0.– aus (act. 8/235/12E). Weiteres Vermögen gab die Berufungsbeklagte in ihrem Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege vom 15. Oktober 2021 nicht an (act. 8/234). Vor Vorinstanz verneinte die Berufungsbeklagte auf entsprechende Frage der Einzelrichterin hin zudem, noch weitere Bankkonti im In- oder Ausland zu haben (Prot. Vi. S. 55). Damit deutet zwar bereits einiges darauf hin, dass die restlichen Fr. 40'000.– bzw. Fr. 47'500.– ebenfalls verbraucht wurden; die Schwelle zur Glaubhaftmachung ist alleine dadurch aber noch nicht erreicht, zumal es sich eben nicht bloss um eine geringfügige Zuwendung gehandelt hat.

Aus den Akten, welche die Berufungsbeklagte zusammen mit ihrem Gesuch betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einreichte, geht hervor, dass am 30. Juli 2020, mithin zwei Tage, nachdem Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ die zweite Tranche der Fr. 40'000.– an die Berufungsbeklagte weitergeleitet hatte, diese EUR 20'000.– (entsprechend Fr. 21'806.–) an eine E.\_\_\_\_\_, wohnhaft in F.\_\_\_\_\_, Deutschland, überwies (act. 8/235/12B–C). Auf dem entsprechenden Überweisungsbeleg der Schwyzer Kantonalbank findet sich dabei die Mitteilung "Privatdarlehen Rückzahlung". E.\_\_\_\_\_ ist die Mutter der Berufungsbeklagten (act. 8/17; act. 8/235/9), bei welcher die Berufungsbeklagte gemäss dem angegebenen Zahlungszweck Darlehensschulden hatte, die sie nun mit den erhaltenen Fr. 40'000.– zurückzahlen konnte.

Weiter gehen aus den Akten Zahlungen von total Fr. 3'083.– für Gerichtskosten und eine geschuldete Entschädigung aus einem gerichtlichen Verfahren hervor (act. 8/235/12A; Zahlungen vom 11. Mai 2021). Sodann reichte die Berufungsbeklagte zwei Rechnungen vom 6. und 29. April 2021 betreffend weitere, von ihr geschuldete Verfahrenskosten von total Fr. 3'700.– ein (act. 8/235/42–43). Am 13. Oktober 2021 bezahlte die Berufungsbeklagte zudem Fr. 3'090.80 für eine Autoreparatur (act. 8/235/10; act. 8/235/35). Diese Beträge von insgesamt Fr. 9'873.80 konnte die Berufungsbeklagte nicht mit den monatlichen Einnahmen (Erwerbseinkommen, Bar- und Betreuungsunterhalt für die beiden gemeinsamen Kinder) begleichen, sondern eben nur mit den erhaltenen Akontozahlungen Güterrecht, zumal sowohl gemäss der von der Kammer am 3. März 2021 genehmigten Vereinbarung vom 8. Februar 2021 als auch gemäss der dieser vorangegangenen vorinstanzlichen Verfügung vom 11. August 2020 ein Mankofall vorliegt (act. 8/190; siehe auch oben E. III./2.). Der Berufungskläger zog die in dieser Vereinbarung aufgeführten Bedarfs- und Einkommenszahlen mit Ausnahme einer an der Mankosituation nichts ändernden Korrektur beim Erwerbseinkommen der Berufungsbeklagten vor Vorinstanz denn auch nicht in Zweifel. Während in der Vereinbarung noch von einem Netto-Einkommen von Fr. 975.– bis am 31. Mai 2021 (und einem Manko beim Betreuungsunterhalt des Sohnes D.\_\_\_\_\_ von monatlich Fr. 341.–) und sodann zufolge einer dazumal geplanten Weiterbildung der Berufungsbeklagten ab 1. Juni 2021 bis 31. Juli 2022 von einem Netto-Einkommen von Fr. 0.– (und einem Manko beim Betreuungsunterhalt des Sohnes D.\_\_\_\_\_ von monatlich Fr. 1'316.–) ausgegangen wurde, gab die Berufungsbeklagte in ihrem Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege vom 15. Oktober 2021 nunmehr ein monatliches Netto-Erwerbseinkommen von gerundet Fr. 1'096.– an (act. 8/234), worauf der Berufungskläger vor Vorinstanz verwies (act. 8/249 Rz 5). Damit würde aber immer noch ein Manko von Fr. 220.– (Fr. 341.– - Fr. 121.– höheres Einkommen) resultieren.

Demnach verbleiben von den Fr. 40'000.– bzw. Fr. 47'500.– nur noch rund Fr. 8'300.– bzw. rund Fr. 15'800.–. Dass die Berufungsbeklagte auch diesen nicht mehr umfangreichen Restbetrag verbraucht hat (insbesondere zur Bestreitung des Lebensunterhalts von sich selbst und den beiden Kindern) und deshalb zum

Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vom 15. Oktober 2021 tatsächlich nur noch über die rund Fr. 2'500.– auf ihrem Konto bei der Schwyzer Kantonalbank verfügte, erscheint nunmehr als glaubhaft, zumal ihre Mutter E. \_\_\_\_\_ ihr am 13. April 2021 nochmals ein Darlehen, dieses Mal über EUR 10'000.–, gewährte (act. 8/235/12D; act. 8/235/9), was bei Vorhandensein von eigenem Vermögen nicht erforderlich gewesen wäre. Insgesamt erscheint es damit als glaubhaft, dass die Berufungsbeklagte zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vom 15. Oktober 2021 über kein Vermögen mehr bzw. nur noch über einen kleinen "Notgroschen" verfügte, weshalb die Vorinstanz zurecht von fehlendem Vermögen ausging.

3.5. Die Berufung bzw. die damit vorgebrachte Rüge, dass die Berufungsbeklagte den Verbrauch der erhaltenen Vorschüsse und Akontozahlungen Güterrecht nicht glaubhaft dargetan habe, erweist sich damit als ungerechtfertigt. Die Berufung ist abzuweisen.

4. Auf die von der Berufungsbeklagten vor der Kammer neu vorgebrachten Behauptungen und eingereichten Unterlagen (vgl. oben E. I.) bzw. die Frage ihrer novenrechtlichen Zulässigkeit im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO braucht bei diesem, ohnehin bereits zu ihren Gunsten ausfallenden Ergebnis an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Insbesondere erscheint nach oben Ausgeführtem das Nichtvorhandensein von Vermögen auf Seiten der Berufungsbeklagten auch ohne Berücksichtigung der Schlussrechnung von Rechtsanwalt Y2. \_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 2021, aus welcher sich eine offene Schuld der Berufungsbeklagten von Fr. 26'278.37 ergibt, als glaubhaft (act. 16/2). Die für die novenrechtliche Zulässigkeit entscheidende Frage, ob eine solche Abrechnung von Rechtsanwalt Y2. \_\_\_\_\_ nicht schon früher hätte erhältlich gemacht und demnach bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereicht werden können, braucht deshalb nicht beantwortet zu werden.

#### **IV. Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren / Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1.

1.1. Die Berufungsbeklagte verlangt in ihrer Berufungsantwort vom 14. März 2022 für das Rechtsmittelverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'848.95 inkl. Barauslagen und MwSt.; act. 15 S. 2 und 17 ff.). Bezüglich der Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers bringt sie vor, dieser verfüge über ein Nettovermögen von Fr. 1.6 Mio. (act. 15 S. 17). Hinsichtlich ihrer eigenen Bedürftigkeit macht die Berufungsbeklagte geltend, überschuldet zu sein und mit ihren Einnahmen nicht einmal das erweiterte Existenzminimum für sich und die beiden Kinder decken zu können. Sie verweist hierzu auf den Saldo ihres Kontos bei der Schwyzer Kantonalbank per 10. März 2022 von Fr. 2'485.– sowie auf offene Darlehensschulden gegenüber ihrer Mutter E.\_\_\_\_\_ und ihrer Tante G.\_\_\_\_\_ von total EUR 15'000.–. Als monatliche Einnahmen gibt sie einen Betrag von Fr. 2'862.60 (bestehend aus Fr. 1'358.– Unterhaltsbeiträgen und Fr. 1'504.60 Arbeitsverdienst) an. Hinzu kommen Fr. 460.– Kinderzulagen (vgl. act. 16/8). Als familienrechtlicher Notbedarf der Berufungsbeklagten und den beiden Kindern resultiert bei einer Addition der einzelnen Positionen ihrer Aufstellung ein Betrag von Fr. 3'632.69. Für die monatlichen Wohnkosten von Fr. 2'500.– der von der Berufungsbeklagten zusammen mit den beiden Kindern zur Zeit bewohnten ehelichen Wohnung kommt der Berufungskläger direkt auf, weshalb diese von der Berufungsbeklagten weder bei den Einnahmen noch beim familienrechtlichen Bedarf miteingerechnet wurden (zum Ganzen act. 15 S. 17 ff.). Gemäss diesen Zahlen ist das erweiterte, familienrechtliche Existenzminimum um Fr. 310.09 nicht gedeckt (Fr. 3'322.60 Einnahmen [inkl. Kinderzulagen] - Fr. 3'632.69 Bedarf).

1.2. Der Berufungskläger hat in seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 14. April 2022 (act. 19) keine Ausführungen zum Gesuch der Berufungsbeklagten betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren gemacht. Die erwähnten Behauptungen der Berufungsbeklagten gelten daher als unbestritten. Anlass zur Beweiserhebung von Amtes wegen gestützt auf Art. 153 Abs. 2 ZPO besteht nicht. Damit ist sowohl die Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers als auch die Bedürftigkeit bzw. Mittellosigkeit der Berufungsbeklagten zu bejahen. Zur Herstellung der Waffengleichheit ist die Berufungsbeklagte zudem auf einen Beitrag angewiesen, da auch der Berufungskläger anwaltlich vertreten ist. Der Prozess erweist sich sodann auch nicht als aussichtslos, zumal

die gesuchstellende Berufungsbeklagte obsiegt. Da das Berufungsverfahren mit dem vorliegenden Entscheid erledigt wird und kein Raum mehr für die Zusprechung eines Vorschusses für das Berufungsverfahren besteht, ist das Gesuch der Berufungsbeklagten als ein solches um Leistung eines Prozesskostenbeitrags entgegenzunehmen.

1.3. Zu prüfen bleibt, ob der Prozesskostenbeitrag auch in der beantragten Höhe von Fr. 5'848.95 (inkl. Barauslagen und MwSt.) gerechtfertigt erscheint. Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten reichte für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren eine provisorische Honorarnote vom 14. März 2022 (act. 16E) ein, aus welcher ein Zeitaufwand von 17.8 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 300.– (zuzüglich MwSt.) hervorgeht. Daraus resultiert (unter Berücksichtigung der geltend gemachten Barauslagen von Fr. 90.80 [zuzüglich MwSt.]) der erwähnte Betrag von Fr. 5'848.95. Die geltend gemachten Aufwendungen blieben ebenfalls unbestritten (act. 19). Dass diese tatsächlich im erwähnten Umfang angefallen sind, erscheint durchaus plausibel. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die eheliche Beistands- bzw. Unterhaltspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB; Art. 163 ZGB) im konkreten Fall so weit reicht, dass der verlangte Betrag vom Berufungskläger auch vollständig zu bezahlen ist. Der geltend gemachte Zeitaufwand von 17.8 Stunden erscheint für das vorliegende Berufungsverfahren als relativ hoch, lässt sich aber insbesondere dadurch rechtfertigen, dass der aktuelle Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten erst am 3. November 2021 von dieser mandatiert wurde und deshalb, wie dies aus der Honorarnote hervorgeht, ein hoher bzw. zeitaufwendiger Instruktionsbedarf bezüglich des bereits mehrere Jahre andauernden Scheidungsverfahrens bestand. Zudem umfasst die Berufungsantwort 23 Seiten, sodass auch deren Abfassung einige Zeit in Anspruch genommen hat. Ein Stundenhonorar von Fr. 300.– kann sich bei sehr guten finanziellen Verhältnissen auf Seiten des Vorschusspflichtigen sowie in Fällen, in welchen sich dieser ebenfalls einen Rechtsvertreter mit ähnlich hohem Stundenansatz leistet, rechtfertigen. Im vorliegenden Fall ist von einem Vermögen auf Seiten des Berufungsklägers im Millionenbereich auszugehen, weshalb auch der geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 300.– (zuzüglich MwSt.) noch von der ehelichen Beistands- bzw. Unterhaltspflicht erfasst wird. Sollte sich dies ändern, könnten allfällige künftige Pro-



zessvorschüsse bzw. -beiträge dann mit der Auflage verbunden werden, dass diese nur noch zu einem gewissen Prozentsatz an ein bestimmtes Stundenhonorar angerechnet werden dürfen und die Berufungsbeklagte den Restbetrag dann selber aufbringen oder alternativ eine neue Vereinbarung mit ihrem oder einem neuen Rechtsvertreter mit einem entsprechend tieferen Stundenansatz abschliessen müsste.

1.4. Damit ist der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten den geltend gemachten Betrag von Fr. 5'848.95 zu bezahlen. Da der Berufungsbeklagten jedoch auch eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, vermindert sich der Prozesskostenbeitrag im entsprechenden Umfang, zumal es ansonsten zur Entrichtung von die Aufwendungen überdeckenden Zahlungen und damit im entsprechenden Umfang auch eines ungerechtfertigten Vorschusses kommen würde. Im Umfang der zuzusprechenden Parteientschädigung ist das Gesuch betreffend Prozesskostenbeitrag für das Berufungsverfahren abzuschreiben.

## **2.**

2.1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 15'848.95 (Fr. 10'000.– + Fr. 5'848.95) und unter Berücksichtigung des zur Anwendung gelangenden summarischen Verfahrens ist die reduzierte Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'300.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist, ausgehend vom Berufungsstreitwert von Fr. 10'000.– (eine Entschädigung wurde nur bezüglich der Berufung selbst beantragt), gestützt auf § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV auf Fr. 1'300.– (inkl. MwSt.) festzusetzen.

**3.** Demnach ist in teilweiser Gutheissung des Gesuchs betreffend Leistung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren von Fr. 5'848.95 (inkl. Barauslagen und MwSt.) der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'548.95 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen; dieser unterliegt der Rückzahlungspflicht bzw. der Anrechnung an güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegen-

forderungen. Der Differenzbetrag von Fr. 1'300.– (inkl. MwSt.) ist der Berufungsbeklagten als Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 2. Dezember 2021 (FE180179-F) wird bestätigt.
2. In teilweiser Gutheissung des Gesuchs betreffend Leistung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren von Fr. 5'848.95 (inkl. Barauslagen und MwSt.) wird der Berufungskläger verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren einen grundsätzlich der Rückzahlungspflicht bzw. der Anrechnung unterliegenden Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'548.95 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird das Gesuch abgeschrieben.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt. Sie wird im Umfang des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 900.– vom Vorschuss bezogen und im Restbetrag vom Berufungskläger nachgefordert.
4. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'300.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 19, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Vor- bzw. Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 15'848.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Ursprung

versandt am: