

Beschluss vom 12. Februar 2018

ZK2 2017 69

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,
Gerichtsschreiber lic. iur. Claude Brüesch.

In Sachen **A.** _____
Kläger und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____
Beklagte und Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwältin C. _____,

betreffend Kostenvorschuss (Erziehungsfähigkeitsgutachten)
(Beschwerde gegen die Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht
Schwyz vom 6. Juli 2017, ZEO 2013 15);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Die Parteien heirateten am _____ vor Zivilstandsamt Romainmôtier VD. Seit dem 1. März 2011 leben sie getrennt. Mit Verfügung vom 15. März 2012 regelte der Einzelrichter am Bezirksgericht Meilen, ZH, das Getrenntleben der Parteien (Vi-KB 2).

B. Mit Eingabe vom 2. März 2013 reichte der Kläger bei der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz die Ehescheidungsklage nach Art. 114 ZGB ein (Vi-act. 1).

Im Rahmen dieses Verfahrens verfügte die Einzelrichterin am 2. Juni 2017 unter anderem, dass hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit beider Parteien ein Gutachten eingeholt werde (Vi-act. 208, Dispositivziff. 4), für dessen Erstellung sie einen einstweiligen Kostenvorschuss von je Fr. 10'000.00 zu leisten hätten (Vi-act. 208, Dispositivziff. 6).

Am 6. Juli 2017 verfügte die Einzelrichterin insbesondere, Dispositivziffer 6 der Verfügung vom 2. Juni 2017 werde aufgehoben und die Parteien würden verpflichtet, für das Erstellen des Erziehungsfähigkeitsgutachtens einen einstweiligen Kostenvorschuss bis 31. Juli 2017 von je Fr. 6'000.00 zu leisten, wobei das Gesuch der Beklagten um monatliche Ratenzahlung von je Fr. 1'000.00 bewilligt werde, zahlbar erstmals ab 31. Juli 2017 (Dispositivziff. 4).

C. Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 16. August 2017 fristgerecht Beschwerde mit den sinngemässen Rechtsbegehren, es sei Dispositivziffer 4 der Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz aufzuheben, von seiner Kostenvorschussverpflichtung abzusehen und stattdessen der gesamte Kostenvorschuss von Fr. 12'000.00 bei der Beklagten zu beziehen, eventualiter sei er erst bei Rechtskraft des Scheidungsurteils zur Leistung des

Kostenvorschusses zu verpflichten, falls er alsdann über genügend finanzielle Mittel verfüge, unter Ausrichtung einer angemessenen Prozessentschädigung (KG-act. 1).

Mit Beschwerdeantwort vom 31. August 2017 trug die Beklagte auf Abweisung der Beschwerde an, sofern und soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers (KG-act. 6). Dazu liess sich der Kläger am 14. September 2017 (Postaufgabe) vernehmen (KG-act. 10). Mit Eingabe vom 20. September 2017 reichte der Kläger dem Kantonsgericht ein (weiteres) Arztzeugnis ein (KG-act. 12 und 12/1). Die Beklagte nahm am 2. Oktober 2017 Stellung zu den klägerischen Eingaben vom 14. und 20. September 2017 (KG-act. 14). Am 13. Dezember 2017 (Postaufgabe) gab der Kläger unter Beilage des Mietvertrags vom 16. August 2017 dem Kantonsgericht seine neue Wohnadresse bekannt und legte weitere Arztzeugnisse ins Recht (KG-act. 16 und 16/1-16/3). Diese Eingabe inkl. Beilagen ging zur Kenntnis an die Beklagte (KG-act. 17).

Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Die Vorinstanz begründete die klägerische Kostenvorschusspflicht wie folgt: Der Ehemann führe unter dem Titel des Güterrechts zahlreiches Vermögen auf, unter anderem Gold, mehrere Konti, Beteiligung an mehreren Firmen und Gesellschaften sowie zumindest das Eigentum an einem 7½-Zimmerhaus in Alpthal SZ, an einem Einfamilienhaus in Raperswilen SG und dem Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft in Brasilien. Ausserdem gestehe er zu,

zwei Südamerikaner mit spanischem Pass kostenlos bei sich zu beherbergen, noch mehrere Mandate als Treuhänder und Willensvollstrecker zu führen und einen Auftrag über die Renovation eines Hauses in Südfrankreich zu koordinieren. Unter diesen Umständen sei nicht von einer Bedürftigkeit des Ehemannes auszugehen. Überdies habe er seine finanziellen Einkommens- und Bedarfsverhältnisse nicht substantiiert dargelegt. Daher sei es ihm zuzumuten, den auf Fr. 6'000.00 festzusetzenden Kostenvorschuss zu bezahlen, weshalb sein Gesuch um Erlass bzw. Aufschub des Kostenvorschusses abzuweisen sei (angef. Verfügung, S. 3 mit Hinweis auf act. 29, 91, 185 Beilage 12.1 und act. 198 S. 2 f.).

2. Der Kläger wirft der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts vor. Sie gehe von seinem in der Aufstellung seines Eigengutes per Heirat (1997) aufgeführten Vermögen aus, berücksichtige aber die danach eingetretenen Änderungen nicht.

a) Nach Art. 320 ZPO kann mit Beschwerde nebst der unrichtigen Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) nur eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 lit. b ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gebunden. Die unrichtige Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn diese offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ist. Willkürlich ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist, also mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, auf einem offenkundigen Versehen beruht (z.B. Aktenwidrigkeit) oder sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lässt (BGer, Urteil 5A_186/2017 vom 20. Juli 2017 E. 2 mit Hinweis auf BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398; Stauber, in Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, N 16 zu Art. 320 ZPO; Blickenstorfer, in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, 2. A., 2016, N 8 f. zu Art. 320 ZPO; Freiburghaus/Afheldt, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilpro-

zessordnung, 3. Aufl., 2016, N 6 zu Art. 320 ZPO). Der Beschwerdeführer muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen offensichtlich unrichtig sind. Soweit er den Sachverhalt ergänzen will, hat er zudem mit Aktenhinweisen dazulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei der Vorinstanz prozesskonform einbrachte (BGer, Urteil 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 2.2).

b) Der Kläger moniert weder die grundsätzliche Zulässigkeit der Ansetzung eines Kostenvorschusses noch die Höhe des zu leistenden Kostenvorschusses.

c) Der Kläger bringt hinsichtlich der einzelnen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz zu seinem Einkommen und Vermögen vor, diese seien falsch und legt die betreffenden Gründe dar (vgl. KG-act. 1). Er unterlässt es indessen, mit präzisen Aktenhinweisen aufzuzeigen, dass bzw. wo er solches bereits vor Erstinstanz vortrug. Daher kann der Kläger mit seinen Vorbringen nicht gehört werden. Denn blosser Verweise auf Vorakten sind unzureichend (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321 ZPO). Das Gericht sucht nicht selbst in den (wie vorliegend bereits umfangreichen) Akten, sondern verlangt werden entsprechende präzise Aktenhinweise (vgl. BGer, Urteil 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.4). Daran vermag nichts zu ändern, dass die Vorinstanz in ihrer Entscheidbegründung in diesem Zusammenhang konkret auf einzelne Akten verwies. Die entsprechenden vorinstanzlichen Akten sind nämlich derart umfangreich, 60 Seiten (Vi-act. 29), über 180 Seiten (Vi-act. 91) bzw. elf Seiten (Vi-act. 185, Beilage 12.1), dass es der Beschwerdeinstanz nicht zuzumuten ist, darin zu suchen, ob und wo der Kläger solches behauptete. Auch die vorliegend anzuwendende Untersuchungs- und Officialmaxime kann den Kläger nicht davon entbinden, seine Beschwerde so zu begründen, dass das Gericht diese in zumutbarer Weise prüfen kann. Gleiches gilt für den Umstand, dass der Kläger nicht durch einen Anwalt vertreten wird. Da es sich in casu nicht um einen Anwendungsfall von Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO han-

delt, war dem Kläger auch keine Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe anzusetzen. Aus diesen Gründen ist der Kläger mit sämtlichen Vorbringen in seiner Beschwerdeschrift nicht zu hören, weshalb er seine Bedürftigkeit nicht rechtsgenügend zu belegen vermag.

d) Falls der Kläger – entgegen den vorangehenden Ausführungen (vgl. E. 2c vorne) – mit seinen Vorbringen gehört werden könnte, vermöchte er auch damit seine Bedürftigkeit nicht ausreichend nachzuweisen, und zwar bereits aus folgendem Grund: Der Kläger wendet ein, bei dem von der Vorinstanz erwähnten 7½-Zimmerhaus in Alpthal handle es sich tatsächlich um ein solches mit bloss 5½ Zimmern, wobei zwei Zimmer als Büro und Material- / Aktendepot dienen würden. Das vom Schätzer genannte sechste Zimmer sei der ehemalige Keller und das siebte Zimmer sei die ehemalige Pergola; diese beiden Zimmer seien vom Voreigentümer in ein unbeheiztes „Zimmer“ bzw. in einen unbeheizten Bastelraum umgestaltet worden (KG-act. 1, S. 2 f.; KG-act. 10, S. 2 N 10 f.). Die Beklagte hält dagegen, gemäss dem von der Vorinstanz eingeholten Schätzungsbericht bestehe das Haus aus 7½ Zimmern (KG-act. 6, S. 3 N 10). Was der Kläger mit seinem Einwand zu seinen Gunsten bewirken vermöchte, ist nicht klar. Ist sein Vorbringen somit nicht rechtsgenügend substantiiert, bleibt seine behauptete Bedürftigkeit letztlich unbelegt.

e) Es kann somit offen gelassen werden, wie es sich um die übrigen Vorbringen des Klägers und die entsprechenden Einwendungen der Beklagten (Goldverkauf, Verfügung über Gesellschaften, Liegenschaft Raperswil, Liegenschaft in Brasilien und Südfrankreich, weitere Konten, Beherbergung von zwei Südamerikanern, Substanziierung der Bedarfs- und Einkommensverhältnisse des Klägers, Verkauf oder Vermietung des Hauses sowie Eigentum an zweier Garagen und einer Baulandparzelle je in Alpthal sowie Mietwohnung in La Chaux-de-Fonds (KG-act. 1, S. 2-5; KG-act. 6, S. 3 f. N 8, 9, 11-16 und 18; KG-act. 10, S. 2-4 N 8 f., 11-15 und 18; KG-act. 14, S. 2 N 2) verhält. Aus dem

gleichen Grund braucht nicht geprüft zu werden, ob der Kläger mit seinem Einkommen einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.00 zu bezahlen vermag bzw. ob dieser seit 1. Februar 2016 nur zu maximal 25 % und aktuell gar nicht mehr arbeitsfähig ist, wie er behauptet (vgl. KG-act. 1, S. 5; KG-act. 10, S. 3 N 16 f.), was von der Beklagten bestritten wird (KG-act. 6, S. 4 N 17; KG-act. 14, S. 2 N 3). Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger gemäss dem von ihm selber eingereichten Mietvertrag vom 16. August 2017 offenbar in der Lage war, seinem neuen Vermieter Fr. 6'000.00 in bar für das Depot und die Oktobermiete zu bezahlen (vgl. KG-act. 16/1).

3. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

a) Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Hinsichtlich der Höhe der Parteientschädigung der Beklagten ist die Honorarnote von Rechtsanwältin C._____ vom 31. August 2017 zu beachten. Sie macht bei einem Ansatz von Fr. 250.00 pro Stunde einen Aufwand von insgesamt 6.41 Stunden sowie Auslagen von Fr. 34.30 und 8 % MWST von Fr. 130.95, mithin ein Honorar von insgesamt Fr. 1'767.65 geltend (KG-act. 6/2).

Die beklagte Rechtsvertreterin studierte im Wesentlichen die Beschwerdeschrift des Klägers und dessen Eingabe vom 14. September 2017 und verfasste eine Beschwerdeantwort und eine Stellungnahme, die allesamt je nur wenige Seiten umfassen. Die vorliegende Streitsache ist weder umfangreich noch besonders schwierig. Weiter ist zu beachten, dass sich das Honorar im Beschwerdeverfahren auf Fr. 180.00 bis Fr. 2'400.00 beläuft (§ 12 GebTRA). In Anbetracht dieser konkreten Umstände erscheint das von Rechtsanwältin C._____ in der Beschwerdeantwort vom 31. August 2017 geltend gemach-

te Honorar (selbst unter Einbezug ihrer zusätzlichen Bemühungen in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2017) nicht angemessen. Aus diesen Gründen ist das Honorar der beklagten Rechtsvertreterin, ohne deren Honorarrechnung im Einzelnen zu überprüfen, gestützt auf § 2, § 6 Abs. 1 Satz 3 und § 12 GebTRA ermessensweise auf insgesamt pauschal Fr. 1'200.00 (inkl. Auslagen und MWST) festzusetzen (vgl. dazu BGer, Urteil 6B_1252/2016 vom 9. November 2017 E. 2.5.1 und 2.5.2);-

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von pauschal Fr. 1'000.00 werden dem Kläger auferlegt.
3. Der Kläger hat der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'200.00 zu bezahlen.
4. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung unter den Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert in der Hauptsache ist zum einen unbestimmt und übersteigt zum anderen Fr. 30'000.00.

5. Zufertigung an den Kläger (1/R), Rechtsanwältin C. _____ (2/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, unter Rückgabe der Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Der Gerichtsschreiber

Versand

14. Februar 2018 kau